

OFICIO N° 2886 /

**ANT.:** Solicitud de Información del Sr. Jorge Torres Zúñiga, de fecha 01 de julio de 2012. Ingreso **CT001T0000099 (S313-2013)**

**MAT.:** Responde Solicitud de Información.

**SANTIAGO,** 07 JUL. 2013

**A** : SR. JORGE TORRES ZÚÑIGA

**DE** : RAÚL FERRADA CARRASCO, DIRECTOR GENERAL  
CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA

Mediante la presente, me dirijo a usted con el objeto de dar respuesta a la solicitud de información pública presentada ante este Consejo, con fecha 01 de julio de 2013, en la que se requiere copia de todos Informes en Derecho que se han elaborado a petición del Consejo para la Transparencia, entre los cuales se encuentra aquél elaborado por el académico don Tomás Vial S., titulado "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", de mayo de 2011.

Dando respuesta a vuestro requerimiento, informo a usted que este Consejo a la fecha ha solicitado diecisiete Informes en Derecho a distintos académicos y abogados relativos a diversos temas relacionados a Transparencia Pública, los que se individualizan a continuación:

1. *"La "Seguridad de la Nación" y el "interés nacional" como límites a la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado"*; Jorge Correa Sutil.
2. *"Los derechos de carácter comercial o económico como causales de reserva o secreto ante la Ley de Transparencia"*; Domingo Valdés Prieto.
3. *"Alcances del tipo penal de revelación de secretos públicos a la luz del nuevo régimen constitucional y legal de acceso a la información pública"*; Héctor Hernández Basualto.
4. *"El acceso a la información pública en relación al deber de reserva establecido por el artículo 35 del Código Tributario"*; Rodrigo Rojas Palma.
5. *"Regulación jurídica de los sistemas de tratamiento de datos personales al interior de la Administración del Estado, y su armonización con la Ley 20.285 sobre transparencia y acceso a la información de los servicios públicos"*; Renato Jijena Leiva.
6. *"Ley de Transparencia y Empresas Públicas"*; Miguel Ángel Fernández González.
7. *"Competencias del Consejo para la Transparencia respecto de entidades privadas que prestan servicios de utilidad pública"*; Jorge Bermúdez Soto; Eduardo Cordero Quinzacara.

8. *"Sobre la potestad de fiscalización del Consejo para la Transparencia"*; Luis Cordero Vega.
9. *"Ley de Procedimiento Administrativo y Ley de Acceso a la Información Pública. Criterios de discriminación y situación de los terceros en el procedimiento de acceso"*; Luis Cordero Vega.
10. *"Constitucionalidad de las normas de la Ley N° 20.285 que exigen informar las remuneraciones de los trabajadores directivos de las Empresas del Estado"*; Eduardo Caamaño Rojo.
11. *"Constitucionalidad de la norma que dispone que es publica toda información que obre en poder de los órganos de la Administración"*; Tomás Vial Solar.
12. *"Aspectos procesales de la ley N° 20. 285, Ley de Transparencia de la Función Pública y de acceso a la información de la Administración del Estado"*; Andrés Bordalí Salamanca.
13. *"Algunas experiencias relevantes de derecho comparado sobre el derecho de acceso a la información pública en relación a los correos electrónicos de los funcionarios públicos"*; Ignacio Covarrubias Cuevas; José Manuel Díaz de Valdés J.
14. *"Igualdad y acceso a la información de Televisión Nacional"*; Jorge Correa Sutil.
15. *"Aportes del derecho comparado a los sistemas alternativos de resolución de amparos del derecho de acceso a la información en Chile"*; Hugo Rojas.
16. *"Inexistencia de información" como motivo para eximir de la obligación legal que pesa sobre los órganos del Estado de entregar la información solicitada por un particular"*; Juan Carlos Ferrada Bórquez.
17. *"Consideraciones jurídicas sobre los datos RUN y RUT, asociados con otros datos personales como las calificaciones de los funcionarios públicos y en el contexto de un recurso de amparo al derecho de acceso"*; Renato Jijena Leiva.

Adjunto se remite en formato PDF los mencionados documentos.

Sin otro particular, se despide atentamente,



**RAÚL FERRADA CARBASCO  
DIRECTOR GENERAL  
CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA**



CAU/JLCH

**DISTRIBUCION:**

1. Sr. Jorge Torres Zúñiga; correo electrónico: [REDACTED]
2. Archivo UPC



# **La "seguridad de la Nación" y el "interés nacional" como límites a la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado**

**Jorge Correa Sutil \***

## **I.- Presentación, objetivos del presente informe y anuncio de su contenido.**

### **A.- Objetivos y contenido del presente informe.**

El Consejo para la Transparencia (en adelante también el Consejo) me ha solicitado un informe cuyo objeto es precisar el sentido y alcance de las expresiones "seguridad de la Nación" e "interés nacional" que emplean los numerales 3 y 4 del artículo 21 del artículo primero de la Ley N° 20.285, (en adelante Ley de Transparencia o Ley 20.285, pues la referencia será siempre hecha a su artículo primero), siguiendo en ello a lo dispuesto por el artículo 8° de la Carta Fundamental, y que el Consejo está llamado a aplicar en los casos que se le presentan. Para examinar el sentido y alcance que debe otorgarse a los términos señalados, se me ha pedido acudir a los elementos clásicos de interpretación de las normas jurídicas y especialmente a las fuentes que más adelante se consignan.

El inciso segundo del artículo 8° de la Constitución establece que son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utiliza, para agregar luego que sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquellos o de estos cuando la publicidad afectare, entre otros, la seguridad de la Nación o el interés nacional. Por su parte, el artículo 21 de la ley 20.285, reitera las únicas cinco causales de secreto o reserva en cuya virtud se puede denegar total o parcialmente el derecho a la información y alude a la seguridad de la Nación y al interés nacional en los siguientes términos:

\* El autor es abogado y profesor de Derecho en la Universidad Diego Portales.

\*El presente informe contó con la colaboración del Licenciado en Ciencias Jurídicas, don George Lambeth Vicent, quien realizó valiosa actividad de búsqueda y fichaje de información.

*Artículo 21.- Las únicas causales de secreto reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes:*

...

*“3 Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública.*

*4 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”.*

Como puede apreciarse, la ley recién referida, que será objeto de análisis detenido más adelante, ha establecido casos específicos en que “particularmente” deben entenderse afectados el interés nacional y la seguridad de la Nación, aunque sin entregar una lista taxativa ni definir lo que debe entenderse por los estos términos que emplea la Carta Fundamental y que ella reitera.

Determinar un significado de las dos causales en virtud de las cuales se puede decretar el secreto o reserva<sup>1</sup>, constituye una tarea de enorme relevancia y urgencia, particularmente para el Consejo, el que deberá resolver disputas acerca de si determinada información se hace o no pública, sobre la base de aquilatar si su publicidad afecta o no a algunos de estos bienes jurídicos.

Decimos que la tarea es relevante y urgente, pues estimamos que una disputa se resuelve conforme a derecho cuando los que confrontan sus posiciones encuentran un lenguaje prescriptivo común,

---

<sup>1</sup> Esos mismos términos y otros análogos son empleados en varias otras normas constitucionales, que serán citadas, para examinar si pueden ayudar a determinar su significado en éstas. Su incorporación como causales que legitiman el secreto o reserva de información en poder de órganos del Estado ocurrió una década atrás, como parte de la llamada agenda de probidad y transparencia, al dictarse la Ley 19.653, de 14 de diciembre de 1999, que incorporó un nuevo artículo 11 bis a la Ley Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado.

previamente establecido y dotado de alguna autoridad, al que someten sus diferencias. En este caso, el lenguaje son los dos conceptos que se nos ha pedido comentar. Para ser derecho, el lenguaje al que se somete una disputa debe tener un significado mínimo que sea común a las partes que contienden. Tan sólo de ese modo decimos que es el derecho el que resuelve el problema. Así, en la medida en que las expresiones "seguridad de la Nación", e "interés nacional" refieran a quien escuche o invoque tales vocablos a un mismo contenido común, querrá decir entonces que el derecho ha establecido excepciones al libre acceso a la información de contornos definidos y de común significado. Por el contrario, en la medida en que esos conceptos carezcan de un significado común para la audiencia que los escucha o para quienes los invocan, no será el derecho sino el criterio discrecional de quien los emplea con cierto grado de autoridad, el que determinará cuál es en verdad el límite a la publicidad de los actos y resoluciones públicas.

Los conceptos indeterminados, particularmente cuando son relativamente recientes en un ordenamiento jurídico,<sup>2</sup> obligan a las autoridades llamadas a dotarlos de significado a emplear altos grados de discreción en los casos precisos que deben resolver conforme a ellos. Esa discreción permite la crítica de que el derecho que rige resulta imprevisible, cuestiona la autoridad de quien impone particulares obligaciones en su nombre, pues se le acusará de hacerlo no en nombre de un derecho sustantivo que preexiste, sino sólo de una competencia jurídica y de su particular entendimiento del concepto indeterminado, y permite además –y por lo mismo– criticar que el derecho (las concretas obligaciones y derechos en el caso) vienen a surgir recién en los fallos, con posterioridad a las conductas y por ende retroactivamente.<sup>3</sup> En nuestro medio hay quienes incluso han sostenido que cuando un juez o intérprete se encuentra con un

---

<sup>2</sup> A pesar de la década anotada en la nota anterior, la doctrina y jurisprudencia no han hecho aportes sustanciales, como veremos, respecto al significado que debe darse a estos términos.

<sup>3</sup> Ronald Dworkin, es quien más claramente ha formulado estas críticas a la noción del positivismo y del realismo de que los jueces, al interpretar, ejercen una discreción en sentido fuerte. Véase particularmente el capítulo II de su libro "Los derechos en serio".

concepto genérico y que es él mismo quien debe darle contenido y significado en base a sus concepciones, entonces no actúa como un tercero imparcial que resuelve conforme a derecho.<sup>4</sup>

Ya desde el debate parlamentario en que estos conceptos se incorporaron a la Carta Fundamental y a la Ley 20.285, sus propios autores reconocieron el carácter impreciso y de significado abierto de los dos términos que nos ocupan, lo que la doctrina ha reiterado también innúmeras veces. El Senador Hernán Larraín, uno de los dos autores de la Moción en que se originaron las modificaciones legales que motivan este informe, lamentó la vaguedad de estas limitaciones, haciendo ver la desventaja que ello representaba, al punto de afirmar que hacían "imposible dar cumplimiento a la publicidad de las correspondientes actuaciones".<sup>5</sup> El entonces Senador José Antonio Viera-Gallo destacó también la vaguedad de la norma en el debate parlamentario, reconociendo que "obviamente, los conceptos de seguridad de la Nación e interés nacional son más vagos."<sup>6</sup> Otros senadores destacaron también el mismo carácter vago e impreciso de estas causales.<sup>7</sup>

Varios autores que han debido enfrentarse a los dos conceptos limitativos del acceso a la información que nos ocupan, los han caracterizado y destacado también como términos amplios y difusos, haciendo ver la dificultad que ello representa para la aplicación constitucional y de la ley 20.285. Así, por ejemplo, Miguel Ángel Fernández, al testimoniar como experto ante la Corte Interamericana

---

<sup>4</sup> Me refiero a Fernando Atria y a su libro, aún en preparación, llamado Las Formas del Derecho, alguno de cuyos capítulos han circulado para discusión en foros académicos

<sup>5</sup> En el Diario de Sesiones del Senado, Sesión 7º de 14 de abril de 1998 consta que, luego de referirse a los derechos de las personas, las funciones de los órganos, la seguridad de la Nación y el interés nacional habría manifestado las siguientes expresiones,: "desgraciadamente estas limitaciones implican una desventaja muy grande, ya que su vaguedad o generalidad hacen imposible dar cumplimiento a la publicidad de las correspondientes actuaciones."

<sup>6</sup> Intervención en el primer trámite constitucional de la reforma constitucional al artículo 8, legislatura 349, Sesión de fecha 11 de junio de 2003.

<sup>7</sup> Ver por ejemplo la intervención de los senadores Ávila y Espina en la misma Sesión referida en la nota anterior.

de Derechos Humanos (en adelante CIDH), en el caso Claude<sup>8</sup> señaló "... la problemática a la cual se encuentra el derecho de acceso a la información pública al existir causales de reserva con contenido tan amplio y difuso como lo son, por ejemplo, el interés nacional y la seguridad de la Nación."<sup>9</sup> La propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos destacó la vaguedad de estos conceptos como una dificultad seria para la debida garantía de la vigencia del derecho de acceso a la información pública en Chile, reconociendo los avances legislativos, pero criticando que "las excepciones previstas en la ley [...] confieren un grado excesivo de discrecionalidad al funcionario que determina si se divulga o no la información"<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Aquí y en el resto del texto aludiremos como caso Claude, a la causa caratulada Claude Reyes y otros vs Chile, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en fallo de 19 de septiembre de 2006. En él aparecen como requirentes además de Claude Reyes los señores Sebastián Cox Urrejola y Arturo Longton Guerrero, quienes demandaron al Estado de Chile en virtud de haberseles negado información que requerían del Comité de Inversiones Extranjeras, en relación con la empresa Forestal Trillium y su proyecto Río Cóndor en la Patagonia chilena. Al igual que en un número significativo de los casos líderes en materia de acceso a la información, se trataba de obtener antecedentes respecto de un proyecto que los requirentes pretendían impugnar desde un punto de vista medio ambiental. La sentencia será objeto de análisis en varios otros acápite del presente informe.

<sup>9</sup> Otro tanto puede encontrarse en varios de los artículos contenidos en la publicación titulada "Hacia una nueva institucionalidad de acceso a la información pública en Chile", Ximena Salazar Álvarez y Verónica Bustos Vial, editores. Fundación Pro Acceso, Santiago, Junio de 2008. En ese texto, a vía ejemplar, Moisés Sánchez señala que "Respecto de las *causales de reserva*, preocupa la excesiva discrecionalidad en la interpretación de las causales contenidas en la Constitución por la vía de establecer en el artículo 21 situaciones ejemplares demasiado genéricas, con el consecuente potencial de restricción. (Página 23). El mismo Miguel Ángel Fernández, en esta publicación, se refiere a estas dos expresiones como "jurídicamente abiertas o indeterminadas". (página 44). Tello, Cerna y Pavón señalan que "las causales constituyen "conceptos jurídicos indeterminados" cuyo contenido y extensión requiere ser delimitado para su aplicación al caso concreto. (Cristóbal Tello, Marcelo Cerna y Andrés Pavón: "Acceso a la Información Pública: los desafíos del Consejo de la Transparencia", publicado en Anuario de Derechos Humanos 2009, que publica el Centro del mismo nombre de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, pág. 197).

<sup>10</sup> Así lo consigna el parágrafo 58 d) del fallo de la Corte Interamericana, cuyo texto es el siguiente "el Estado de Chile ha realizado un serie de modificaciones legislativas; sin embargo [,...] estas no garantizan de forma efectiva y amplia el acceso a la información pública.". Si bien esa crítica estuvo dirigida a la discrecionalidad funcionaria que, a la fecha en que emite su dictamen la Comisión, consignaba la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, resultaría hoy aplicable a estos mismos funcionarios y al propio Consejo para la Transparencia, a

Encontrar elementos que permitan dotar de significado más denso y preciso a los conceptos de seguridad de la Nación e interés nacional, constituye entonces un imperativo, pues sólo a partir de contar con un mayor densidad de contenido de los dos términos que nos ocupan, podrá afirmarse que existe derecho y no pura discreción en estas dos causales que habilitan la reserva de la información pública. Muchos de quienes han destacado la vaguedad e imprecisión de estas dos causales manifiestan que es la jurisprudencia la encargada de dotarles de significado, lo que hace aún más relevante la tarea interpretativa que debe de acometer el Consejo.<sup>11</sup>

Un mecanismo para dotar de significado más preciso a los dos conceptos genéricos que hemos señalado consistiría en que legislador pudiere precisar sus contornos. Es lo que ha hecho parcialmente el artículo 21 de la ley 20.285, al disponer, como hemos visto, ciertos casos, en los cuales deben considerarse particularmente afectadas esas dos causales. También encontramos precisiones hechas en otras leyes que ordenan el secreto o reserva de determinadas clases de actos o documentos, las que han sido expresamente validadas por el artículo 1º transitorio de la ley 20.285, a condición que establezcan el secreto o reserva por las causales que señala el artículo 8º de la Constitución Política.<sup>12</sup> Sin embargo, el carácter no taxativo de estas causales, su contenido también difuso e indeterminado, la reiteración de los términos genéricos de la Carta Fundamental, sin añadirles calificación o caracterización alguna, además de algunos otros problemas que analizaremos más adelante, hacen que estos casos especiales tampoco ayuden mucho a dar significado sustancial a los

---

menos que existieran leyes que mediaran, precisando, el significado de las expresiones contenidas en el artículo 8º de la Carta Fundamental.

<sup>11</sup> Así, por ejemplo, Miguel Ángel Fernández, en la publicación referida en la nota 9 que antecede (2008) señala refiriéndose a las dos causales que nos ocupan: "Trátase de dos expresiones [ ...] jurídicamente abiertas o indeterminadas, por lo que el valor de ellas no estriba en conceptualizarlas, sino, precisamente, en que, aunque no pueda asignárseles una definición operativa, tienen un contenido evidente y de profunda riqueza, el cual, como es bien sabido, tiene que ser definido, caso a caso, por los Tribunales de Justicia." (Pág. 44).

<sup>12</sup> En razón a lo dispuesto en el artículo 4º transitorio de la Constitución debe entenderse que estas leyes cumplen con el requisito de quórum calificado que les exige el artículo 8º de la Carta Fundamental.



términos referidos, que el Consejo ha debido y seguirá teniendo que aplicar en casos determinados.

**B. Fuentes a las que se recurrirá con el objeto de ayudar a determinar el sentido y alcance de ambos conceptos.**

Para intentar dar un contenido más sustantivo a las expresiones “seguridad de la Nación” e “interés nacional”, se me ha pedido emplear los elementos clásicos de interpretación de las normas jurídicas, recurriendo, en consecuencia, para determinar su sentido y alcance, al propio significado lingüístico de las normas constitucionales y legales que las establecen, a sus conexiones lógicas con el contexto y sistema normativo, con los cuales han de encontrar sentidos armónicos, a la historia fidedigna de su establecimiento, a sus fines y a los principios generales del derecho. Habremos también de acudir a la doctrina, a la jurisprudencia y al derecho comparado.

La literatura chilena especializada, que suele adelantarse a la misma jurisprudencia y ayudar a construir los significados jurídicos, es, en el caso que nos ocupa, bastante escasa. La que existe ha lamentado con frecuencia, como hemos dicho, la vaguedad de estos términos, ha señalado los riesgos que ello representa, ha destacado casi unánimemente que habrá de ser la jurisprudencia la que, caso a caso, tendrá que ir dando significado a estos términos y, en un caso, ha hecho valiosas contribuciones al poner estas causales en el contexto sistémico del derecho que limitan, con lo cual ha delineado los estándares de argumentación y prueba que deben concurrir a su respecto; pero esos comentarios doctrinarios son hartos más escasos en materia de definir el sentido y alcance de los términos que nos ocupan.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> Nos referimos especialmente tres artículos contenidos en el libro “Reforma Constitucional”. Francisco Zúñiga, coordinador, Editorial Lexis Nexis, cuales son los contenidos en el capítulo VII (Probidad y transparencia), y que llevan por título “El principio de publicidad de los actos estatales en el nuevo artículo 8º, inciso 2 de la Constitución, de Miguel Ángel Fernández González; Reformas Constitucionales para la Administración de Osvaldo Garay Opazo, y Principio de Prohibición y transparencia en el ejercicio de las funciones públicas: Alcances de la nueva Constitución de 2005, de José Antonio Ramírez. También resulta relevante la obra colectiva “Hacia una nueva institucionalidad de acceso a la información pública en Chile”; 2008, citada en nota 9.

El ejercicio que habremos de acometer se vería severamente limitado y empobrecido si se limitara a un mero examen semántico acerca del significado de las expresiones "seguridad de la Nación", "interés nacional" y demás contenidas en el artículo 21 de la Ley de Transparencia. Para atribuir un sentido a las normas a examinar, para entender su finalidad, resulta de la mayor importancia situarlas como lo que son: una limitación al acceso a la información de los órganos públicos. Entender que es lo que se está limitando y aplicar un estatuto institucional que es común a otras limitaciones de su especie, será objeto de particular análisis, especialmente en el apartado III que sigue.

La historia legislativa, que desde luego también iré refiriendo, dedicó poco debate que nos pueda ayudar a entender un significado sustantivo de estos términos.

Los elementos lógico y sistemático de interpretación nos darán alguno auxilio, particularmente, como se ha dicho, al entender estas

---

Asimismo, hemos consultado el artículo de Jorge Contesse S.: "La Opacidad del Administrador y la Indulgencia Judicial: Jurisprudencia y Práctica sobre Acceso a la Información Pública en Chile."; en "La Libertad de Expresión en Chile, Felipe González, editor, Universidad Diego Portales, 2006; el artículo de Domingo Hernández Emparanza titulado "Notas sobre algunos aspectos de la reforma a las bases de la institucionalidad, en la reforma constitucional de 2005: Regionalización, probidad y publicidad de actos, publicado en la obra colectiva: La Constitución reformada de 2005, Humberto Nogueira, editor, Librotecnia, Universidad de Talca, Centro de Estudios Constitucionales Santiago, 2005, y el artículo de Cristóbal Tello, Marcelo Cerna y Andrés Pavón, (2009), que ya ha sido citado. En ninguno de esos textos, sin embargo, los autores se extienden en el significado de estos términos. De hecho, Miguel Ángel Fernández es quien trata más extensamente esta cuestión en la publicación de Pro Acceso, de páginas 36 y siguientes. Con todo, su referencia a la causal de afectar el interés nacional o la seguridad de la Nación sólo ocupa una carilla, la de página 44, la que prácticamente se emplea por completo en la transcripción de las partes pertinentes de un fallo de la Corte Suprema de julio de 2007, relativo a la reserva de cierta actuación del gobierno de Chile en foros internacionales. Quienes más extensamente han aludido a esta cuestión son Gonzalo García y Pablo Contreras "Derecho de acceso a la información en Chile: Nueva regulación e implicancias para el sector de la defensa nacional", en Estudios Constitucionales, año 7 N°1, 2009. Con todo, este texto alude más a cuestiones relativas a lo que debe argumentarse y acreditarse en caso de ser invocada la causal de seguridad nacional, que propiamente a darle un contenido a ella. En ambos aspectos el artículo será referido con frecuencia más adelante. Como puede verse en la nota anterior, hay autores que consideran que, al margen de la jurisprudencia, carece de sentido el esfuerzo por definir los dos conceptos que nos ocupan.

causales como limitantes, a las que se aplica un estatuto común a otras figuras jurídicas de su especie, y también en cuanto las expresiones a las que intentaremos dar significado son empleadas, en términos idénticos o muy similares en otras disposiciones de la misma Constitución.

La jurisprudencia nacional, internacional y alguna extranjera también será examinada. Mientras la materia fue regida únicamente por la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, la jurisprudencia nacional, vía recurso de amparo especial ante los tribunales ordinarios de justicia, no tuvo que enfrentarse a ninguna causa cuya solución exigiera dar significado a estas expresiones, aunque la de interés nacional fue parcialmente desarrollada en un fallo que será analizado.<sup>14</sup> La jurisprudencia del Consejo para la Transparencia es rica en haber esbozado ya el modo y lógica con que serán empleadas estas causales, particularmente en cuanto a la necesidad de acreditar daños y balancear estos en contra de los beneficios de la publicidad, aún cuando –como argumentaremos– no haya expuesto sino parcialmente las razones y el resultado de esa ponderación en los casos en que lo ha anunciado.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Los fallos que registramos para este período son los siguientes: Olmedo con Director de Aduanas, Rol N°394-2000, del 3° Juzgado Civil de Valparaíso; Moral con Superintendencia de Energía y Combustibles, Rol N°2755-2002, del 25° Juzgado Civil de Santiago; Bartucevic con Intendencia Regional, Rol N°796-2001, del 5° Juzgado Civil de Valparaíso; Claude con Banco Central, Rol N°19-2003, del 7° Juzgado Civil de Santiago; Claude con CONAF, Rol N°4173-2000, del 29° Juzgado Civil de Santiago; Baquedano Muñoz con Dirección de Relaciones Económicas Internacionales, ROL N° 3019-01, del 30 Juzgado Civil de Santiago; Manssur Nazal y otros con S.A.G; Vigneaux con Contraloría General de la República, ROL 32-2002, del 23° Juzgado Civil de Santiago; Morales con Subsecretaría de Bienes Nacionales, del 12° Juzgado Civil Santiago, ROL N° 3673-01, y Casas con Director de Aduanas. ROL N° C-3767-2004, del 3er. Juzgado Civil de Valparaíso ROL N° 755-2005, Corte de Apelaciones de Valparaíso.

<sup>15</sup> Respecto al test de daños, pueden citarse especialmente la causas de amparo A 19, A 39 y especialmente A45, todas de 2009. Esta última tuvo que decidir acerca del acceso a información de Carabineros relativa al resguardo de personas importantes. En ella, sin embargo, no aparece mayor desarrollo conceptual de la seguridad de la Nación, aunque sí una forma de tratar lo dispuesto en el artículo 436 del Código de Justicia Militar que trataremos más adelante.

Si el panorama jurisprudencial y doctrinario nacional no son de ayuda decisiva en la definición de los conceptos, la doctrina y jurisprudencia internacional y extranjera resultan bastante sustantivas, particularmente la de los Estados Unidos de Norteamérica, que tiene la legislación más antigua e influyente, particularmente entre los países anglosajones, en materia de acceso a la información pública, misma que ha sido objeto de abundante litigación. Recurriremos bastante a ella, no porque sostengamos que ella puede resultar vinculante para Chile, sino por que reconocemos su utilidad. Nuestro país no ha inventado ni el derecho de acceso a la información pública, ni el sistema democrático al que sirve, ni ha vivido en soledad, ni antes que otros países la necesidad de abrir el acceso a la información pública para mitigar los riesgos de corrupción, permitir el control ciudadano sobre el poder político y asegurar una democracia más deliberativa y rica. La manera en que otros países han pensado y entendido el desafío al que este texto se refiere, resulta entonces de utilidad para iluminar lo que nuestras autoridades, con su propia autonomía y discernimiento, habrán de resolver en el contexto de los particulares casos que se le presenten. El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Claude v Chile*,<sup>16</sup> si bien no alude ni se refiere a ninguno de los dos conceptos que nos ocupan, será de gran utilidad pues aporta valiosos (si no vinculantes) elementos acerca del modo como deben ser tratadas éstas y las restantes causales que limitan el acceso a la información.

El trabajo no se ordenará según se vaya acudiendo a estas fuentes, sino que todas ellas se harán confluir en el orden temático que se detalla a continuación.

### **C. Estructura del presente informe.**

A continuación de este apartado introductorio, destinaremos el siguiente (II) a referirnos a dos aspectos que serán excluidos o parcialmente tratados y que pueden ser de capital importancia a la hora de resolver casos conforme a las dos causales que nos ocupan. Se trata de la cuestión de la reserva de legalidad y el de la teoría de la argumentación que ha de servir de base para la aplicación de estas

---

<sup>16</sup> Nos referimos al caso *Claude Reyes y otros vs Chile*, referido en la nota 8.

causales. En el apartado III que le sigue, habrán de tratarse algunos aspectos comunes a ambas causales que legitiman el secreto o reserva. En él se argumentará que ellas no pueden ser entendidas como categorías absolutas; esto es, sostendremos que no basta con que determinada información se refiera, aluda o concierna a la seguridad de la Nación, al interés nacional o a los conceptos más específicos empleados por el artículo 21 de la ley 20.285, para justificar su secreto o reserva, aunque existen algunos casos especiales en esta materia, que también serán analizados al tratar cada uno de ellos. Hecho lo anterior, el apartado IV tratará de la "seguridad de la Nación", "defensa nacional", y "la mantención del orden y de la seguridad pública", a que se refiere el numeral 3 del artículo 21 de la ley 20.285, con el afán, como hemos señalado, de contribuir a determinar el sentido y alcance de la causal genérica que nos ocupa. El capítulo V intentará, por su parte, discernir el sentido y alcance que ha de darse al concepto de "interés general de la Nación", que emplean tanto el artículo 8º de la Carta Fundamental como el 21 de la ley 20.285, y al hacerlo, aludirá a los términos "salud pública", "relaciones internacionales", e "intereses económicos" o "comerciales del país" contenidas en el numeral 4 del artículo 21 ya referido. Termina este informe con un apartado VI, de reflexiones finales.

## **II. Aspectos relevantes en la determinación del significado de los conceptos que serán excluidos o tratados someramente en este trabajo.**

### **A. La cuestión de la reserva legal y el de la constitucionalidad de diversas normas legales que establecen reserva, incluido el artículo 21 de la Ley 20.285.**

La Constitución establece una reserva de ley particularmente reforzada para establecer los casos en que, fundándose en las causales que ella misma establece, entre las cuales se encuentran las dos que nos ocupan, permitan el secreto o reserva de los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, de sus antecedentes o de sus procedimientos.<sup>17</sup> Tal reserva de ley parece haber sido la finalidad principal que se persiguió al elevar el principio de probidad y la disposición de que los actos y resoluciones de los órganos del Estado eran públicos, con ciertas excepciones, desde el rango legal en que se ubicaron en 1999, hasta la jerarquía constitucional en que fueron recogidos a partir de la reforma constitucional de 2005.<sup>18</sup> La reserva

---

<sup>17</sup> Decimos particularmente reforzada, en primer lugar, porque el mismo texto del artículo 8º constitucional exige que se trate de una ley de quórum calificado; esto es, de aquellas que se aprueben por la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio. Miguel Ángel Fernández (2005, op. cit.), ha argumentado, a mi juicio de manera convincente, que, en la medida en que las leyes que establezcan reserva constituirán una norma especial y excepcional respecto de la publicidad establecida en la Ley Orgánica de Bases Generales de la Administración del Estado, dichas excepciones tendrán, por ese motivo, que tener la jerarquía de leyes orgánicas constitucionales, con la consiguiente exigencia del quórum aún mayor. Además, en la medida que entendamos que el acceso a la información como un derecho fundamental (cuestión que se analizará en el capítulo III del informe), la reserva legal del artículo 8º viene a reforzar la reserva general de legalidad establecida por el numeral 26 del artículo 19 para cualquier regulación, complementación o limitación de una garantía constitucional.

<sup>18</sup> La reforma constitucional al artículo 8º fue precedida, en cuanto a su contenido, por lo dispuesto en la Ley Nº 19.653 de 14 de diciembre de 1999, cuyo artículo primero, Nº7, incorporó un nuevo artículo 11 bis a la LOC de Bases Generales de la Administración del Estado. En el texto de ésta, al igual que en el del artículo 8º de la Constitución, aunque en aquel sólo aplicable a los funcionarios de la Administración del Estado, se estableció también el principio de probidad. En el inciso tercero de la norma se declaró, de manera análoga al actual artículo 8º de la Constitución que: "Son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial.". Lo que es más importante, el inciso décimo primero de esa norma aludió ya, en los mismos términos que emplea la actual Constitución, a la seguridad de la

legal –que aparece claramente establecida en la Carta Fundamental– ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional.<sup>19</sup> Esa misma reserva legal ha sido calificada por la doctrina como “la transformación

---

Nación y al interés nacional como dos de las “únicas causales en cuya virtud se podrá denegar la entrega de los documentos o antecedentes requeridos”. La norma en cuestión contenía múltiples diferencias con el actual artículo 8º constitucional, una de las cuales –tal vez la más importante, era que aquella permitía denegar la entrega de los documentos en virtud de disposiciones reglamentarias; mientras el artículo 8º autoriza a hacerlo sólo a una ley de quórum calificado. Al alero de la norma legal se dictaron múltiples normas infra legales autorizando el secreto o reserva, particularmente el D.S. N°26 de 7 de mayo de 2001 del Ministerio Secretaria General de la Presidencia. La reforma Constitucional motivó, desde luego la derogación formal del D.S. referido (mediante Decreto Supremo N°134 de 2006); y ha implicado también la declaración de inaplicabilidad del artículo 13 de la Ley de Bases Generales de la Administración, precisamente por permitir la reserva a través de normas infra legales (sentencia Rol 634 de 2007 del Tribunal Constitucional). (Para una relación histórica de la evolución desde 1990 al 2009, puede consultarse el artículo de Tello, Cerna y Pavón, 2009, ya citado).

La historia fidedigna del establecimiento del artículo 8º de la Constitución contiene varios testimonios que reflejan que la reserva legal fue uno de los principales propósitos buscados por la norma. Así, por ejemplo, en la discusión en particular en el primer trámite constitucional en el Senado, el Senador Viera-Gallo destacó que sería el Congreso, en cada caso, el llamado a calificar la causal de interés nacional contenida en la Carta Fundamental: “ahora, el interés nacional es quizá lo que pudiera resultar más vago. Empero, con ello se hace referencia a cierto bien común **que el Parlamento** habrá de poner en cada caso.”. En la misma sesión el Senador Gazmuri argumentó que: “La Constitución establece un marco general, que es la plena transparencia, y **después encarga a la ley las excepciones. Pero estas, a mi juicio deberían ser lo más precisas posibles,...**”. Otro tanto manifiesta el Senador Espina en la misma Sesión. El Ministro del Interior de la época, José Miguel Insulza, según consta del primer informe de la Comisión de Constitución del Senado, hizo ver que la proposición “**cautela adecuadamente el secreto o la reserva en que deben mantenerse ciertos documentos y actuaciones, al confiar a la ley los casos en que ello es procedente.**”. Miguel Ángel Fernández, académico que participó activamente en el proceso legislativo señaló (Pro Acceso, 2008, pág. 91) que la reserva legal aparecía como la causa probable de la reforma constitucional.

<sup>19</sup> Así ocurre en la sentencia del caso Casas Cordero de 2007, Rol 634, particularmente en los considerandos décimo y vigésimo sexto a vigésimo octavo. En el considerando vigésimo séptimo se dijo que “la preocupación del Constituyente por evitar que un margen demasiado amplio de comprensión de las causales de secreto o reserva en el acceso a la información que obra en poder de los Órganos del Estado anulara la plena vigencia de la publicidad que se estaba consagrando como regla general, **llevó a confiar sólo al legislador de quórum calificado la precisión del contenido y alcances de las causales constitucionales de secreto o reserva.**”.

radical<sup>20</sup>; el fin del “ancien regime” en materia de acceso a la información<sup>21</sup> y como aquello que, haciendo el paralelo con la expropiación, permite distinguir entre las causales, establecidas en la Carta Fundamental y los casos, más específicos que debe de desarrollar la ley.<sup>22</sup>

El derecho internacional ha venido estableciendo de un modo cada vez más enfático, claro y definitivo la misma exigencia de que sólo la ley y ninguna otra fuente de normas jurídicas es la que debe establecer, con cierta especificidad, los casos en que puede guardarse reserva de documentos producidos o en poder de entes públicos.<sup>23</sup> Así,

---

<sup>20</sup> Así lo declaró como experto en el caso Claude ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos el abogado Carlos Carmona, quien tuviera relevante participación en la elaboración de estas normas como Director Jurídico del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

<sup>21</sup> Esta calificación fue hecha por Jorge Contesse (2006, op. Cit, pág. 197). Anteriormente el autor subraya la reserva legal como la reforma más sustantiva de la constitucionalización del principio. En sus palabras y exclamaciones: La norma que se introduce explicita el principio de probidad para todos los órganos del Estado y, además, dispone expresamente que es la ley (de quórum calificado) -¡y no el Reglamento!- la que podrá establecer los casos de reserva o secreto de algunas actuaciones, ... “. Enseguida agrega “...esta importante reafirmación del principio de reserva legal, cuya inobservancia ha significado la merma del acceso a la información pública , ...” (Contesse, 2006, oop.cit., página 183).

<sup>22</sup> La diferencia entre causales y casos de reserva es expuesta por Miguel Ángel Fernández (Pro Acceso 2008, páginas 41 y 42), quien señala que la diferencia no es puramente semántica, sino que tiene importantes repercusiones jurídicas. Argumenta que las causales constitucionales “consisten en el fundamento en virtud del cual el legislador... declara que ciertos o determinados actos, sus fundamentos o sus procedimientos son secretos.”; mientras los casos “son las declaraciones **precisas** formuladas por el legislador, fundado en una o varias de las cuatro causales constitucionales,...”.

<sup>23</sup> El artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece el principio de reserva legal para cualquier restricción al goce y ejercicio de los derechos y libertades que ella misma reconoce. El artículo 13 reconoce el derecho a la libertad de pensamiento y expresión, añadiendo que “este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”. El párrafo 2 del mismo artículo 13 reafirma la reserva legal, al disponer que las responsabilidades ulteriores al ejercicio de este derecho deben estar expresamente fijadas por la ley. El principio de reserva legal para las limitaciones que puedan establecerse al acceso a la información fue reafirmado por el principio 4 de la Declaración sobre Libertad de Expresión aprobada por la Comisión Interamericana en el año 2000. El 18 de junio recién pasado, 12 de los 47 Estados miembros del Consejo de Europa suscribieron la Convención sobre Acceso a Documentos Oficiales, disponiendo en su artículo 3 que las limitaciones a este derecho debían encontrarse **precisamente establecidas en la ley**. (“Each Party may limit the right of Access to official documents. Limitations



por lo demás hubo de recordárselo al Estado de Chile la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien, en el caso Claude, en primer lugar, registró el criterio de la Comisión en el sentido que “Las restricciones al derecho a buscar, recibir y divulgar información deben estar expresamente establecidas por ley.”; para luego enfatizar que lo exigido es que la causal estuviese establecida en una ley en sentido estricto.<sup>24</sup>

Múltiples tratados internacionales, convenciones y recomendaciones de reputados órganos internacionales reiteran la misma necesidad de que las causales de reserva se encuentren expresamente establecidas por ley.<sup>25</sup>

---

shall be set down precisely in law, be necessary in a democratic society and be proportionate to the aim of protecting: ...”). En el plano del derecho comparado en América Latina la Constitución colombiana de 1991 (artículo 74) y la peruana de 1993 (artículo 2) exigen también que los casos de secreto o reserva se encuentren establecidos en la ley. Estados Unidos de Norte América, el país pionero en regular el libre acceso a la información pública ha establecido las causales de reserva en la ley, a partir de 1966, en que dictó el “Freedom of Information Act. (F.O.I.A.).

<sup>24</sup> El considerando 89 enfatiza que la reserva legal es un “medio para asegurar que no queden al arbitrio del poder público.”. Agrega que “dichas leyes deben dictarse por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.”. La Corte recuerda su jurisprudencia anterior para dejar una vez más establecido que “no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, ...”

<sup>25</sup> Véase, por ejemplo, la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión aprobada por la Comisión Interamericana en el año 2000. También el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos exige que las restricciones al derecho a la información estén establecidas en la ley. En el inciso primero de la referida norma se garantiza la libertad de expresión, incluyendo el de recibir e impartir información. El inciso segundo, considerando que el derecho conlleva deberes y responsabilidades, dispone que su ejercicio puede quedar sujeto a formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, las que deben estar establecidas en la ley, resultar necesarias en una sociedad democrática y estar puestas en interés de la seguridad nacional y otros bienes que taxativamente enumera. La Corte Europea de Derechos Humanos aplica consistentemente la obligación de que la restricción se encuentre establecida en la ley. Más precisamente sobre el punto, puede revisarse también la Convención sobre Acceso a Documentos Oficiales, suscrita por países Europeos en 2009. Entre las recomendaciones de organismos internacionales sobre la necesidad de reserva legal, la “Comisión de Venecia”, órganos de prestigio y relevante influencia en la construcción y consolidación del Estado de Derecho en los países de Europa del Este emitió una recomendación ante consultas que se le formularan en 1998 por el Comité de Asuntos Legales de la Asamblea del Parlamento Europeo, en la que estableció que las excepciones (referidas a seguridad) debían quedar establecidas

En consecuencia, debe de ser la ley y sólo la ley la que establezca los casos en que puede mantenerse en reserva o secreto un determinado acto o resolución de un órgano público, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. De ello se siguen tres órdenes de consecuencias de vital importancia para el tema que abordamos, cuyo tratamiento ha sido excluido del presente informe, conforme a sus términos de referencia: La primera es que resulta posible y deseable que los términos a los que intentamos dar significado, sean desarrollados por el legislador, quien así los dote de mayor significado, al precisarlos en la ley. De ocurrir aquello, este intento doctrinario podría quedar desfasado. La segunda consecuencia que se sigue de la reserva legal es que queda abierta la hipótesis de que el Consejo no acepte la invocación directa de la Carta Fundamental como fundamento para denegar el acceso a información y exija, ante un reclamo, la invocación de una norma legal que justifique la negativa de la autoridad a entregar la información solicitada. La tercera es la posible alegación de un vicio de inconstitucionalidad del artículo 21 de la Ley 20.285 y de otras normas que no determinen con suficiente especificidad los casos de secreto o reserva, fundados en las causales establecidas en la Carta Fundamental. Trataremos cada uno de estas cuestiones con el sólo propósito de que quede especificado a que aluden, pues, como se ha dicho, el tratamiento, análisis y recomendaciones respecto de ellas ha quedado excluido de los términos de referencia del presente informe.

Más allá de si resulta exigible, es a lo menos, posible y deseable que el legislador defina, o especifique, a nivel legal, lo que los jefes de servicios públicos, jueces y demás operadores del derecho deben, de un modo vinculante, entender por las dos causales constitucionales que nos ocupan. De alguna manera, aunque muy parcialmente, eso ha sido hecho en el artículo 21 de la Ley 20.285. En la medida que ello ocurra, se cumplirá de mejor manera el propósito constitucional de regulación legal, disminuirá el nivel de discreción que hoy persiste y

---

de manera clara y concisa en la ley: "rules concerning internal security services should be laid down in the legislation or even in the constitution; at any rate, the legal basis should be clear and concise as to their tasks and in harmony with the constitution and the international obligations, in particular those on human rights protection; ..."

que resulta dañino para la vigencia del Estado de Derecho y, lo que aquí se establezca, quede superado por decisiones legislativas, mismas que, con mayor propiedad y legitimidad democrática, están llamadas a realizar la tarea que se intenta en este trabajo.

A la luz del artículo 8º de la Carta Fundamental, resulta evidente que ninguna norma legal, ni menos infra legal o resolución de autoridad pública, podría ordenar el secreto o reserva de un acto o Resolución, antecedente de la misma o procedimiento, fundándose en una causal diversa a las que taxativamente señala la Carta Fundamental y reitera el artículo 21 de la Ley 20. 285, entre las que se encuentra la seguridad de la Nación y el interés nacional. Igualmente parece claro a este informante, aunque naturalmente ello es más argumentable –lo que no se hará aquí– que queda prohibido a un jefe superior de un órgano o servicio fundar la negativa a entregar la información que se le solicita, fundado sólo y directamente en la causal constitucional, sin mediarla en un caso dispuesto por una ley que, a lo menos, tenga, de manera real o ficta, el carácter de ley de quórum calificado. El problema puede ser más teórico que real, toda vez que el artículo 21 de la Ley 20. 285 reitera, en los mismos términos, las cuatro causales que están en el artículo 8º de la Carta Fundamental, sin perjuicio de añadir ciertos casos en que particularmente deben de entenderse afectados los bienes que la Constitución trata de proteger con la reserva. A través de este precepto legal, entonces, la Administración podría argumentar que se encuentra formalmente cumplido el requisito constitucional de que el caso se encuentre dispuesto por una ley de quórum calificado, aunque, en los hechos, esa Ley no precise, sino que reitera, la causal constitucional. De ese modo, el Consejo para la Transparencia se verá en la obligación de determinar el sentido y alcance de los dos términos que ocupan el presente trabajo.

La tercera cuestión que arranca de la reserva legal establecida por la Constitución consistiría en discernir posibles vicios de inconstitucionalidad en el propio artículo 21 de la Ley 20.285, los que podrían fundarse sosteniendo que lo que hace ese precepto es delegar en el Jefe Superior del Servicio (aunque con control posterior del Consejo y judicial), la decisión de determinar una materia que la Carta

Fundamental reserva tratar sólo al legislador, evento en el cual, conforme a una invariable y prolongada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el legislador está obligado a regular la materia reservada con suficiente determinación y especificidad, pudiendo sólo delegar en normas infra legales, aspectos de minucia o detalle, pues de lo contrario, se burla la reserva legal hecha por la Carta Fundamental.<sup>26</sup> De cuestionarse con éxito la constitucionalidad de la norma, traería aparejada la necesidad de que la ley regulara con determinación los casos en que se vieran afectados la seguridad de la Nación y el interés nacional antes que se tuvieran que seguir interpretando esas causales genéricas, pues sería exigido que sea el legislador quien defina estos términos con "suficiente especificidad y determinación.". A todo evento, no corresponde al Consejo llevar a cabo esta tarea, proceso que, de ocurrir, puede ser presenciado por éste en una función de mero espectador, no obstante las consecuencias que podrían derivarse para su quehacer.

### **B. Cuestiones más específicas acerca de los estándares de argumentación y prueba que cabe exigir respecto de estas y otras causales.**

Un modo muy relevante y decisivo de acotar los casos de secreto o reserva consiste en determinar no tanto lo que significa cada una de las causales, como las que nos ocupan, sino en establecer la magnitud de los daños o modos en que esos bienes o valores deben ser afectados por la publicidad de los antecedentes en cuestión; el grado de probabilidad o certeza con que se acredite que ese daño ocurrirá y la proporcionalidad que exista en el caso determinado entre el daño real o probable para la seguridad o el interés nacional que se ha argumentado o acreditado y el daño que se hace a la publicidad y los principios y valores que la sustentan al negar la información de que se trata.

---

<sup>26</sup> La doctrina reseñada se encuentra establecida en múltiples sentencias, entre las cuales cabe mencionar los siguientes fallos: Rol 325, considerandos 40 a 47; Rol 370, considerando 11 y siguientes, particularmente el 32; Rol 388; Rol 480 considerandos 14, 20 y 21. Más recientemente el mismo criterio ha sido reiterado en una saga de causas de legalidad tributaria, por ejemplo, la Rol 1234, considerandos 19 a 27.

Como veremos, el modo de razonar que se ha esbozado, esta "teoría de argumentación", con matices y estándares de exigencia de argumentación y prueba diversa, es contemporáneamente usada universalmente para decidir los casos en que debe resolverse la legitimidad del secreto o reserva de cierta información. Esta manera de aproximarse a los casos no es el objeto de este trabajo, sino el significado de los dos conceptos referidos.

Con todo, el Capítulo III que sigue estará destinado a discernir si un examen de esta naturaleza debe o no ser verificado cuando se discutan casos ante el Consejo para la Transparencia y si éste debe o no emplear este modo de razonar para decidirlos. Abordar esta cuestión resulta ineludible, pues, como se dirá, podrían aquí enfrentarse dos tesis contrapuestas que resultan decisivas al asunto que nos ocupa: La primera, consistiría en sostener que basta con que un acto, resolución o antecedente se refiera o concierna a la seguridad de la Nación, la defensa nacional, la mantención del orden o la seguridad públicos, la salud pública, las relaciones internacionales o los intereses económicos o comerciales del país para que se encuentre justificado su secreto o reserva. La segunda tesis consiste en exigir, como requisito para el secreto o reserva, que hayan elementos suficientes para convencer, con algún estándar de certeza que habrá de precisarse, que la publicidad afectará negativamente o dañará, en alguna magnitud, que también habrá de determinarse, la seguridad de la Nación o el interés nacional y que los bienes en cuestión habrán de ponderarse conforme a un determinado ejercicio de proporcionalidad.

Discernir cuál de las dos tesis debe seguirse, cuál de las dos lógicas debe adoptarse es el objeto principal del apartado que sigue. Hasta allí, el problema será abordado. No se tratarán, en cambio, las muchas cuestiones acerca de los estándares argumentativos y de prueba, así como las muchas cuestiones de teoría de la argumentación que se abren en cuanto uno decide adoptar la segunda de las tesis esbozadas en el párrafo anterior. Así, por ejemplo, si el antecedente que se trata de reservar o de hacer público concierne o se refiere a la defensa nacional o a la mantención del orden público, ¿debiera presumirse o acreditarse que su publicidad afecta la seguridad de la Nación? Si se opta por lo segundo, ¿cuál es el estándar de certeza

exigible acerca de la afectación de ese valor para mantenerlo en reserva? ¿Basta la afirmación de la autoridad de que tal daño se producirá o cabe exigir antecedentes objetivos que permitan presumirlo con un mínimo de plausibilidad, con un cierto margen de probabilidad o más allá de toda duda razonable? Si basta la afirmación de la autoridad, ¿cuán específica debe ser esta en la descripción de los daños probables? ¿Se necesita que la afectación sea de una cierta magnitud? ¿El riesgo de daño debe ser potencial o actual? ¿Debe ser la reserva o secreto el único medio posible para proteger la seguridad de la Nación o basta con que muestre cierta idoneidad? ¿Cabe exigir que la reserva que se pretenda no produzca daños a la publicidad que no sean los estrictamente necesarios? Si hemos de balancear la proporcionalidad de beneficios y daños, ¿cómo ha de calcularse el peso relativo de cada uno?<sup>27</sup> ¿Es ese un juicio que corresponda hacer a un “tercero imparcial”? Estas y muchas otras cuestiones que surgen en cuanto uno acepta que debe hacer un test de daños o un examen de proporcionalidad quedarán fuera del análisis de este trabajo, en conformidad a los términos de referencia que se acordaron, sin perjuicio de algunas menciones particulares a alguna causal, en cuanto presente, en el derecho comparado o internacional, algún estándar argumentativo especial y diverso a las restantes causales.

---

<sup>27</sup> Sobre el valor del derecho de acceso a la información para la democracia y la dignidad humana se han escrito múltiples artículos. Un resumen de los argumentos puede encontrarse en el fallo de la Corte Interamericana en el caso Claude, particularmente, párrafo 84.

### **III. Aspectos comunes a las dos causales que deben incidir en el significado que se dé a sus términos.**

#### **A. La regla constitucional requiere que la seguridad de la Nación o el interés nacional sean “afectados”. Consecuencias de esta regla.**

Para determinar el sentido y alcance de las dos causales que nos ocupan, no basta con hacer un mero examen semántico acerca del significado de sus términos.<sup>28</sup> Como ha determinado hace mucho la hermenéutica jurídica y ha recogido invariablemente nuestra jurisprudencia, no es del significado aislado de cada uno de los términos de donde se ha de obtener el sentido de una norma, sino de todo el precepto, y de la inserción armoniosa del mismo en el conjunto mayor del que forma parte. Partiremos por las conexiones lógicas más inmediatas.

El artículo 8° de la Carta Fundamental que consagra los dos conceptos cuyo sentido debemos abordar, antes de declarar como públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y procedimientos que utilicen, establece, en el inciso primero de esa misma disposición, el cumplimiento de la probidad como un **principio** de las funciones públicas, el que obliga a sus titulares. Es de aceptación general que los principios constituyen “mandatos de optimización”, que obligan a los órganos del Estado a alcanzarlos en el mayor grado jurídico y fáctico posible, al punto que su realización sólo admite limitarse en la realización de otros fines o valores igualmente valiosos para el derecho.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> Máxime en un caso como éste en que tales definiciones nos remiten a conceptos igualmente indeterminados, tanto por la imposibilidad de definir con precisión cada uno de sus componentes, como por la vaguedad combinatoria que se verifica entre tales elementos, y por la inescapable carga emocional o ideológica a la que ellos refieren.

<sup>29</sup> Esta concepción deriva principalmente de la obra de Robert Alexy, fundamentalmente de su libro: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, traducida al castellano por Carlos Bernal Pulido y publicada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007 y reseñada nuevamente en el texto del mismo autor denominado “Epilogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”, del mismo traductor y centro editorial.

En segundo lugar debe anotarse que, conforme al tenor expreso del artículo 8° de la Constitución, tanto la “seguridad de la Nación”, como “el interés nacional” se constituyen en causales que legitiman la reserva o secreto cuando la publicidad de los actos o resoluciones les “**afectare**”. El artículo 21 de la Ley 20.285, por su parte, reitera esta misma noción en sus numerales 3 y 4, al disponer que las únicas causales de secreto de reserva, en virtud de las cuales se puede denegar total o parcialmente el acceso a la información, se verifican “cuando su publicidad, comunicación o conocimiento **afecte** la seguridad de la Nación,... o “el interés nacional”.

En consecuencia, y por expreso mandato de la Constitución y de la ley, no basta con que el acto o resolución de que se trate concierna o se refiera a la seguridad de la Nación o al interés nacional, sino que resulta indispensable que estos valores o bienes resulten afectados por la publicidad, para poder legitimar el secreto de reserva. El vocablo afectar contenido en ambos preceptos, exige un menoscabo o daño a los dos bienes jurídicos en comento, pues carecería de todo sentido argumentar que deban mantenerse en secreto o reserva documentos o actos cuya publicidad beneficiara o realizara el interés nacional o la seguridad de la Nación.

Lo dicho, como veremos, hace imposible sostener la vigencia de lo dispuesto en normas que determinan el secreto o reserva de documentos por referencia a la materia de que tratan y con entera prescindencia del daño que su publicidad pueda irrogar a la seguridad de la Nación o al interés nacional, como es el caso del artículo 436 del Código de Justicia Militar, al menos en su encabezado. Esa es, por lo demás, la conclusión de los pocos autores que han analizado el sentido y alcance del precepto.<sup>30</sup>

Tan sólo dos casos parecen constituir excepción a lo que hemos concluido, en razón de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 22 de la Ley 20.285 (como siempre en su artículo primero). El análisis que debemos hacer de esta norma recomienda transcribirla. En los incisos

---

<sup>30</sup> Nos referimos especialmente al texto de García y Contreras (2009, ya citado), que nos ha parecido especialmente convincente en las razones que da para ello. Es también la conclusión de Tello, Cerna y Pavón, 2009, ya citado)



primero y segundo ella alude a los plazos en que debe mantenerse en secreto un antecedente. Así, luego de establecer dos reglas generales respecto de aquellos que una ley de quórum calificado declare secretos y de cinco años prorrogables para otros, los que resultan harto difíciles de distinguir de los anteriores,<sup>31</sup> establece la siguiente excepción:

*“Sin embargo, el carácter de secreto o reservado será indefinido tratándose de los actos y documentos que, en el ámbito de la defensa nacional, establezcan la planificación militar o estratégica, y de aquellos cuyo conocimiento o difusión puedan afectar:*

- a) La integridad territorial de Chile;*
- b) La interpretación o el cumplimiento de un tratado internacional suscrito por Chile en materia de límites;*
- c) La defensa internacional de los derechos de Chile, y*
- d) La política exterior del país de manera grave.”.*

No nos detendremos en la interpretación general de este precepto, pues la duración del secreto o reserva no constituye el objetivo de este estudio. Sin embargo, la norma debe ser referida en cuanto alude, en unos casos sí, y en otros no, a la necesidad de daño para reservar indefinidamente un documento. Como puede apreciarse del encabezado, el listado que se incluye entre las letras a) y d) deben mantenerse en reserva indefinida sólo “si su conocimiento o difusión pueda afectarles, lo que es un argumento más para entender que la Ley 20.285 ha establecido un sistema que, interpretado, en su conjunto, exige a quien debe resolver la reserva de un texto, apreciar el daño que su divulgación pueda producir. Sin embargo, “*los actos y documentos que, en el ámbito de la defensa nacional, establezcan la planificación militar o estratégica,*” se encuentran tratados fuera del

---

<sup>31</sup> En efecto, del momento en que, por disposición de la Constitución sólo una ley (de quórum calificado) puede establecer la reserva de un acto o Resolución, no se ve cómo va a haber un caso distinto al de la regla del inciso primero y que caiga en la del inciso segundo. El único modo de hacer alguna inteligencia del precepto sería la de entender que los casos a que alude el inciso primero son aquellos que probablemente nunca existirán en que la ley declare secretos o reservados no una clase de documentos, sino algunos específicos y determinados, pues, en tal evento, no se requeriría la participación de otra autoridad para determinar su secreto o reserva y el caso quedaría excluido de la regla del inciso segundo del artículo 22.

listado, antes de las expresiones causar daño, lo que sólo podrían entenderse como la decisión legislativa de que tales documentos se mantengan indefinidamente en reserva al margen de que su divulgación cause o no daño.

Podría discutirse si al regular de esta manera la reserva indefinida, al margen de que existan daños que alguien pueda apreciar, esta norma es constitucional, en condiciones que el artículo 8° exige al legislador apreciar que la seguridad de la Nación se encuentre afectada. No nos parece débil el argumento a favor de la constitucionalidad del precepto, en el sentido que el legislador estima que siempre la divulgación de la planificación militar o la estratégica en el campo de la defensa va a dañar la seguridad de la Nación, sin necesidad de que alguien, examinando documentos específicos, haga esa apreciación. Más allá de esta discusión de constitucionalidad, que no nos parece corresponda al Consejo, el sentido de la regla legal, determinado por su composición sintáctica ya examinada, lleva a concluir que los actos y documentos que establezcan la planificación militar o estratégica en el campo de la defensa deben reservarse (indefinidamente) sin necesidad de apreciar los daños que su divulgación pueda producir.

Respecto de todos los demás casos, el artículo 22 no hace sino confirmar la obligación de que quien decreta la reserva o secreto de un documento y de quien examina esa decisión de apreciar el daño que su conocimiento puede causar.

Así, el lenguaje de la Constitución y de la ley llevan necesariamente a concluir que la publicidad o difusión de los documentos o resoluciones sólo podrá mantenerse en reserva cuando, con cierto estándar de probabilidad o certeza, pueda afirmarse que su divulgación dañará, de un modo más o menos específico y en un determinado grado o magnitud a la seguridad de la Nación o al interés nacional, lo que nos remite a lo que en la doctrina y el derecho comparado ha dado en llamarse el "test de daños".

Ni la Constitución ni la ley establecen la magnitud que debe tener el daño a los bienes jurídicos en comento para legitimar el secreto o

reserva, aunque si los establece, en algunos casos –en el artículo 22 de la Ley 22.085- para efectos de la duración de ese secreto, lo que examinaremos a propósito de los estándares en cada causal. Tampoco se refiere al grado de probabilidad del daño que resulte exigible para decretar el secreto o la especificidad y prueba con que debe alegarse. La falta de estas calificaciones ha motivado a algunos autores a criticar la norma, estimando que lo que ella consagra es que basta con que el bien sea afectado en cualquier grado para que proceda la reserva.<sup>32</sup> No compartimos tal perspectiva, particularmente porque siendo la expresión “afectar” una esencialmente graduable, su falta de precisión legislativa deja la determinación del quantum al intérprete y no lo fija en el mínimo. En segundo lugar, porque la tesis de que basta la afectación resulta incompatible con un test de proporcionalidad, como el que se sostendrá debe hacerse en el numeral que sigue. Tampoco establece el derecho vigente si ese daño debe ser actual o basta con que sea potencial. Todo esto requiere ser definido por el legislador o, en subsidio, caso a caso, por la jurisprudencia, aunque estableciendo, en cada uno de esos casos, estándares más o menos generales que hagan previsible el derecho vigente. Ya se ha señalado en el apartado anterior (II) que el presente trabajo no entrará a definir esas cuestiones. Lo que cabe concluir, de manera inequívoca, sin embargo, es que esos estándares como la magnitud, probabilidad, especificidad y prueba del daño requieren ser establecidos como requisito para la vigencia efectiva de un Estado de Derecho que se rige por normas comunes de contenido más o menos cierto.

---

<sup>32</sup> Nos parece que esa es la posición que adopta Moisés Sánchez en la publicación de *Pro Acceso* (Op. Cit., 2008) cuando señala en página 23: “Respecto de las *causales de reserva*, preocupa la excesiva discrecionalidad en la interpretación de las causales contenidas en la Constitución por la vía de establecer en el artículo 21 situaciones ejemplares demasiado genéricas, con el consecuente potencial de restricción. Esto puede constituir una seria limitante a la labor interpretativa que ejercerá el Consejo para la Transparencia respecto de las causales conforme a los estándares internacionales. **Además, para que proceda su aplicación, basta fundarlas en que se “afecte” uno de los motivos dispuestos en la ley para justificar la reserva o secreto, sin que se señale ningún estándar de daño. La mera afectación como fundamento de la negativa, sumada a la amplitud de las causales, torna muy fácil para el órgano requerido justificar una negativa.**” (Énfasis añadido).

Las normas que venimos comentando tampoco indican si quien debe juzgar la magnitud o prueba del daño y las demás cuestiones indicadas es el jefe superior del órgano o servicio que dispone de la información o si debe hacerlo el Consejo para la Transparencia o los Tribunales Superiores de Justicia al revisar las resoluciones de éste. Sin embargo, al disponer el artículo 33, letra b) que el Consejo está llamado a resolver, fundadamente los reclamos por denegación de acceso a la información que le sean formulados en conformidad a esta ley, resulta indudable que es el Consejo y ulteriormente las Cortes, quienes, en sus resoluciones fundadas habrán de determinar la magnitud del daño y la prueba del mismo que resultarán exigibles para determinar el secreto o reserva de un acto o resolución, a menos que una ley haya definido previamente alguno de estos aspectos, lo que no ha ocurrido hasta la fecha.

El Consejo para la Transparencia ha establecido ya en fallos reiterados que, para legitimar la reserva, debe acreditarse un daño a las causales de los artículos 21 de la Ley de Transparencia y 8° de la Carta Fundamental y ha señalado que ello debe ser probado por la autoridad que alega la excepción pues, dado que de ella dependen la extinción de un deber general de entregarla, "la carga de la prueba corresponderá a quien alega su ocurrencia,...".<sup>33</sup> No hemos

---

<sup>33</sup> Los considerandos 5 y 6 de la decisión N°A39-09, que estableció esta carga de la prueba señalan textualmente: 5) Que la circunstancia de referirse el requerimiento a un elevado número de actos administrativos ha sido invocada, pero no acreditada por el Subsecretario. A este respecto debe señalarse que dado que de esta circunstancia depende la extinción del deber de entregar la información, la carga de la prueba corresponde a quien la alega, vale decir, al Subsecretario. Por lo mismo, la falta de prueba que respalde esa afirmación llevará a rechazar esta alegación. A mayor abundamiento, como la petición está circunscrita a los vínculos entre una SEREMI específica y dos particulares determinados no parece plausible que la autoridad regional ignore si estos vínculos existen.

6) Que según el Reglamento de la Ley, la distracción indebida de los funcionarios supone que la satisfacción del requerimiento les exija —la utilización de un tiempo excesivo, considerando su jornada de trabajo, o un alejamiento de sus funciones habituales|| (art. 7° N°1 c). Tal como en el caso anterior esta circunstancia extinguiría la obligación de entregar la información y, por lo mismo, corresponde que sea probada por quien la alega. A este respecto el Subsecretario se limita a afirmar que —para recopilar toda la información solicitada se necesitaría personal dedicado exclusivamente a esta labor||, descuidando así sus tareas habituales. Sin embargo, y atendido lo señalado en el párrafo precedente, este Consejo estima insuficiente esta pura alegación para dar por acreditada esta causal.

encontrado fallos que establezcan, de un modo más o menos general, el estándar que habrá de aplicar el Consejo en materia de probabilidad de ocurrencia del daño, ni acerca de la magnitud del mismo, salvo en cuanto se efectúan algunos test de proporcionalidad, que serán mencionados más adelante. Tan solo en un voto disidente del presidente del Consejo hemos encontrado consignada la exigencia de que para acreditar la afectación a la o las causales constitucionales de secreto o reserva, la misma debe ser cierta, probable y específica.<sup>34</sup> En cuanto a la existencia de un daño, la decisión del amparo A45-09 aparece como especialmente enfática. En su razonamiento 6) se afirma que **“no basta la mera relación entre la información solicitada y la causal constitucional sino que, además, debe demostrarse que la publicidad de aquella afecta al bien jurídico que el art. 8° admite proteger por ley de quórum calificado.”**. (Énfasis añadido). Más adelante agrega que para determinar tal cuestión se hace necesario aplicar lo que la doctrina comparada denomina un test de daño, el que termina explicando en los mismos términos y sin distinguirlo de la cuestión de la proporcionalidad o peso relativo entre bien jurídico que legitima la causal de excepción y los beneficios que representa el libre acceso a la información.<sup>35</sup> Más allá de este tratamiento indiferenciado, lo importante de subrayar aquí es que el Consejo para la Transparencia ha establecido ya una jurisprudencia reiterada concordante con lo que venía exponiéndose en este capítulo; esto es, que no basta con que la información de que se trate concierna o se refiera a un determinado campo, sino que la eventual reserva depende de la afectación o daño del bien jurídico establecido como causal de la misma. Es de esperar que los

---

El mismo criterio aparece reiterado en el considerando 7) de la decisión de amparo A19-09 de 7 de julio del presente año.

<sup>34</sup> Nos referimos al voto disidente del Presidente del Consejo, don Juan Pablo Olmedo en la decisión A45-09 de 28 de julio de 2009. Las expresiones “cierto” y “probable” contenidas en ese voto nos confunden, pues tienen apariencia de ser contradictorias. Ambas parecen aludir al grado de probabilidad de verificarse el daño y contener exigencias diversas.

<sup>35</sup> El trato indiferenciado de la cuestión de la existencia, probabilidad de ocurrencia y magnitud del daño, por una parte, con la de pesar ese daño probable con los beneficios de la libertad de información parece radicar en la influencia del texto de López Ayllón y Posadas (2007, ya citado), que aparece referido en el considerando 8° del fallo y que llama test de daños a ambas cuestiones.

estándares respecto a este “test de daños” puedan desarrollarse de un modo consistente en el futuro.

### **B. Se trata de causales que permiten limitar el ejercicio de un derecho fundamental. Consecuencias de lo anterior.**

Un segundo ejercicio fundamental para determinar el sentido y alcance de los términos que nos ocupan consiste en determinar a qué hacen excepción estas causales. Algunos autores chilenos destacan que ellas permiten establecer excepciones al ejercicio de un derecho fundamental y sacan de ello relevantes conclusiones.<sup>36</sup> Otros han llamado la atención y lamentan que el acceso a la información no haya sido consagrado como un derecho fundamental, de aquellos contenidos en el artículo 19 de la Carta Constitucional.

Discernir esta cuestión resulta fundamental, pues si las causales que nos ocupan constituyen limitaciones al ejercicio de un derecho fundamental, la determinación de su sentido y alcance debe de hacerse recurriendo a la hermenéutica aplicable a esta clase de limitaciones. Entre ellas, y desde luego, debe tenerse presente que, el numeral 26 del artículo 19 de la Constitución, además de exigir que las limitaciones estén establecidas en preceptos legales, dispone que ellas “no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. En segundo lugar, el Tribunal Constitucional ha venido estableciendo, en jurisprudencia reiterada e invariable que estas limitaciones deben ser razonables y prudentes y, al menos desde el año 2006 a la fecha, ha sometido constantemente estas limitaciones a test de proporcionalidad, siguiendo con ello una doctrina que tiende a imponerse universalmente.<sup>37</sup>

Existen muchas y buenas razones para sostener que el acceso a la información emanada de órganos del Estado constituye un derecho fundamental, tanto desde el punto de vista de su íntima vinculación

---

<sup>36</sup> Especialmente García y Contreras (Op. Cit., 2009). También en el artículo de Tello, Cerna y Pavón, 2009, ya citado.

<sup>37</sup> Entre los fallos anteriores a 2006 que exigían la razonabilidad y la prudencia a los preceptos legales limitativos de derechos fundamentales, pueden citarse Roles 226 y 280. Entre los fallos que aplican inequívocamente el test de proporcionalidad, cabe mencionar los siguientes roles 728, 1046, 1061, 1141, 1215, 1253, 1262, 1279 y 1345.

con el ejercicio de la libertad de expresión como por constituir un supuesto indispensable de la llamada "democracia deliberativa". Sin embargo, más importante que las razones que podamos dar en este texto, es consignar que el Tribunal Constitucional, en sentencia unánime del año 2007, lo ha definido como un derecho fundamental "implícito" en el texto Constitucional, en el caso Casas Cordero, rol 634. Así queda claro de los considerandos 9º y 10º de ese fallo, que se transcriben parcialmente a continuación:

**"NOVENO:** *Que el presente requerimiento **incide en un derecho –el de acceso a la información pública- cuyo reconocimiento constitucional no merece duda a la doctrina de los ius publicistas y tampoco a la jurisprudencia. ... En segundo término, porque el derecho a acceder a las informaciones que obran en poder de los órganos del Estado forma parte de la libertad de expresión que, entre nosotros, se encuentra consagrada ...***".

Citando fallos anteriores, añadió que "Este mismo Tribunal ha sostenido que la libertad de informar incluye "el derecho a recibir informaciones" (Sentencia Rol N° 226, de 30 de octubre de 1995, considerando 20º). ... De esta manera, es posible afirmar que **el derecho de acceso a la información pública se encuentra reconocido en la Carta Fundamental –aunque no en forma explícita-** como un mecanismo esencial para la vigencia plena 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."

**DÉCIMO:** *Que acorde a la naturaleza de derecho reconocido por la Constitución que tiene el acceso a la información pública, aunque lo sea de forma implícita,...*".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, fundada en el artículo 13 de la Convención resolvió clara y enfáticamente, en el caso Claude que acceder a la información era un derecho consagrado en ese tratado internacional que versa sobre derechos humanos. Así, ese fallo

consignó, desde luego, las opiniones de la Comisión que lo destaca como un principio inherente al sistema democrático, un deber del Estado y un derecho (58). La Corte misma lo entiende inequívocamente como un derecho y establece al Estado como sujeto obligado al señalar que:

*"77. En lo que respecta a los hechos del presente caso, la Corte estima que el artículo 13 de la Convención, **al estipular expresamente los derechos** a "buscar" y a "recibir" "informaciones", **protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado**, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el **derecho de las personas a recibir dicha información** y la obligación positiva del Estado de suministrarla, ... De esta forma, el **derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información** bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea." <sup>38</sup>*

En el considerando 79 y particularmente en el 84 la Corte trata este derecho, además, como un componente fundamental del ejercicio de la democracia" y un requisito indispensable para su funcionamiento. Citando una opinión consultiva de 1985, lo refiere también diciendo que: [...] la libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática.

En verdad, luego de que el Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han definido el acceso a la información como un derecho fundamental resulta difícil seguir sosteniendo que el acceso a la información es, en el sistema jurídico chileno, una mera cuestión de probidad y de modernización estatal.

---

<sup>38</sup> Caso Claude ya citado. En nota al pié contenida en este considerando, el fallo de la Corte refiere al lector a los casos *López Álvarez*, *supra* nota 72, párr. 163; *Caso Ricardo Canese*, *supra* nota 72, párr. 80; y *Caso Herrera Ulloa*, *supra* nota 72, párrs. 108-111.



Por lo demás, la doctrina es prácticamente unánime a este respecto, haciendo excepción tan solo la opinión de un profesor, que opinó con anterioridad a esos fallos, básicamente para enfatizar, como testigo pericial en un juicio, la debilidad que todavía tenía en Chile el libre acceso a la información pública.<sup>39</sup> En el plano europeo, si bien la Corte Europea de Derechos Humanos fue reacia, hasta fines de los 90, a derivar de la Convención Europea un derecho general de acceso a la información y datos en poder de la Administración, ha terminado por interpretar que el acceso a la información es un derecho consagrado en el artículo 10 de esa Convención, lo que constituye su jurisprudencia a lo largo de esta década.<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> Nos referimos al testimonio dado por Tomás Vial ante la Corte Interamericana en el caso Claude, donde afirmó que, de acuerdo a los informes de las respectivas Comisiones del Senado y la Cámara, la reforma del artículo 8 de la Constitución Política "se entendió [...] simplemente [como] elevar a rango constitucional lo que ya [se encontraba] contemplado en los artículos 13 y 15 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración [de] 1999". En la discusión parlamentaria "nunca se h[izo] mención a la existencia de un derecho de acceso a la información por parte de los ciudadanos". Más adelante agrega "... que si bien la reforma constitucional representa un avance desde el punto de vista de asegurar el acceso a la información, no contempla un deber positivo por parte del Estado y, por ende, no se constituye en derecho subjetivo. Al no constituirse como derecho constitucional, surge un conflicto al ponerlo en balanza con otros derechos que sí tienen rango constitucional y que tendrían prioridad sobre el acceso a la información. Igualmente, al no ser un derecho constitucional, el Estado no se ve en la obligación constitucional de "promoverlo ni de crear condiciones para su debida protección".

Los restantes autores que se han referido al tema, si bien han lamentado algunas limitaciones a este derecho, le han dado tratamiento de tal, como hemos referido en citas anteriores. Particularmente enfático en esta materia es el artículo de Gonzalo García y Pablo Contreras (2009, ya citado), quienes critican incluso la timidez de Tribunal Constitucional en el fallo Casas Cordero y definen el acceso a la información como un derecho fundamental adscripto y no como uno implícito.

<sup>40</sup> La reticencia a reconocer que el acceso a la información era un derecho general se manifestó primero en el caso Leander vs. Suecia, fallado el 26 de marzo de 1987. En 1999, en el caso Loiseau v. Francia señaló que "it is difficult to derive from the Convention a general right of access to administrative data and documents.". (Nº46809/99, ECHR 2003-XII). Como lo refirió en un reciente fallo en que el reconocimiento del derecho resulta abierto y claro, el cambio jurisprudencial hacia una interpretación más amplia del derecho a recibir información y el reconocimiento de un derecho de acceso a ella, contenido en el artículo 10 de la Convención, se habría producido en el caso Sdruzeni Matky contra la República Checa, fallado en julio de 2006. La sentencia reciente a que aludimos, y donde el derecho aparece claramente reconocido, en frases tales como "The Court has consistently recognised

Si el acceso a la información es un derecho fundamental y la publicidad un principio, entonces no puede ser afectado en su esencia y los casos específicos de limitaciones que sean objeto de resoluciones fundadas deben examinar la procedencia de las limitaciones conforme a un test de proporcionalidad en que se verifique la adecuación de la limitación, su necesidad y se pesen los daños y beneficios que, en cada caso, se infieran, con la reserva o la publicidad al principio del libre acceso a la información o a la seguridad de la Nación o al interés nacional.

Derivamos del sentido mismo de la Carta y no de una disposición expresa de la ley la necesidad de hacer un balance de proporcionalidad de los bienes en juego, uno de los cuales estará constituido por el daño eventual que la publicidad del documento vaya a producir a alguno de los bienes señalados como causales de excepción, el que habrá de ser pesado contra los beneficios que la divulgación produce al libre acceso a la información y los bienes que ella produce. Si es la Constitución la que lo exige, entonces no es argumento en contrario que la indicación sustitutiva del Ejecutivo en la Ley de Transparencia, haya eliminado cierto lenguaje que estaba en la Moción inicial que exigía expresamente hacer este test de proporcionalidad, al disponer que sería lícito restringir la entrega de un documento o antecedente solicitado "sólo si el peligro de daño sobrepasa el interés público que promueve la transparencia y publicidad de los actos y documentos de la Administración."<sup>41</sup>

Reiteremos que la única excepción a esta regla radica en los actos y documentos que establezcan la planificación militar o estratégica en el ámbito de la defensa nacional, en razón de que su secreto o reserva indefinida ha sido decretada por el legislador al margen de la afectación a cualquier valor, en el inciso tercero del artículo 22 de la Ley 20.285.

---

that the public has a right to receive information of general interest", es el de 14 de abril de 2009, en el caso *Társaság A Szabadságjogokért v. Hungría*.

<sup>41</sup> Primer Trámite Constitucional en el Senado de la Moción Parlamentaria de los Senadores Jaime Gazmuri Mujica y Hernán Larraín Fernández. Sesión de fecha 04 de enero, 2005. Cuenta en Sesión 23, Legislatura 352.

Una vez más, ni la Carta Fundamental ni la ley disponen reglas o parámetros para la aplicación de este test de proporcionalidad. Así, por ejemplo, no establecen si basta con que la reserva sea un medio idóneo para la protección de la seguridad o interés nacional o si debe resultar exigible que se constituya en el único medio necesario. Tampoco establece la Constitución o la ley si el juicio de proporcionalidad habrá de exigir que la limitación no dañe innecesariamente el libre acceso a la información o si, en cambio, habrá de medírsele por el estándar más exigente de ser la medida menos dañina entre todas las disponibles. Menos se encuentra en la Constitución o en la ley el peso relativo que ha de asignarse, en cada caso a los valores de la seguridad de la Nación, al interés nacional y a la publicidad y transparencia de los actos públicos.

Parece innecesario argumentar por qué, para poder hacer esta evaluación de proporcionalidad, el Consejo debe revisar (reservadamente) la documentación que se trata de hacer pública, pues resulta difícil pensar que se pueda evaluar la magnitud de daños y beneficios si es que no se conoce la información cuya publicidad o secreto debe de producir los efectos que se alegan. Ello puede implicar una cantidad significativa de trabajo. Un camino previo e intermedio, puede consistir en exigir que las razones que invoque el órgano del Estado para sostener que la publicidad del acto fuere a producir un daño a la seguridad de la Nación o al interés nacional tengan suficiente especificidad; esto es que la exigencia para la reserva no se satisfaga con afirmaciones genéricas de que la publicidad vaya a dañar esos valores, sino que se exija una exposición circunstanciada de la manera y la magnitud en que se va a producir este daño. En la jurisprudencia de los Estados Unidos de Norte América –como veremos al tratar de la seguridad de la Nación- esta exigencia ha jugado una función fundamental, al rechazarse las pretensiones de reserva que no aparecen fundados en explicaciones específicas acerca del modo en que ese valor quedará dañado.

Reiteramos que las cuestiones señaladas en el acápite anterior no serán objeto de estudio en el presente informe y que ellas indudablemente deberán ir siendo desarrolladas por la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia y de los tribunales que revisen sus

decisiones, a menos que el legislador intervenga para establecerlas en algún grado. Valga una vez más afirmar como conclusión que, en la interpretación de los dos conceptos que nos ocupan habrá necesariamente de confluír, no sólo un test de daño, sino también un juicio prudencial de proporcionalidad.

Por lo demás, la tesis que venimos sosteniendo ha sido ya enfáticamente consagrada en los fallos del Consejo para la Transparencia y particularmente explicada y justificada en uno de ellos. Nos referimos al amparo A45-09. En él, como hemos señalado, aparecen consagrados, como si fueran una misma cosa, la necesidad de acreditar daños (con una determinada probabilidad y magnitud) al bien jurídico que constituye la excepción, con la cuestión de ponderar esos daños con los beneficios que, en el caso, conlleve el libre acceso a la información. Más allá de esta confusión de cuestiones distinguibles, el Consejo fundó en doctrina nacional y extranjera la noción del juicio de proporcionalidad y afirmó la necesidad de efectuarlo, tanto en la doctrina de la Corte Interamericana del caso Claude que lo estableció expresamente, como en la reiterada jurisprudencia seguida por el Tribunal Constitucional, cuando se trata de limitar el ejercicio de un derecho fundamental. Basándose precisamente, al igual como lo hemos argumentado en este acápite, en el hecho de estar frente a una limitación a una garantía constitucional, el Consejo consagró la necesidad de un juicio de proporcionalidad en los siguientes términos: "Establecido que estamos en presencia de un derecho de rango constitucional la reserva o secreto pasa a limitarlo o restringirlo, por lo que debe respetar el principio de proporcionalidad que supone analizar, conforme señala la doctrina: a) si la medida es eficaz, b) si no existe un medio más moderado para la consecución eficaz del propósito buscado (en este caso, cautelar el secreto) y, por último, c) si de la medida a adoptar (en este caso, el secreto absoluto) derivan más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto."<sup>42</sup>

El Consejo para la Transparencia no sólo ha endosado la necesidad de un test de proporcionalidad, sino que ha fundado en el balance de

---

<sup>42</sup> La cita corresponde al considerando 10) del fallo A45-09 las referencias anteriores se encuentran en los considerandos 8 y 9 de igual decisión.

bienes y daños algunas de sus decisiones. Sólo nos cabe lamentar que en esos fallos el Consejo se haya limitado a anunciar el resultado de este juicio de ponderación o balance entre los bienes en juego y a señalar como es que se encuentra presente y debe ser valorado aquel que termina por favorecer, pero sin explicitar propiamente todos los beneficios y daños en juego e indicar las razones por las cuales la balanza se inclina en uno u otro sentido.<sup>43</sup> De ese modo, la jurisprudencia nos ha privado de criterios más generales acerca de cómo van a balancearse efectivamente los bienes en tensión en el caso determinado, lo que hace muy difícil prever la jurisprudencia futura y así entender cual sea el derecho vigente.

### **C. Se trata de excepciones. ¿Qué alcance puede darse a la llamada "interpretación restrictiva" de las mismas?**

La regla general es la de la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y procedimientos. Las excepciones sólo pueden estar establecidas en una ley de quórum calificado cuando la publicidad afecte, entre otras, la seguridad de la Nación o el interés nacional. Así, tanto en el inciso segundo del artículo 8 de la Constitución, como en el artículo 21 de la Ley 20.285, los conceptos que nos ocupan constituyen causales en las que pueden fundarse excepciones a la regla general de la publicidad, misma que pretende dar cumplimiento al principio de probidad.

---

<sup>43</sup> Nos referimos, por ejemplo, al propio fallo del Amparo A-45 de 2009 y al amparo A19-09. En este último, por ejemplo, la falta de razonamientos explícito son sustituidos por la calificación de que los beneficios son "evidentemente" mayores en una opción que en otra. El considerando 8º que contiene esta calificación es del siguiente tenor: "Que la primera causal invocada es que la comunicación, conocimiento o publicidad de la información solicitada podría afectar el interés nacional, en particular los intereses económicos del país. Sin embargo, la información solicitada se refiere a la situación del desempleo en el país y a la forma de medirlo, de manera que el beneficio público de conocer dicha información es evidentemente mayor que el daño que se puede causar con su divulgación. En efecto, este Consejo Directivo no ve cómo la publicidad de estos datos podría afectar el interés económico del país y, como consecuencia, el interés nacional, según afirma la respuesta del traslado, por lo que no da por acreditada de manera fehaciente tal circunstancia.". En verdad, si el Consejo estimaba que la publicidad de los antecedentes no producía daño alguno al interés nacional, no se explica como se puede balancear algo contra una cuestión que no existe. No aparecen explicados tampoco el beneficio público que produce el conocimiento de la información.

De ese modo, los términos que nos ocupan son causales fundantes de excepciones. Siguiendo un asentado principio que rige la interpretación jurídica las excepciones a las reglas generales, máxime cuando ellas constituyen limitaciones a derechos fundamentales, deben interpretarse restrictivamente. Lo señalado se reafirma en virtud de lo dispuesto en el artículo 11, letra b) y d). El primero consagra la libertad de información como un principio y el acceso a la información como un derecho, reiterando que las únicas excepciones a ello deben estar establecidas en leyes de quórum calificado, mientras el segundo dispone que la administración debe proporcionar la información en los términos más amplios posibles, "excluyendo sólo aquello que esté sujeto a las excepciones constitucionales o legales."<sup>44</sup> De ese modo, queda reiterado que las excepciones deben extenderse sólo hasta donde resultan inequívocas. Otro tanto podría argumentarse a propósito del principio de divisibilidad, consagrado en la letra e) de igual disposición, que refleja también el principio de que a las excepciones no cabe darles un alcance mayor que aquel al que estrictamente se apliquen.

La invocación de la máxima de la interpretación restrictiva suele ser empleada como un argumento retórico en el foro judicial sin que se logre determinar con precisión que significa una interpretación restrictiva y hasta donde debe alcanzar la restricción. Por mi parte, estimo que este uso retórico sirve de poco, a menos que en un caso preciso y determinado compitan una interpretación más amplia y otra más restringida que conduzcan a resultados diversos.<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> En verdad debió decir las excepciones legales dictadas en conformidad a la Constitución, pues la ley no puede establecer excepciones además, o al margen de la Carta Fundamental.

<sup>45</sup> Por lo demás, no debiéramos olvidar lo dispuesto por el artículo 23 del Código Civil que señala que "lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación."; añadiendo que "la extensión que deba darse a toda ley, se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes.". No es del caso entrar aquí al debate acerca de si esta regla de interpretación de rango legal puede servir para fijar el sentido de una disposición constitucional o si ella debe o no aplicarse al derecho público. Más allá de estos debates, lo que quiero destacar es el carácter "resbaloso" de los conceptos de interpretación extensiva y restrictiva, mismos que pueden entenderse en sentido más o menos extenso, estricto o restringido.

Lo que si cabría destacar aquí es que siendo los términos que nos ocupan causales fundantes de reglas excepciones, no cabría presumir su concurrencia. Con esto quiero decir que quien esté llamado a juzgar si la publicidad de un acto o resolución puede o no afectar la seguridad de la Nación o el interés nacional deberá hacer descansar en quien argumenta la concurrencia de esta causal excepcional el peso de la argumentación y de la prueba. En caso contrario, en el evento de presumirse que concurren estas causales, la regla general ya no sería la publicidad, sino la reserva.

El criterio que aquí sostenemos constituye ya jurisprudencia reiterada por el Consejo desde que en el Amparo a-39 de junio de 2009 estableció que "A este respecto debe señalarse que dado que de esta circunstancia depende la extinción del deber de entregar la información, la carga de la prueba corresponde a quien la alega, vale decir, al Subsecretario.", argumento que le sirvió para resolver que la información debía publicarse.<sup>46</sup>

Al igual que en los dos casos anteriores no entraremos en este informe, por no ser su objetivo, a determinar el estándar de convencimiento que debe alcanzar quien argumente la probabilidad del daño a alguna de estas causales. Así, por ejemplo, no analizaremos si basta con que el convencimiento alcance grados razonables de probabilidad de daños para la seguridad de la Nación o el interés nacional o si, en cambio, debe acreditarse, con elementos objetivos y más allá de toda duda razonable que estos bienes jurídicos serán dañados por la publicidad de los actos o resoluciones. Nos basta con dejar sentado que, a falta de definiciones legales más precisas será el Consejo y los Tribunales que revisen sus decisiones, quienes habrán de definir estos estándares y hacer votos para que ellos sean establecidos de un modo consistente y claro, de manera tal que el derecho aplicable resulte previsible.

En consideración a lo dicho debemos entender entonces que, además del test de daños y del juicio de proporcionalidad, quien

---

<sup>46</sup> La cita corresponde al razonamiento 5). La doctrina fue reiterada en el Amparo 19 del mismo año.

aplique estas dos causales deberá, para decretar el secreto o reserva, exigir ser convencido de que ellas concurren.

#### **D. ¿Qué son los casos especiales del artículo 21 de la Ley 20.285 en relación a las causales establecidas en la Constitución?**

El artículo 21 de la Ley 20.285, al que tantas veces nos hemos referido, establece algunos casos particulares en que debe entenderse afectada la seguridad de la Nación el interés nacional. En el primer caso, la norma alude a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública. Para el interés nacional, la norma refiere a la salud pública o las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país.

¿Cómo debieran entenderse estos casos particulares que la ley menciona? ¿Basta con que un documento se refiera a la salud pública para que el intérprete entienda afectado el interés nacional? ¿Podría el interés nacional ser invocado al margen de estos casos en que la ley lo considera particularmente concernido?. Si además de referirse a la salud cabe exigir que se argumente y acredite una afectación del interés nacional, ¿Qué le agrega la ley a lo que ya está en la Carta Fundamental?

Para poder entender la función que han de cumplir los casos del artículo 21 en la argumentación de un conflicto acerca de la publicidad o reserva de un acto determinado, y el modo en que han de ayudar a fijar el sentido y alcance de las causales constitucionales, resulta necesario repasar el elemento sintáctico de las normas constitucionales y legales que nos ocupan y los consagran.

Desde luego, como ya hemos señalado, el artículo 8° de la Ley Fundamental establece una reserva legal reforzada, disponiendo que la única fuente normativa que puede establecer el secreto o reserva es una ley de quórum calificado.<sup>47</sup> La seguridad de la Nación y el interés nacional son, en ese precepto, bienes cuya afectación legitiman que el legislador pueda establecer el secreto o reserva. En esa disposición,

---

<sup>47</sup> Como ya se ha reseñado, existen buenas razones para sostener que estas leyes tendrán que tener la jerarquía de orgánico constitucionales.



estas causales autorizan sólo al legislador y no a jefes de servicios u órganos públicos, al Consejo para la Transparencia o a los tribunales de justicia a fundar el secreto o reserva de actos o resoluciones determinados.

El artículo 21 de la Ley 20.285 tiene una estructura diversa. Su encabezado dispone que "Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes: ..." Dicho eso, el numeral 3 del precepto reitera como causal, "Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación, ...", mientras en el numeral 4, y con igual encabezado, dispone: "Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el interés nacional, ... ". Nos parece que, hasta aquí, el precepto legal no cumple una función puramente reiterativa de la Carta Fundamental. Como dijimos, ésta sólo habilita a la ley a determinar el secreto o reserva de actos o Resoluciones cuya publicidad puede afectar las causales constitucionales. Esta es una ley, que obviamente no puede estar habilitando a la misma ley. La norma señala que estas son (las únicas) causales en virtud de las cuales "**se podrá** denegar total o parcialmente el acceso a la información". La norma no señala quien o quienes son los habilitados para denegar el acceso a la información, pero lo dispuesto en los artículos 14, 24 y 28 de la misma Ley, hacen inequívoca la respuesta: los habilitados por la Ley para denegar la publicidad de la información fundado en estas causales son, en primer lugar, la autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado requerido de ella, el Consejo para la Transparencia, conociendo de un reclamo, conforme a su competencia y la Corte de Apelaciones, conociendo de un reclamo de ilegalidad en contra de la resolución de éste.

De ese modo, el artículo 21 de la Ley 20.285 ha transformado, sin hacer especificación alguna, las causales habilitantes de normas legales en causales habilitantes de decisiones administrativas, cuasi judiciales o judiciales. Ya hemos dicho que esta carencia de especificidad y determinación por parte de la ley la hace pasible de crítica de inconstitucionalidad. Con todo, y mientras la norma legal del artículo 21 mantenga su vigencia, debemos entender que la seguridad

de la Nación y el interés nacional son causales cuya afectación o daño habilitan a las autoridades administrativas y al Consejo para decretar el secreto o reserva y hacen necesario su definición por la vía jurisprudencial.

Los numerales 3 y 4 agregan ciertos casos particulares y es acerca del sentido de ellos que interesa razonar ahora. Ello nos obliga a consignar una vez más el lenguaje preciso del artículo 21. En sus numerales 3 y 4, como hemos reiterado tantas veces, se dispone:

*“Artículo 21. Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la conformación son las siguientes:*

...

*3. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública.*

*4. 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.”*

Es del caso examinar ahora el significado de las expresiones **“en especial si se refiere[n] a ...”** . Si entendiéramos que es la información la que debe referirse a esos campos o materias, esos casos constituyen áreas a las cuales la información debe concernir. Distinto significado tendría la expresión si la defensa, mantención del orden público y demás especificaciones aludieran a bienes que deben resultar particularmente dañados, pues en tal caso, el test de daños debiera efectuarse no respecto a las causales genéricas de seguridad de la Nación e interés nacional, sino a las más específicas contenidas en los numerales del artículo 21. Nos parece que la expresión “si se refiere[n] a”, por su ubicación en la frase alude a la información y no al daño.

Así, al igual como ocurre en el derecho comparado, la defensa nacional, la mantención del orden y la seguridad públicas son, en relación a la seguridad de la Nación, casos en que de referirse los antecedentes a esas áreas, particularmente debe considerarse afectada la seguridad de la Nación por la publicidad de un acto o resolución referido a ellos. En consecuencia, cuando un acto o resolución se refiera a la defensa nacional, o a las demás cuestiones mencionadas, debe considerarse particularmente que su publicidad puede afectar la seguridad de la Nación. Otro tanto dice la salud pública y demás mencionadas en el numeral 4 respecto al interés nacional.

La expresión “particularmente” hace equívoca la inteligencia del precepto y permite preguntarse: ¿Basta con que un antecedente se refiera a la defensa nacional para que se deba considerar afectada la seguridad de la Nación? Nos parece que la respuesta es negativa, pues la Carta Fundamental no permite establecer casos de reserva o secreto sino cuando se afecte la seguridad de la Nación (o las demás causales), lo que obviamente no ocurre con todo antecedente que se refiera a la defensa nacional. Nos basta un ejemplo para probar lo señalado: Una resolución que ordena la compra de calcetines a los soldados hombres de un regimiento o medias al personal femenino del mismo, para presentarse al desfile del 19 de septiembre, o la factura que da cuenta de la misma se refiere o alude a la defensa nacional, pero es igualmente obvio que su divulgación no afecta o daña la seguridad de la Nación. De igual modo, un estudio acerca del aumento de la obesidad en Chile concierne o se refiere a la salud pública, pero no puede entenderse que su divulgación afecte (negativamente) el interés de la Nación. Ni siquiera, como prueban estos ejemplos, cabría presumir que la publicidad de un antecedente afecte el interés nacional, por el sólo hecho de referirse a la salud pública.

En consecuencia, que un acto o Resolución pertenezca a un campo de los indicados en el artículo 21 de la Ley de Transparencia no exime la verificación de un test de daños ni un ejercicio de ponderación. Estimamos, en consecuencia, que los casos que detallan los numerales 3 y 4 del artículo 21 de la Ley de Transparencia sólo pueden interpretarse de un modo conforme a la Carta Fundamental

(obligación de todo intérprete), si es que no se les considera como áreas, campos o materias que, por el sólo hecho de referirse a ellas los antecedentes en cuestión, deban ser considerados reservados, al margen de todo juicio de daños a la seguridad o interés nacional. La interpretación contraria haría caer estos preceptos en abierta inconstitucionalidad, como ha constatado Olmedo, al referirlos en esos términos.<sup>48</sup>

Interpretar el precepto en sentido contrario iría, además, en contra del razonamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Claude y haría al país pasible de una nueva sentencia condenatoria, pues en él ese Tribunal razonó que: "... la restricción no sólo debe relacionarse con uno de [los] objetivos [legítimos que la justifican], sino que también debe demostrarse que la divulgación **constituye una amenaza de causar sustancial perjuicio a ese objetivo y que el perjuicio al objetivo debe ser mayor que el interés público en disponer de la información**".<sup>49</sup>

Si los casos especiales, expuestos en términos de sectores del quehacer estatal mencionados en los numerales 3 y 4 del artículo 21 no permiten concluir siempre y necesariamente que la divulgación de un antecedente referido a ellos afecte la seguridad de la Nación o el interés nacional, ¿qué agregan esos casos a los conceptos genéricos que particularizan? ¿Qué otro significado debemos dar a la expresión "particularmente"? En los Estados Unidos de Norte América, país pionero en la regulación del acceso a la información y que ha influido decisivamente en la configuración del pensamiento doctrinario y de

---

<sup>48</sup> Nos referimos al artículo publicado por Juan Pablo Olmedo en Pro Acceso (Op. Cit. 2008), quien poniendo especial énfasis en la cuestión de la reserva permanente, afirma la inconstitucionalidad del precepto, en el entendido que lo que él dispone es que basta que los antecedentes se vinculen a la seguridad de la Nación para que deba decretarse su reserva. Sus palabras exactas, contenidas en la página 15 del texto referido son las siguientes: "La hipótesis de reserva temporal indefinida de acceso a información pública vinculada a la seguridad nacional, afecta en términos absolutos el derecho de acceso a información, no tiene correlativo en el derecho internacional o comparado y es una infracción al artículo 5, 8 y 19 N°12 de la Constitución Política y al artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos."

<sup>49</sup> Parágrafo 58 del fallo Claude

sistemas internacionales y comparados en muchos países,<sup>50</sup> particular, aunque no únicamente en el mundo anglosajón, la norma de rango legal, el Freedom of Information Act, (en adelante FOIA)<sup>51</sup> que data de 1966, contempla, por si mismo, 9 causales de reserva, habilitando una orden presidencial, (Executive Order)<sup>52</sup> que ordena la publicidad de los documentos, a menos que afecten, en un determinado grado que determina la severidad de la reserva **y siempre que, además,** concierna a un listado de materias, que cada Presidente de ese país ha ido estableciendo en sus respectivas "Executive Orders."

Si siguiéramos esta lógica, contenida con claridad en el derecho de los Estados Unidos de Norte América, según lo reseñado, tendríamos que afirmar que lo que hace el artículo 21 es establecer requisitos copulativos, los que deben verificarse para determinar el secreto o reserva de un documento: En primer lugar, que la publicidad del mismo afecte o dañe la seguridad o el interés nacional y que, además se refiera a la defensa nacional o a alguna de las demás categorías que detallan los numerales 3 y 4. Nos parece que esta inteligencia del precepto sería buena y conveniente para resguardar el

---

<sup>50</sup> Así lo reconocen, por ejemplo, Sergio López-Ayllón y Alejandro Posadas, en su artículo: Las pruebas de daño e interés público en materia de acceso a la información. Una perspectiva comparada. En Derecho Comparado de la Información. Enero- junio de 2007, página 25.

<sup>51</sup> El texto legal data de 1966 y ha sido reformado sustancialmente en 1974, en que se disminuyeron e hicieron más precisas las excepciones. En 1986 se incluyeron causales para proteger la actividad de cumplimiento de obligaciones jurídicas (law enforcement). En 1996, la reforma tuvo por objeto incorporar la necesidad de dar acceso a información electrónica y en 2003, como reacción a los ataques del 11 de septiembre, se vedó el acceso de información hecha por gobiernos extranjeros o sus representantes. La última reforma, hecha el 2007, abordó cuestiones procesales. En esta legislación se establecen reglas de la llamada transparencia activa y pasiva. Desde luego, su principio básico es el del libre acceso a la información, haciendo excepción sólo aquellos antecedentes o su partes o componentes que hayan sido debidamente reservados, siguiendo alguno de los criterios establecidos en una orden del Presidente, en conformidad a una o más de las causales de reserva contempladas en la propia ley.

<sup>52</sup> Estas aparecen definidas en la literatura jurídica de un modo análogo a lo que es nuestra potestad reglamentaria del Presidente de la República. (Véase, por ejemplo, <http://www.thisnation.com>. o [http://topics.law.cornell.edu/wex/executive\\_power](http://topics.law.cornell.edu/wex/executive_power). Las órdenes ejecutivas sobre reserva de información vienen dictándose desde el gobierno de Harry Truman.

valor de la publicidad y el principio de probidad. Sin embargo, el lenguaje del artículo 21 no conduce claramente a entenderlo así, pues en él, referirse a estas materias no está establecido como un requisito adicional al de la afectación del valor seguridad o interés nacional, sino como casos en que “particularmente” deben entenderse afectados esos bienes. Ese buen entendimiento parece requerir de una reforma legal, en que los casos ya no sean presentados como áreas en las cuales particularmente deben entenderse afectados los bienes valiosos que la reserva trata de resguardar, sino como las únicas áreas a las cuales un documento puede pertenecer para entrar a considerar luego un posible daño a los bienes valiosos establecidos como causales de reserva en la Carta Fundamental.

Tampoco el listado de los números 3 y 4 se encuentra establecido como uno taxativo de materias, al margen de las cuales no sería posible argumentar que se encuentre afectada la seguridad de la Nación o el interés nacional. La expresión “particularmente” hace imposible interpretarlo así.

No nos queda más que entender que los casos que listan los numerales 3 y 4 del artículo 21 no tienen la función de añadir una exigencia temática al daño o establecer exclusiones, sino la más modesta de auxiliar la argumentación en los casos en que se invoque que la publicidad dañaría la seguridad de la Nación o el interés nacional. Si se alega que un documento se refiere a una de estas áreas, entonces debe facilitarse la convicción de que pueda afectar la seguridad de la Nación o el interés nacional y, a contrario sensu, deben exigirse estándares argumentativos más altos cuando se alegue un daño a esos bienes, sin que el antecedente se refiera a alguna de esas áreas o materias.

#### **E. Lecciones del derecho internacional y comparado.**

Lo que hemos concluido en los 4 acápites que anteceden (A, B, C y D ) es que para dar por establecido un caso de secreto o reserva por aplicación de las causales de seguridad de la Nación o interés nacional, es necesario, en primer lugar, no sólo que la información de que se trate concierna a uno de estos dos bienes, sino que además debe

dañarlos o afectarlos negativamente en alguna magnitud y con alguna especificidad que habrá de ser determinada, daño que no cabe presumir, sino que debe ser acreditado por el Estado que tiene alguna probabilidad de ocurrir, hasta satisfacer un estándar de convicción que también habrá de determinarse. Hemos afirmado también que debe hacerse un test de proporcionalidad entre los daños que la publicidad provoca a alguno de los bienes establecidos en la Constitución y el perjuicio que el secreto causa al libre acceso a la información y al principio de publicidad. Por último, hemos argumentado que no basta con que la información concierna o se refiera a alguna de las cuestiones especialmente señaladas en los numerales 3 y 4 del artículo 21, sino que, además, debe acreditarse, en cada caso, un cierto nivel de daño probable a la seguridad de la Nación o al interés nacional. Estas conclusiones no sólo se desprenden del sentido y alcance de la norma constitucional y legal que se ha examinado en los acápite anteriores, sino que además constituye una exigencia del derecho internacional de los derechos humanos y es el camino que siguen otras legislaciones comparadas, según pasamos a demostrar.

**1. La necesidad de un daño real o potencial, de cierta magnitud y que se prevea como probable en conformidad a un determinado estándar de convicción.**

Con respecto a la necesidad de que se acredite un daño a la seguridad de la Nación o al interés nacional en el sistema jurídico chileno, la Corte Interamericana, en el caso Claude, ha afirmado no sólo la necesidad de que así ocurra, sino que además ha señalado que ese daño debe ser sustancial y que corresponde al Estado acreditarlo, además de exigir que el bien dañado, que habilita la restricción de la información, se corresponda con alguna de las causales establecidas en la Convención Americana de Derechos Humanos.

En el fallo aludido, se consignó, desde luego, en el considerando 58 c), el criterio de la Comisión en el sentido que “la carga de la prueba corresponde al Estado, el cual tiene que demostrar que las limitaciones al acceso a la información son compatibles con las normas interamericanas sobre libertad de expresión”. Más adelante agregó que “ello significa que la restricción no sólo debe relacionarse con uno

de [los] objetivos [legítimos que la justifican], sino que también debe demostrarse que la divulgación constituye una amenaza de causar substancial perjuicio a ese objetivo.” La Corte endosó este criterio. .En efecto, en el considerando 93, luego de observar, en el 92, que en “una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación”, sentenció que, como consecuencia de ello,: “93. Corresponde al Estado demostrar que al establecer restricciones al acceso a la información bajo su control ha cumplido con los anteriores requisitos.”

Otros pactos y declaraciones internacionales recientes exigen también que la reserva sólo sea decretada cuando se puedan verificar daños que tengan determinada entidad e inminencia. Así, la “Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de octubre de 2000, exige que las excepciones al derecho de acceso estén establecidas en la ley y que exista un peligro real e inminente que la amenace en una sociedad democrática.<sup>53</sup>

En los Estados Unidos de Norteamérica, la FOIA establece la seguridad nacional como una de las excepciones que permiten mantener en secreto o reserva un determinado antecedente, que haya sido así clasificado adecuadamente, conforme a una orden presidencial en ese sentido. El lenguaje que emplea es que el secreto sólo puede decretarse “en el interés de la defensa nacional o de la política exterior”<sup>54</sup>, dando así a entender que la seguridad nacional sólo puede debilitarse cuando se debilita, a su vez, alguna de estos dos quehaceres a través de los cuales se defiende la seguridad nacional. La orden presidencial actualmente vigente, emanada del presidente

---

<sup>53</sup> Literalmente el Principio 4 señala: “El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas.”

<sup>54</sup> Nos referimos a la sección b (1) (a) que dispone que “this section does not apply to matters that are- (1) (A) specifically authorized under criteria established by an Executive Order to be kept secret in the interest of national defense or foreign policy and (B) are in fact properly classified pursuant to such Executive order:”.



Bush, y que a la fecha de este informe se encuentra en revisión pero no modificada, es aún más específica para determinar la necesidad del daño. En esta materia no difiere mayormente de sus antecesoras. La orden permite clasificar como secreto o confidencial un documento en niveles distintos precisamente según el grado de daño que razonablemente puede esperarse que la circulación del documento produzca a la seguridad nacional. Así, se ordena la clasificación como "top secret" de aquella información cuya divulgación pueda razonablemente esperarse que cause un **daño excepcionalmente grave** a la seguridad nacional. Como secretos deben clasificarse aquellos antecedentes cuya divulgación pueda esperarse razonablemente que cause **serios daños a la seguridad nacional**. Por último, como confidencial, debe tratarse aquella información cuya divulgación pueda esperarse razonablemente que **cause daño** a la seguridad nacional.<sup>55</sup> Como puede apreciarse, en el sistema norteamericano, al menos en el caso de la seguridad nacional el secreto o reserva sólo puede determinarse cuando razonablemente se pueda esperar un daño, la magnitud del cual determina los niveles de confidencialidad o secreto.

En el derecho europeo, la necesidad de un daño es también consignada en diversos cuerpos normativos nacionales y tratados internacionales. Desde luego, el artículo 10 de la Convención Europea

---

<sup>55</sup> El lenguaje específico de la sección 1.2 de la Executive Order 13.292 de George Bush establece lo siguiente: "Classification Levels. (a) Information may be classified at one of the following three levels:

(1) "Top Secret" shall be applied to information, the unauthorized disclosure of which reasonably could be expected to cause exceptionally grave damage to the national security that the original classification authority is able to identify or describe.

(2) "Secret" shall be applied to information, the unauthorized disclosure of which reasonably could be expected to cause serious damage to the national security that the original classification authority is able to identify or describe.

(3) "Confidential" shall be applied to information, the unauthorized disclosure of which reasonably could be expected to cause damage to the national security that the original classification authority is able to identify or describe. "

de Derechos Humanos consagra, en su inciso primero, la libertad de expresión, incluyendo el derecho a recibir y entregar información. El inciso segundo de esa misma disposición, reconociendo que el derecho conlleva deberes y responsabilidades, permite sujetarlo a formalidades, condiciones, restricciones o sanciones que estén prescritas en la ley y sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional, la integridad territorial, la seguridad pública, la prevención de delitos o desórdenes, la defensa de la salud, la moralidad y otros bienes.<sup>56</sup> Como se desprende de ese lenguaje y ha sostenido la reiterada jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, es necesario que concurran tres requisitos para legitimar la restricción, entre los que se encuentran que la medida haya sido adoptada en interés de alguno de los bienes señalados en el precepto, el que, consecuentemente debe resultar dañado por la divulgación de la información.<sup>57</sup>

La “Convención sobre acceso a documentos especiales” suscrita ya por una docena de Estados europeos, luego de reconocer el derecho de las personas a acceder a la información, establece que las limitaciones deben estar precisamente establecidas en la ley, ser necesarias en una sociedad democrática y ser proporcionadas **a la finalidad de**

---

<sup>56</sup> Article 10 – Freedom of expression 1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.

<sup>57</sup> Un resumen de la jurisprudencia de la Corte acerca de este derecho aparece referida en el fallo de 14 de abril de 2009, en el caso *Társaság A Szabadságjogokért v. Hungría*.

**proteger**, entre otras a la seguridad nacional, la defensa y las relaciones internacionales.<sup>58</sup>

Las normas que regulan el acceso a documentos de los órganos de la Unión Europea, tales como el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, que, de manera sistemática fueron aprobados el 2001, establecen también la necesidad de daños, aunque con lenguaje diverso según las distintas causales. Así, para el caso de la seguridad pública, la defensa y asuntos militares y las relaciones internacionales, la norma, contenida, en el artículo 4 de la Regulación 1049/2001, conocida como FOI, establece que las instituciones denegarán acceso a sus documentos allí donde la divulgación vaya a minar o deteriorar (“undermine”) la protección de un interés público relativo a la seguridad pública, defensa o asuntos militares, las relaciones internacionales o la política económica de la Comunidad o de un país miembro. En otros casos se exige de severos daños, como cuando se afectan los procesos de toma de decisiones de órganos de la Comunidad.<sup>59</sup>

En las legislaciones domésticas de los países de Europa el panorama es análogo. Así por ejemplo el artículo 105 de la Constitución Española de 1978 establece como causal de reserva que se afecte “a la seguridad y defensa del Estado”, además de otros valores o bienes. Inglaterra, con una legislación de 2005 conocida como Freedom of Information Act 2000, en adelante FOIA 2000, exige también verificar la existencia de daño o perjuicio (prejudice)<sup>60</sup> en contra de determinados bienes, entre los que incluye la seguridad nacional, las relaciones internacionales y la defensa nacional. En el

---

<sup>58</sup> Article 3 – Possible limitations to Access to official documents 1 Each Party may limit the right of Access to official documents. Limitations shall be set down precisely in law, be necessary in a democratic society and be proportionate to the aim of protecting: a) national security, defense and international relations; ... ”

<sup>59</sup> La información ha sido tomada de: “The EU Court System and Freedom of Information” Compilado por Steve Peers, Professor of Law, Human Rights Centre, University of Essex. Disponible en Freedom of information in Europe <http://www.statewatch.org/foi/foi.htm>

<sup>60</sup> En la guía de la oficina del Comisionado a cargo de los temas de información, (Exemption Guidance of the Information Commissioner Office), disponible en <http://www.ico.gov.uk>, se establece que la expresión prejudice que emplean la mayoría de las excepciones, será tratada como sinónimo de “harm” o “damage”.

caso de la seguridad nacional, la excepción, como veremos más adelante, exige que el secreto se haga con el propósito de salvaguardar la seguridad. Los únicos casos en que no se necesita probar perjuicios para denegar la información corresponden a aquella información que se ha tenido en poder de la autoridad con el sólo propósito de conducir investigaciones y procedimientos. En éste caso, también procede efectuar un test de ponderación, que consiste en identificar el interés público involucrado en la divulgación de la información y medir su peso en contra de los beneficios que representa su reserva.<sup>61</sup> Resulta muy interesante desplegar algunos detalles contenidos en la legislación inglesa respecto de los daños, pues ella explica cuestiones con inusual nivel de precisión. Desde luego, el texto guía de la oficina del Comisionado para Asuntos de Información<sup>62</sup>, señala que la autoridad pública es quien debe demostrar el efecto dañino que produciría la divulgación de la información. Aplicando este criterio, los Tribunales anotaron, en un caso en que se discutía la posibilidad de hacer pública información que se había considerado para involucrarse en la guerra de Irak, que ante el hecho que el gobierno no había presentado pruebas para acreditar el daño que alegaba, la alegación perdía peso. Al argumentar así, la Corte inglesa razonó, con bastante sabiduría, que las opiniones adquirirían su autoridad según el peso del razonamiento en que descansaban y luego hizo ver que ello dependía, a su vez de la evidencia que sustentaba el razonamiento.<sup>63</sup> En segundo lugar, la misma guía de la oficina del Comisionado para la información pública avanza definiciones en cuanto a la probabilidad del daño, según los

---

<sup>61</sup> Así aparece en el libro guía de la oficina del comisionado para la información: (Exemption Guidance of the Information Commissioner Office), disponible en <http://www.ico.gov.uk>.

<sup>62</sup> Ibid.

<sup>63</sup> El pasaje del caso Irak al que aludimos es el siguiente: "However, that is just one of a number of factors that we must evaluate and we believe that we would risk distorting our assessment of the overall balance to be achieved if we started from the premise that its very existence had particular inherent significance. The opinion, like any opinion, draws its authority from the reasoning that lies behind it. The assistance it may have provided was very substantially reduced by the fact that no evidence was placed before us as to it's the form or content, let alone any reasoning that it may have contained." Disponible en: [http://www.informationtribunal.gov.uk/Documents/decisions/fco\\_decision\\_website.pdf](http://www.informationtribunal.gov.uk/Documents/decisions/fco_decision_website.pdf).

diversos términos en que la consagra la propia legislación. Así, cuando ella señala que la divulgación es “likely to prejudice” la Guía explica que las probabilidades de que se produzca el daño deben ser mayores que una mera hipótesis, que no basta con una especulación o una opinión, sino que la autoridad debe proveer alguna evidencia a partir de la cual se pueda concluir que existe esa probabilidad. Más adelante reitera que debe existir evidencia de que la divulgación de la información en cuestión represente una amenaza real y específica. Cuando el lenguaje legal es que la divulgación vaya a perjudicar (“would prejudice”), el test –conforme explica la Guía- ha de ser de que la probabilidad de ocurrencia del daño debe ser al menos mayor que la probabilidad de que ello no ocurra, sin necesidad de que ella vaya a producirse más allá de toda duda razonable. Una tercera cuestión que, sobre el daño aparece reglamentada en la misma guía a la que venimos aludiendo, es la relativa a la magnitud del daño. En ella se señala que aunque los perjuicios no deben ser sustanciales, la Comisión espera que sean más que triviales

López-Ayllón y Posadas, luego de estudiar experiencias comparadas, especialmente las de los Estados Unidos de Norteamérica, Irlanda y México señalan que: “generalmente se concede que no basta que un documento verse, por ejemplo, sobre la seguridad nacional para que este pueda ser automáticamente reservado del conocimiento público. Se tiene que demostrar además que la divulgación de ese documento genera o puede generar un daño específico al valor jurídicamente protegido.”. Estos autores no distinguen esta prueba del daño con la cuestión de la ponderación relativa de ese daño con el bien de la publicidad. Así, agregan a reglón seguido lo siguiente: “En otras palabras, se requiere de una ponderación de los valores en conflicto – en este caso publicidad contra seguridad- para poder determinar de manera cierta que la primera pone en riesgo la segunda y que por ello procede una reserva temporal del documento. A este análisis se le conoce como “la prueba de daño.” “.<sup>64</sup> Los mismos autores enseñan que en la legislación mexicana de 2002, varias, aunque no todas las causales de reserva no se aplican de manera automática, “sino que se

---

<sup>64</sup> López-Ayllón y Posadas, Op. Cit, 2007, pág. 23.

requiere una condición adicional: la reserva procede sólo si se “compromete” la seguridad nacional, o se “menoscaba” la conducción de las negociaciones internacionales o se “daña” la estabilidad económica.”.<sup>65</sup>

Como puede apreciarse, en todos y cada uno de los sistemas referidos las excepciones no se constituyen por el hecho que los antecedentes o documentos que se refieran a una determinada materia, sino en el afán de proteger un determinado bien que resultaría dañado por la publicidad del texto, daño que debe acreditarse por quien lo alega y alcanzar determinados estándares de probabilidad de ocurrencia, especificidad y magnitud.

## **2. Necesidad de ponderar los daños y beneficios que provoca la publicidad o la reserva de la información.**

En que lo que atinge al test de proporcionalidad el derecho internacional y comparado es igualmente claro en exigirlo.

Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Claude, luego de exigir al Estado la demostración de que la divulgación constituya una amenaza de causar un perjuicio substancial al objetivo legítimo, en la consideración ya citada, agregó la exigencia de que “el perjuicio al objetivo debe ser mayor que el interés público en disponer de la información.”; aludiendo de manera inequívoca entonces a la necesidad de realizar un test de proporcionalidad.<sup>66</sup> Más claro aún es el lenguaje empleado en el párrafo 90 de ese mismo fallo y que textualmente estableció: “90. En segundo lugar, la restricción establecida por ley debe responder a un objetivo permitido por la Convención Americana.”, consagrando así el sub principio de adecuación. Añadió luego en el considerando 91 la exigencia de llevar a cabo el sub test de necesidad, al establecer que “entre varias opciones para alcanzar ese objetivo [el bien que legitima la reserva], debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido.”. Inmediatamente a continuación remató reiterando la exigencia de hacer el test de proporcionalidad, al establecer que “la

---

<sup>65</sup> Ibid. Página 51.

<sup>66</sup> Parágrafo 58c).

restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ser conducente para alcanzar el logro de este legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho.”.

De ese modo la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha exigido a los Estados Americanos restringir el acceso a la información mediante juicios prudenciales acerca del daño, la necesidad de la reserva y la ponderación entre bienes que, en términos que consagran expresamente del test de proporcionalidad.

La jurisprudencia de los Estados Unidos de Norteamérica, al menos en el caso de la seguridad nacional, somete las medidas restrictivas a cuatro test o estándares que, en definitiva, y como serán detallados más adelante, se asemejan a un test de proporcionalidad. Estos requisitos, que han sido reiterados en abundante jurisprudencia consisten en que los tribunales exigen que objetivamente la reserva pase los test de razonabilidad, buena fe, especificidad y plausibilidad.<sup>67</sup>

En Europa, y como ya hemos anotado, la Convención Europea de Derechos Humanos, interpretada por la Corte, exige no sólo que las restricciones al libre acceso a la información se encuentren prescritas en una ley, sino además que persigan alguno de los legítimos intereses contenidos en el inciso segundo del artículo 10 de la Convención y que sean necesarios a una sociedad democrática.<sup>68</sup> Este último requisito sólo es posible de apreciar en una evaluación ponderada de los bienes en juego. La Corte Europea ha agregado, al menos en casos en que la información es solicitada por entidades que ejercen crítica social, como la prensa y algunas ONG, que el examen de la concurrencia de causales que hacen necesaria la reserva a la democracia debe ser

---

<sup>67</sup> Véase por ejemplo el caso *ACLU v./ DOJ*, 321 F. Supp. 2d 24, 35 (D.D.C. 2004).

<sup>68</sup> En el párrafo 9 del fallo de la Corte de 14 de abril de 2009, en el caso *Társaság A Szabadságjogokért v. Hungría*, se establece: “The Court reiterates that an interference with an applicant's rights under Article 10 § 1 will infringe the Convention if it does not meet the requirements of paragraph 2 of Article 10. It should therefore be determined whether it was “prescribed by law”, whether it pursued one or more of the legitimate aims set out in that paragraph and whether it was “necessary in a democratic society” in order to achieve those aims.”.

estricta, atendido a que la reserva desalienta a aquellos que practican la necesaria crítica social.<sup>69</sup>

Por su parte, y como también se ha referido, la Convención sobre Acceso a Documentos Oficiales suscrita por varios países europeos, establece que las posibles limitaciones al acceso a documentos oficiales puede ser limitada por los estados a condición que tales limitaciones estén precisamente establecidas en la ley, sean necesarias a una sociedad democrática y **resulten proporcionales** a la finalidad de proteger, entre otras a la seguridad nacional, la defensa o las relaciones internacionales. Para dejar aún más clara la necesidad de una ponderación de los valores en juego, ese mismo precepto agrega que, aunque haya daño, la excepción no debe aplicarse si existe un interés superior en la divulgación del antecedente.<sup>70</sup>

Los tribunales de la Unión Europea que resuelven reclamos sobre el acceso de documentos de los órganos de la Comunidad han establecido, desde sus primeros fallos, en 1995, la necesidad de

---

<sup>69</sup> En el mismo caso contra Hungría recién citado, la Corte, en el párrfo 15 razonó: In any event, the Court notes that "the right to freedom to receive information basically prohibits a Government from restricting a person from receiving information that others wish or may be willing to impart to him" (*Leander, op. cit.*, § 74). It considers that the present case essentially concerns an interference – by virtue of the censorial power of an information monopoly – with the exercise of the functions of a social watchdog, like the press, rather than a denial of a general right of access to official documents. In this connection, a comparison can be drawn with the Court's previous concerns that preliminary obstacles created by the authorities in the way of press functions call for the most careful scrutiny (ver *Chauvy and Others v. France*, no. 64915/01, § 66, ECHR 2004-VI). The Court considers that obstacles created in order to hinder access to information of public interest may discourage those working in the media or related fields from pursuing such matters. As a result, they may no longer be able to play their vital role as "public watchdogs" and their ability to provide accurate and reliable information may be adversely affected (ver, *mutatis mutandi, Goodwin v. the United Kingdom*, judgment of 27 March 1996, *Reports* 1996-II, p. 500, § 39).".

<sup>70</sup>El numeral 2 de ese artículo 3º agrega: "Access to information contained in an official document may be refused if its disclosure would or would be likely to harm any of the interests mentioned in paragraph 1, unless there is an overriding public interest in disclosure.".



balancear los intereses en juego,<sup>71</sup> añadiendo que las causales de excepción deben ser estrictamente interpretadas.<sup>72</sup>

Entre los países que hemos podido consultar, tan sólo Inglaterra excluye la necesidad de un test de proporcionalidad en algunos casos excepcionales y calificados, lo que le ha valido múltiples críticas.<sup>73</sup> Entre ellos, se encuentran situaciones como que la información ya esté disponible por otras vías y otras más sustantivas. Entre estas últimas, cabe anotar, para los efectos de este trabajo, que si bien la información de seguridad nacional requiere ser ponderada respecto del interés público comprometido en la divulgación de la información, no lo necesita la información proporcionada o relacionada a órganos que tratan materias de seguridad.<sup>74</sup> Salvo estos casos de excepción calificada, en ese país, la regla general es que el funcionario requerido, además de verificar si la información pertenece a una categoría que permita su reserva, identifique si hay igualmente un interés público comprometido en la divulgación de la información y pondere el peso relativo de cada uno.<sup>75</sup> La guía de la oficina del Comisionado para la

---

<sup>71</sup> Ver caso Carvel v. Council (T-194/94 [1995] ECR II-2765. Aparece citado en: "The EU Court System and Freedom of Information" Compilado por Steve Peers, Professor of Law, Human Rights Centre, University of Essex. Disponible en Freedom of information in Europe <http://www.statewatch.org/foi/foi.htm>

<sup>72</sup> Así en el caso World Wildlife Fund v. Commission, (T-105/95 [1997] ECR II-313.

<sup>73</sup> Entre los críticos, Rodney Austin trata la legislación como un lobo vestido de oveja y señala que sus excepciones son las más amplias de cualquier país democrático. Sus palabras exactas en inglés son las siguientes: "[I]n this authors view the Act is a brilliant piece of trompe l'oeil, a sheep in wolf clothing. It purport to provide a legally enforceable individual right of access to governmental information subject only to specified and justifiable exemptions (...) First the range of exemption is far wider and more extensive than any other statutory freedom of information regime in any comparable democratic state. Many of the exemption are absolute, requiring no proof, other than wide, conclusive, discretionary ministerial certification, of identifiable harm to national or public interest, and even the qualified exemptions are subject to a test of simple prejudice which is relatively easy to satisfied." Austin, Rodney. *Freedom of Information: A sheep in wolf's clothing? en The Changing Constitution*. Ed John Lowell, Dawn Oliver. Oxford University Press. Sixth edition 2007. Páginas 397 -398.

<sup>74</sup> No nos fue posible encontrar explicaciones doctrinarias o jurisprudencia que explicara el alcance de esta excepción. En el lenguaje de la FOIA 2000 la excepción es "Information supplied by, or relating to, bodies dealing with security matters.

<sup>75</sup> The public interest test requires an institution to determine whether the public interest in withholding the exempt information outweighs the public interest in

Información Pública señala, en primer lugar que el interés público en la publicidad equivale a algo que sirva a los intereses del público y agrega que, para llegar a una decisión, la autoridad pública debe balancear cuidadosamente factores opuestos, basándose en las particulares circunstancias del caso, para concluir que allí donde los factores resulten equilibrados, la información debe ser divulgada. De ese modo, queda establecido el importante principio de que, para mantener en reserva un documento, las razones no deben ser equivalentes, sino superiores a aquellas que puedan darse en beneficio del libre acceso.<sup>76</sup> Una de las cuestiones más interesantes que agrega esta guía inglesa son el tipo de razones que típicamente pueden pesar a favor de la divulgación o de la reserva. Entre las primeras, anotan, por ejemplo los argumentos generales a favor de promover la transparencia, la rendición de cuenta, y la participación; la capacidad de la divulgación de enriquecer la calidad de la discusión pública y del proceso de toma de decisiones; las circunstancias de que la información requerida pueda referirse a dineros públicos; que la información ya tenga alguna antigüedad; el hecho de que la información haya conducido a decisiones públicas y cuanto de ella ya se encuentre disponible entre la opinión ciudadana, y el impacto benéfico que la divulgación pueda tener en el grueso público. Entre los argumentos que la guía mencionada como capaces de pesar a favor de la mantención de la reserva se encuentran la probabilidad y severidad de los daños que la divulgación podría producir; el significado y

---

releasing it, by considering the circumstances of each particular case and the exemption that covers the information. The balance will lie in favour of disclosure, because information may only be withheld if the public interest in withholding it is greater than the public interest in releasing it, for example where disclosure of institutional information would harm a police investigation.

<sup>76</sup> *The term "the public interest" is not defined in either the FOIA or the EIR. However something which is "in the public interest" may be summarised as something which serves the interests of the public. The public interest test entails a public authority deciding whether, in relation to a request for information, it serves the interests of the public either to disclose the information or to maintain an exemption or exception in respect of the information requested. To reach a decision, a public authority must carefully balance opposing factors, based on the particular circumstances of the case. Where the factors are equally balanced, the information must be disclosed.* Cita tomada de <http://www.ico.gov.uk>,

sensibilidad de los bienes jurídicos que podrían quedar afectados; la importancia de un espacio seguro en que el gobierno y los funcionarios puedan formular y debatir materias lejos del escrutinio público, y la necesidad de no inhibir la franqueza y el candor en el proceso de toma de decisiones, especialmente al interior del gobierno.

Ya hemos visto como autores que hacen estudios comparados de legislaciones en materia de acceso a la información constatan que el test de proporcionalidad al que venimos aludiendo es la regla aceptada en otras legislaciones.<sup>77</sup>

#### **F. Necesidad de establecer estándares de argumentación y de prueba.**

Si fuere correcto lo que hemos argumentado a lo largo de este capítulo, la interpretación de los conceptos de seguridad de la Nación e interés nacional habrá de depender, de un modo importante, de los estándares que vaya estableciendo la ley o, en su defecto, la jurisprudencia, para dar por objetivamente acreditado un daño a esos valores, lo que nunca cabría presumir, a lo menos por parte de la jurisprudencia. En segundo y tercer lugar, el alcance de estos valores estará determinado, además de por un estándar de prueba, por el grado de especificidad y el de probabilidad de ocurrencia del daño identificable; y, de modo muy importante, en cuarto lugar, por la magnitud del daño esperado, que se considere debe concurrir para legitimar el secreto o reserva de la información.

De igual modo el concepto de seguridad de la Nación e interés nacional quedarán fijados en algún preciso grado de afectación posible, en la medida que la legislación o la jurisprudencia, en subsidio determinen los grados de adecuación y necesidad que tenga la medida restrictiva de la información, y, asimismo, y por último, por la forma en que estos dos valores o bienes sean pesados o ponderados con el del libre acceso a la información.

En razón de la legitimidad democrática del legislador, resultaría deseable que la ley avanzara en la fijación general de los estándares

---

<sup>77</sup> López-Ayllón y Posadas. Op. Cit. Véase la cita contenida en el numeral anterior de este mismo apartado.

señalados, aunque no existen iniciativas ni señales de que ello vaya a ocurrir en el futuro próximo. Después de la mala experiencia con la excesiva regulación de causales que hizo el Decreto Supremo N°26 de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, es improbable que el Ejecutivo dicte alguna instrucción de carácter general fijando estos estándares para que los órganos públicos de su dependencia pudieran interpretar los criterios de afectación o daño y luego hacer el balance de proporcionalidad de un modo uniforme. Podría resultar de interés que, una vez que el Consejo cuente con criterios más o menos asentados en su jurisprudencia, pudiera, haciendo uso de su facultad de dictar instrucciones generales vinculantes a los órganos de la Administración del Estado, fijar esos criterios de un modo que acote la discreción de esos entes y la suya propia en materia de apreciación del daño y balance de bienes en juego.<sup>78</sup>

### **G. Conclusiones de este apartado III.**

- A partir de un análisis semántico, sintáctico, lógico, sistemático y teleológico de los artículos 8° de la Carta Fundamental y 21 de la Ley de Transparencia, creemos haber demostrado, en primer lugar, que para legitimar un caso de secreto o reserva por aplicación de las causales de seguridad de la Nación o de interés nacional, es necesario no sólo que la información de que se trate concierna a uno de estos dos bienes, sino que además debe dañarlos o afectarlos negativamente, en alguna magnitud y con alguna especificidad que habrá de ser determinada, cuestión que ya aparece asentada en la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia, aún cuando no hemos encontrado en ella estándares precisos ni acerca de la especificidad ni de la magnitud, cuestión

---

<sup>78</sup> La facultad normativa del Consejo está contenida en el artículo 33 del artículo primero de la Ley 20.285. A juicio del autor de este informe, no resulta razonable en un sistema democrático que consagra un régimen presidencial, que los órganos de la Administración del Estado se vean sometidos a instrucciones generales de autoridades distintas al Presidente de la República, particularmente cuando esas no son electas. Esas razones no convencieron al Tribunal Constitucional y constituyeron un voto minoritario de Raúl Bertelsen y del autor de este texto, entonces integrante del TC. Salvada mi opinión, es indudable que luego del fallo el Consejo debe entender que el ejercicio de esta facultad no resulta contrario a la Constitución.

que surge como un desafío para dar sustancia, y con ello previsibilidad, al derecho que nos rige. El legislador no aparece atento a esta necesidad, lo que hace recaer la responsabilidad en la jurisprudencia y eventualmente en la potestad normativa del Consejo.

- Igual análisis nos ha llevado a concluir, en segundo lugar, que no es posible presumir la ocurrencia de ese daño, sino que debe ser acreditado por el Estado que tal afectación tiene alguna probabilidad de ocurrir. El Consejo ha adoptado ya esta tesis. El desafío es entonces ir determinando un estándar de probabilidad de ocurrencia del daño; tal vez primero por la vía jurisprudencial, y una vez asentado, por la vía normativa.
- Hemos afirmado también, en tercer lugar, que la inteligencia de las normas, particularmente la consideración de estar frente a la limitación al ejercicio de un derecho obliga, como cuestión conceptualmente distinta de las dos anteriores, a sopesar, balancear o ponderar el daño probable que se ha identificado la publicidad produciría para la seguridad de la Nación o el interés nacional, con los beneficios que, concretamente en cada caso, la publicidad de los mismos produciría para aquellos bienes que ella hace posibles. Al igual que en los casos anteriores, este test exige determinar los grados de adecuación y necesidad de la reserva y desarrollar específicos acerca de los beneficios y daños que han de ser sopesados y modos de hacerlo; y, sobretodo, exige exponer, en cada decisión, las razones que se han sopesado y los factores que han inclinado la balanza en una u otra dirección. Mientras ello no se vaya configurando en criterios más o menos predecibles e invocables, el test de proporcionalidad no pasará de ser un nombre, tras el cual sólo habrá un ejercicio de discreción poco compatible con un Estado de Derecho.
- Sólo hacen excepción a esta necesidad de evaluar un daño que debe especificarse y acreditarse por quien lo alega y de sopesarlo en contra de los beneficios que representa, el acceso a la información de los actos y documentos que establecen la planificación militar o estratégica, en el ámbito de la defensa

nacional, cuya reserva indefinida aparece decretada por el propio legislador al margen de la afectación de ningún valor.

- El derecho internacional y comparado nos muestra que estos test de daños y de balanceo o ponderación tienen ya una asentada tradición, en la que han sido justificados en el hecho de ser el acceso a la información un derecho fundamental de la persona y un componente esencial de la democracia. En consecuencia, aceptar la necesidad de ambos no sólo se deriva de una correcta interpretación de las normas constitucionales examinadas, sino además una exigencia para el Estado de Chile. De esa tradición pueden tomarse valiosas ideas –algunas de las cuales se han consignado en el desarrollo de este apartado- para ir determinando los estándares de probabilidad, especificidad, magnitud y prueba del daño, así como para los sub criterios de adecuación, necesidad y ponderación en sentido estricto, que entraña el ejercicio de balancear los bienes en juego.
- Hemos intentado entender la función que debieran jugar los conceptos más particulares contenidos en los numerales 3 y 4 del artículo 21 de la Ley de Transparencia. Descartamos, fundamentalmente por la estructura sintáctica del precepto, que ellos puedan ser considerados como bienes cuyo daño pueda justificar la reserva. Nos parece que ellos aluden a campos o áreas de pertenencia de la información. Sin embargo, el lenguaje de la norma no hace posible entender, como en el resto de los sistemas comparados, que la pertenencia de la información a esos campos se constituya como un requisito copulativo que se sume al del daño al bien o valor de la seguridad o el interés nacional. Menos puede estimarse, en el derecho chileno, que el listado sea taxativo y tampoco que la mera pertenencia del antecedente a esas áreas sea suficiente para acreditar daño en caso de divulgación. Todo ello nos ha llevado a entender que la función de esas materias en el razonamiento que se haga conforme a derecho para determinar la publicidad o reserva de un antecedente es modesta y auxiliar y no constituye más que un antecedente argumentativo que hace más probable estimar que la publicidad de antecedentes referidos a esos

campos puedan efectivamente dañar los bienes constitucionales de la seguridad de la Nación o del interés nacional.

#### **IV. El Sentido y Alcance del Concepto de “seguridad de la Nación” y la de algunos casos de reserva contemplados en la ley en conformidad a ella.**

En este apartado procuraremos entregar elementos para determinar el sentido y alcance del concepto de “seguridad de la Nación” que emplean los artículos 8 de la Carta Fundamental y 21, número 3 de la Ley 20.285. Al efecto, seguiremos tres métodos: el primero tendrá por objeto revisar el significado que el término ha tenido en la historia fidedigna del establecimiento de esas normas, en la jurisprudencia y en la doctrina, tanto en cuanto se emplea en los preceptos citados, como, en términos más o menos análogos, en otras normas de la Constitución Política. Veremos que este camino no nos permite avanzar demasiado o nos conduce a un debate ideológico que no puede resolverse sin tomar partido por una determinada concepción. En segundo lugar, acudiremos a los “campos” o áreas a los cuales típicamente pueden pertenecer los antecedentes o documentación que, de hacerse públicos, tienen aptitud de afectar la seguridad de la Nación, tanto en el derecho nacional, como en el comparado. A propósito de ello analizaremos sucintamente la situación en que ha quedado lo dispuesto en el artículo 436 del Código de Justicia Militar después de la dictación del artículo 8º constitucional. En tercer y último lugar, y en atención a que el significado del concepto que nos ocupa ha de construirse siempre en equilibrio tensionado con otros valores constitucionales, particularmente con el del libre acceso a la información, volveremos sobre las cuestiones tratadas en el apartado III, que antecede, no para reiterarlas, sino para referir algunos estándares y criterios argumentativos que el derecho comparado ha establecido específicamente para causales idénticas o análogas.

##### **A. Significado que se ha dado a la expresión en el derecho chileno.**

Como ha quedado consignado en el apartado I que antecede, la doctrina referida al libre acceso a la información reitera, casi unánimemente, que el concepto de seguridad nacional es uno abierto o indeterminado. Algunos autores subrayan que es la jurisprudencia la que precisamente habrá de ir otorgando significado a esta expresión,



lo que no ayuda a la tarea que ahora acometemos.<sup>79</sup> Dificulta aún más la interpretación de este concepto la carga ideológica que el mismo conlleva, pues bajo el término análogo de "seguridad nacional", una ideología surgida en Francia e impulsada por círculos de formación castrense durante la guerra fría en los Estados Unidos, influyó decisivamente en sustentar ideológicamente a una serie de regímenes militares de América Latina en la lucha contra el marxismo, lo que significó violaciones masivas a los derechos humanos.

La historia fidedigna de la introducción de este concepto como limitante al acceso a la información no arroja mayores luces, pues salvo por dos referencias, no hemos encontrado pronunciamientos que nos ayuden a dotar de significado sustantivo al concepto. La primera de ellas corresponde al Senador Viera Gallo, quien, en la reforma constitucional, entendió la seguridad como referida a cuestiones relativas a labores de inteligencia, sin que esa opinión tuviera adhesión en el debate posterior, como para dar al concepto ese limitado alcance. La segunda se produjo en la discusión de la Ley de Transparencia y provino de los diputados, con el objeto de reducir los aspectos de orden público interno a aquellos destinados a enfrentar actividades subversivas y hostiles al régimen democrático y constitucional. Desgraciadamente este alcance, harto más claro que el concepto genérico de orden público que resultó aprobado, se perdió en cuanto el Ejecutivo hizo su indicación sustitutiva.<sup>80</sup> La segunda debe ser

---

<sup>79</sup> Así por ejemplo los trabajos de Olmedo y Sánchez, publicados en Pro Acceso (2008); el de Tello, Cerna y Pavón (2009); los de Jorge Constesse y el de García y Contreras (2009), ya referidos. Tan sólo este último avanza en la significación del término. Quien más enfáticamente destaca que es la jurisprudencia quien debe desarrollar este concepto es Miguel Ángel Fernández en el artículo publicado en Pro Acceso (2008) (página 44).

<sup>80</sup> Nos referimos a una opinión del Senador Viera-Gallo en la discusión en Sala en el primer trámite constitucional de la Reforma Constitucional quien, en Sesión de fecha 11 de junio de 2003, señaló: "Obviamente los conceptos de seguridad de la Nación e interés nacional son más vagos. Pero la seguridad de la Nación dice relación a todo el sistema de inteligencia. ¿Quién podría argumentar que la inteligencia de un país debe ser pública, o sea, que se sepa cuales son los espías -si los tenemos-, quiénes los informantes? Sería ridículo.

La segunda referencia alude al informe de la Comisión de Constitución Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, del que se dio cuenta en la Sesión 35 de 8 de mayo de 2007, en el que surge la idea de precisar o al menos, poner casos en los cuales podría entenderse afectada la seguridad de la Nación, lo que fue luego

destacada, además, pues lo que propusieron los diputados no aludía tan sólo a materias a las cuales podía referirse la documentación, sino a casos de afectación a bienes más específicos, como lo eran la capacidad de defensa del país o los ya señalados de prevenir y evitar ciertas conductas más o menos precisas. Está lógica de haber listado componentes de la seguridad nacional, en vez de materias a las cuales podía aludir un documento, no volvió al debate después de la invitación sustitutiva del Ejecutivo que dio forma al actual artículo 21 de la Ley de Transparencia.

La jurisprudencia judicial anterior al funcionamiento del Consejo para la Transparencia tampoco otorgó un significado al concepto de seguridad de la Nación, término que ya estaba incorporado en la Ley 19.653 que reformó la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado. Si bien el Consejo para la Transparencia ha resuelto ya un caso que implicaba a la seguridad de la Nación, en el que encontramos una doctrina que afirma la necesidad de hacer un test de daños y de proporcionalidad, pero no definiciones sustantivas del término que ahora nos ocupa.<sup>81</sup>

Los autores que han tratado la seguridad de la Nación como una causal que legitima la reserva de documentación pública, aportan desigualmente a su conceptualización. La gran mayoría de ellos, como hemos señalado, se limita a constatar y no pocas veces a criticar el carácter abierto o indeterminado de este concepto. Quienes más densamente tratan la cuestión del significado que debe darse a este concepto son Gonzalo García y Pablo Contreras (2009). Es importante

---

recogido por la indicación sustitutiva del Ejecutivo y así incorporado al numeral 3 del artículo 21, sin discusión sustantiva que de cuenta de sus sentidos. La propuesta de los diputados era la siguiente: "La causal N°3, la que se refiere a afectar la seguridad de la Nación, la estimaron muy amplia y sugirieron precisarla refiriéndola a afectar la capacidad de defensa del país y a prevenir y evitar actividades subversivas y hostiles al régimen democrático y constitucional."

<sup>81</sup> Nos referimos al fallo del Amparo A 45-09 relativo al personal de la sección de protección de personas importantes de Carabineros de Chile, único dictado a la fecha, en que aparecen implicadas cuestiones relativas a la seguridad de la Nación (además de la defensa de personas y el funcionamiento de ese cuerpo policial). Si bien a la fecha de este informe existen otras dos causas que involucran a ramas de la Defensa Nacional y donde están invocadas la seguridad de la Nación, esas causas no están todavía falladas.

rescatar aquí dos órdenes de razonamiento que hacen a este respecto. En primer lugar, siguiendo la doctrina comparada más influyente en Europa continental y en países anglosajones, especialmente el buen resumen que de ella hace el español Ferreres Comella,<sup>82</sup> destacan que el carácter abierto y controvertido del concepto de seguridad de la Nación obliga a un ejercicio evaluativo, complejo, argumentativo y de función dialéctica, lo que reconduce a estos autores a la cuestión de los métodos argumentativos, de los que ha dado cuenta este informe en el apartado III que antecede. Por esa vía, postulan la necesidad de hacer un test de daños y de proporcionalidad, afirmando, de manera coincidente con lo señalado en este texto que: "En general, no es toda la defensa nacional ni todo tipo de asuntos relativo a las relaciones exteriores las que están sujetas a esta reserva o secreto. Más bien todo lo contrario. De lo que se trata es de contener esta garantía institucional sobre los aspectos que, de ser conocidos, pondrían en **serio riesgo el funcionamiento del sector y, de paso, la garantía de la propia permanencia del Estado y la salvaguarda de sus intereses públicos más esenciales.** Es la única forma de conectar la limitación de este derecho fundamental con el respeto del principio de proporcionalidad en sentido estricto."<sup>83</sup> Hemos destacado en negrillas el párrafo que da cuenta de la severidad con que estos autores postulan debe hacerse el balance. En el texto aparece bien fundada esta disposición a pesar significativamente el libre acceso a la información a partir de la relevancia que le asignan a este derecho.

Compartimos con la cita recién referida que el problema no consiste tanto en determinar los límites conceptuales de este bien o valor, en cuya construcción el juez debe emplear discreción, sino sobre todo en establecerlo, caso a caso, en un equilibrio tensionado y ponderado con la libertad de acceso a la información. No obstante, entendemos que ello no basta, pues el método no dice nada acerca de qué es lo que debe quedar severamente dañado, ni establece cuales son los bienes que debe de ponderarse en relación con el libre acceso a la

---

<sup>82</sup> Victor Ferreres Comella, Justicia Constitucional y Democracia, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

<sup>83</sup> García y Contreras, op. Cit., 2009, página 147

información. Se necesita igual entonces razonar acerca del significado de este concepto, al interior de la institucionalidad del que forma parte.

Además de las orientaciones de metodología argumentativa, García y Contreras avanzan también en el significado sustantivo del concepto de seguridad de la Nación. En la nota 54 de su trabajo sostienen que el concepto de "seguridad de la Nación" se diferencia del de seguridad nacional. Afirman, aunque expresamente reconocen no poder sostener la diferencia en referencias precisas, que este lenguaje fue diferenciado intencionalmente. A partir de ello sacan como primera consecuencia de esta diferencia "que la denominación de "seguridad de la Nación" se asocia estrechamente a la dimensión de seguridad externa e interna que garantiza la condición de permanencia del Estado de Chile y que queda reflejada, básicamente, en el alcance del Artículo 24 inciso 2º de CPR como atribución general de las potestades del Presidente de la República como Jefe de Estado con un régimen presidencial". En segundo lugar señalan que este lenguaje obliga a comprender el concepto de "seguridad de la Nación" como parte de la institucionalidad democrática, lo que estiman demostrado por el idéntico lenguaje que emplea la causal de juicio político, contenida en el número 2 del artículo 52 de la Constitución. Más adelante argumentan que "Esta interpretación reseñada es la sostenida por Alejandro Silva Bascuñán, principal tratadista de la Constitución de 1925, a quien citan en los siguientes términos: "Seguridad es calidad de seguro, o sea, libre y exento de todo peligro, daño o riesgo, firme, constante y que no está en peligro de faltar o caerse. La Constitución se preocupa tanto de la seguridad interior, como de la exterior (Arts. 44 N°13, 71, 71 N°10 y N°19). Honor o seguridad del Estado ha de entenderse, a nuestro juicio, sinónimo de los mismos valores que refiere el constituyente a la Nación, al determinar las causales de acusación de los Ministros de Estado y de los Generales y Almirantes (letras b) y d) del N°1 del artículo 39 CPR 1925)...".

Como puede apreciarse de la cita referida, una de las pocas argumentaciones que hemos encontrado en la doctrina respecto del significado sustantivo de la expresión "seguridad de la Nación", como causal de limitación del acceso a la información, nos invita, con algunos argumentos de texto y de interpretación lógica y sistemática a

entender tal concepto alejándonos de aquel que influyó en la Constitución de 1980, como es el de "seguridad nacional", con toda la carga ideológica que el conlleva. Quisiéramos, desde un punto de vista político, concordar enteramente con García y Contreras, pero el camino no es fácil. Desde luego, puede y debe aceptarse como relevante el argumento de la diferencia lingüística: Lo que permite limitar el acceso a la información no es el término ideológico de la seguridad nacional, sino el de seguridad de la Nación. Sin embargo, y como ellos mismos reconocen, no tenemos antecedentes acerca de las intenciones que haya habido tras esta diferencia terminológica y que alcance podamos darle. Hasta allí, aunque con esa dificultad, podemos adherir a su postura, especialmente por cuanto no es la intención del legislador lo que obliga, sino sus términos y los que empleó (seguridad de la Nación) son ciertamente distintos a los de seguridad nacional. Sin embargo, nos parece que cuando estos autores nos invitan a entender el término de seguridad de la Nación a la luz de las atribuciones presidenciales contenidas en el artículo 24 de la Carta Fundamental, no hacen más que abrir una nueva "Caja de Pandora", de ilimitados contornos. En efecto, si bien es cierto que la referencia al artículo 24 de la Carta Fundamental reconduce el concepto a uno acorde a la democracia, no es menos cierto que extiende su ámbito a contornos amplísimos, si se tiene presente que, bajo los conceptos de conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República, los Presidentes de Chile han desarrollado políticas económicas, sociales y culturales de vastísimo alcance que sería extraño vincular ya con la seguridad de la Nación, a menos que entendamos que este concepto abarca todas esas múltiples áreas que aceptamos en la esfera competencial del Ejecutivo.

Si nos alejamos de la doctrina referida a la seguridad de la Nación como limitante del libre acceso a la información pública, la literatura es bastante más abundante, aunque para referirse a un término diverso, cual es el de la seguridad nacional. Si bien podríamos, con García y Contreras, sostener que la diferencia semántica nos permite alejarnos de este término y del debate que conlleva, la falta de antecedentes jurídicos ciertos acerca del sentido que puede darse a esta diferencia y, sobretudo el vacío conceptual del vocablo "seguridad

de la Nación”, nos llevan a sostener que este alejamiento es aún una opción jurídicamente abierta y no un camino necesario y, aun que lo fuera, la cercanía entre ambos términos y la falta de doctrina respecto del empleado en el artículo 8º, hacen conveniente hacer alguna referencia breve al término de seguridad nacional. En su derredor, encontramos dos órdenes de literatura doctrinaria, una que se corresponde a los esfuerzos político-castrenses por introducir una ideología que les permitiera intervenir abiertamente en política, fundamentalmente para combatir el marxismo y aquella que se le opuso, por una parte, y, por la otra, una más jurídica hecha por los constitucionalistas para explicar el concepto de seguridad nacional en la Carta de 1980, y que es, como veremos, fuertemente tributaria de la anterior.

No aludiremos mayormente al debate político generado por el militarismo en los 60 y 70, pues lo entendemos como una ideología que, si bien permeó la Carta Fundamental que nos rige, no permanece como un referente valórico en la actual democracia. Como de manera lúcida la trata Alejandro Silva, ella es una ideología de un grupo de presión,<sup>84</sup> mismo que, a nuestro juicio, ya no está ni en disposición ni en condiciones de reiterar sus pretensiones de poder político, aún cuando hayan logrado dar un significado amplio al término que sirvió de marco ideológico a sus empeños. Este autor nos dice que “Bajo tal concepto, se ha pretendido [debemos entender que el militarismo ha pretendido]... unificar en torno de la misión de las Fuerzas Armadas, lo esencial de los fines básicos del Estado.”<sup>85, 86</sup>

---

<sup>84</sup> En su obra Tratado de Derecho Constitucional, Alejandro Silva, (Editorial Jurídica de Chile). posterga su tratamiento entre las Bases de la Institucionalidad, anunciando que lo hará al referirse a la limitación al ejercicio de algunos derechos, como lo son la libertad de enseñanza. Sin embargo, allí vuelve a eludir el tema, refiriéndolo a su Tomo II, en que lo trata a propósito de las Fuerzas Políticas, como una ideología del militarismo, mismo que aborda como un grupo de presión. También el concepto aparece el Tomo IX, a propósito de las Fuerzas Armadas y de Orden en la Carta Fundamental.

<sup>85</sup> Alejandro Silva, op.cit., Tomo II, página 124.

<sup>86</sup> Para una reseña acerca del significado de la doctrina de la seguridad nacional, puede consultarse la obra de Augusto Varas y Felipe Agüero El Proyecto Político Militar, FLACSO, Santiago, 1984. Una influyente obra que no intentó reducir el concepto de seguridad nacional, sino incorporarle como parte constitutiva la defensa de los derechos humanos se encuentra en el libro de Hernán Montealegre, “La

La tensión ideológica a que hemos aludido tuvo influencia cierta en quienes fueron convocados por los militares para hacer propuestas para la elaboración del actual texto constitucional, mismo que lo incorporó en diversas partes de él.<sup>87</sup> La Comisión Ortúzar dejó además constancia de que "la seguridad nacional de los Estados modernos tiene especial trascendencia, ya que ella, en su más amplio sentido no sólo comprende la defensa de la integridad territorial y de la soberanía nacional, sino que también el desarrollo del país, una Nación vigorosamente desarrollada está en mejores condiciones para precaver o superar con éxito las situaciones de emergencia que puedan afectarla."<sup>88</sup> En la cita referida puede apreciarse que, bajo este concepto de seguridad nacional ninguno de los fines del Estado y ningún ámbito del quehacer público quedan fuera del ámbito del concepto que nos ocupa.

La doctrina constitucional no ha construido un concepto jurídico propio de seguridad nacional, sino que más bien refleja el impacto del debate político y titubea acerca de cómo incorporar este término a una institucionalidad democrática, cuestión claramente difícil, pues, como enseña Alejandro Silva, el concepto no tuvo que ver con ella, sino con el afán de capturar el poder para un grupo de presión y sus intereses políticos (anti marxistas) y corporativos. Un ejemplo de ello es el

---

Seguridad del Estado y los Derechos Humanos", publicado por Academia de Humanismo Cristiano, Santiago, 1979. Señala este autor que: "[L]a seguridad de un Estado es su capacidad para afirmar su identidad fundamental en el tiempo y el espacio. Para lograr esto, el Estado debe proteger jurídicamente la identidad básica de cada uno de sus elementos constitutivos. Desde ese punto de vista, un Estado es seguro cuando cada uno de sus elementos integrantes lo es. Para el territorio, su seguridad consiste en su integridad; para el gobierno, en su estabilidad; para los habitantes, en la intangibilidad de sus derechos humanos fundamentales. Un Estado es, pues, seguro cuando es capaz de dar protección jurídica a la integridad de su territorio, a la estabilidad de su gobierno y a la intangibilidad de los derechos humanos de sus habitantes, respectivamente amenazados por la guerra, la insurrección y la violación" (página 350).

<sup>87</sup> Alejandro Silva señala que el concepto aparecía mencionado 12 veces en el texto original de la Constitución de 1980, sin contar las menciones que se hacen al Consejo de Seguridad Nacional. Alejandro Silva Bascuñán. "Las Fuerzas Armadas en la Constitución". *Revista de Derecho Público*. Universidad de Chile. Santiago N° 39 – 40. Vol. 1986.p137.

<sup>88</sup> Tomada de la transcripción que de ella hace Alejandro Silva Bascuñán en su obra *Tratado de Derecho Constitucional*, ya citada, Tomo IV.

tratamiento que le brinda José Luis Cea, quien aborda el concepto de seguridad nacional a propósito de las bases de la institucionalidad, como uno de los deberes del Estado, contenidos en el artículo 1º, inciso primero. A su juicio este concepto "es extenso porque en el se comprende la defensa de la integridad territorial y también del desarrollo del país, en sus más variados aspectos"<sup>89</sup>. Ello le lleva a avalar el concepto amplio impulsado por el militarismo, mismo del que difícilmente escapa alguna esfera de lo público. Para hacerlo compatible con la democracia, Cea no intenta reducir el concepto, sino que argumenta que la única acepción legítima del mismo consiste en entenderlo "dentro del bien común, como un concepto que lo integra y se somete a él". Enfatiza esa misma idea este autor señalando que comprender la seguridad nacional "fuera de estos límites trae como consecuencia apartarse de los presupuestos del orden democrático constitucional y, en definitiva, erigir a la seguridad nacional en una noción peligrosa e inconciliable con el Estado de Derecho y la paz internacional."<sup>90</sup>

Enrique Evans enseña que "el concepto de seguridad nacional, según, el significado natural que puede darse a su tenor literal implica seguridad de la Nación y seguridad del Estado, que la representa.". Agrega que la seguridad tiene dos frentes: "el externo, en que puede verse afectada por la guerra y por la agresión militar, o por una agresión económica de tal entidad que ponga en riesgo el normal desarrollo de la vida colectiva; en el frente interno, la seguridad nacional se encuentra comprometida en los casos de tensión extrema o de pugna entre gobernantes y gobernados, traducida en situaciones de insurrección o rebelión o de alzamientos revolucionarios."<sup>91</sup>. Luego de estos conceptos, que ciertamente permiten dibujar contornos, aunque no sean muy precisos y entender los alcances del término de un modo compatible con la democracia, este mismo autor reconoce que el concepto no sólo parece apuntar a esas realidades, sino a otras que pudieran desembocar en una situación real de amenaza a la seguridad;

---

<sup>89</sup> José Luis Cea Egaña, Derecho Constitucional Chileno; tomo I; ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2002, página 189

<sup>90</sup> Ibid, páginas 193

<sup>91</sup> Enrique Evans de la Cuadra; Los derechos constitucional; Tomo I, editorial Jurídica, 1999, página 298.



pues, de otro modo, no logra explicarse que el término aparezca como un límite a la libertad de enseñanza, de asociación y a la libertad económica. Así, este autor termina por aceptar que el constituyente de 1980 "ha concebido la seguridad nacional como el conjunto de exigencias de la organización social y de cautelas jurídicas que garanticen la inexistencia de riesgos y de conflictos que conduzcan o puedan conducir a un deterioro de la normalidad en lo externo y en lo interno"

Verdugo, Pfeffer y Nogueira parafrasean o copian el mismo concepto que da Enrique Evans al tratar la expresión a propósito del Consejo de Seguridad Nacional.<sup>92</sup>

Alejandro Silva Bascuñán, como hemos dicho, nos parece especialmente lúcido en reconocer que el concepto es uno ideológico, que tuvo por objeto avanzar el ideario del militarismo, pretendiendo abarcar en su esfera a todos los fines del Estado. Es posible que, por ese motivo, no haya tratado el término como elemento del derecho constitucional vigente, sino dentro del militarismo, como cuestión ideológica de un grupo de presión. Para mayor énfasis del carácter anti democrático de la noción, señala que la idea de bien común que avanza esta doctrina no es "la que surge del seno de la sociedad gobernada, sino aquella que ha de convenir a las definiciones y contenidos apoyados por la ciencia militar y sujeta a la descripción específica expuesta por los voceros castrenses a cargo del mando político o que lo pretenden."<sup>93</sup> En otro tomo de su obra, agrega que esa noción "se hace difícil armonizarla y compatibilizarla con la esencia misma de la democracia."<sup>94</sup> Luego de exponer esta noción propia del

---

<sup>92</sup> Mario Verdugo Marincovic, Emilio Pfeffer Urquiaga y Humberto Nogueira Alcalá; Derecho Constitucional: Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, 2002, página 350

<sup>93</sup> Alejandro Silva, op. cit., página 124.

<sup>94</sup> En el Tomo IX y refiriéndose al concepto ideológico que surgió del militarismo, el mismo autor señala que "La unidad del Estado, tomada en el sentido de la "unidad nacional", entendida por los militares en torno a su idea particular de la seguridad del cuerpo político, se hace difícil armonizarla y compatibilizarla con la esencia misma de la democracia.". Antes que eso, y explicando la amplitud del concepto, el autor lo describe así: "La estrecha vinculación entre la defensa y la seguridad nacional fue generando el doble efecto de que, por un lado, a este último concepto se dio, por los expositores militares, una amplitud que llegó a abarcar la definición y el manejo de todos los valores de la vida nacional, a cuya realización

militarismo, destacando su amplitud y señalando su incongruencia con la tesis democrática, el autor hace un esfuerzo por comprender el concepto en un esquema constitucional aceptable, no a través de limitar su significado, sino abogando por que sea la ciudadanía y los gobiernos civiles y democráticos los que lo definan y no los militares. Así, lejos de intentar una reducción del alcance del término, reconoce como un aporte constructivo y valioso esta amplitud, pues, a su juicio, las transformaciones de las tareas de defensa de la autonomía y defensa de cada Estado, “no pueden ejecutarse sin antes admitir que en ellas juegan innumerables factores que antes no habían sido tomados en cuenta o cuya influencia no se había aún observado.”.<sup>95</sup> Años más tarde, al escribir el Tomo IX, ya en plena democracia, el mismo autor reitera lo valioso que tiene el concepto amplio de seguridad nacional, a condición que quede sometido al de Bien Común, bajo definición democrática: “Si se prescinde del contenido ideológico propuesto por los expositores militares, queda, sin duda, en pie, como un aporte constructivo, indiscutible y valioso, entender por “seguridad nacional” la representación y síntesis de las hondas transformaciones producidas en las tareas destinadas a resguardar la autonomía e independencia de cada Estado, su seguridad exterior y la prevención y realización de su defensa ante los enemigos que lleguen a atacarla. Todas estas empresas no pueden ejecutarse sin reconocer que en ellas

---

propende la universalidad de los objetivos del Estado, ya a que, por otro lado, esos pensadores pusieron de relieve la responsabilidad de las Fuerzas Armadas en describir y buscar ellas mismas la realización de toda esa variedad de condiciones básicas a las cuales la defensa nacional se consideraba con razón íntimamente ligada.

La geopolítica y muchas otras ciencias auxiliares que se colacionaron en la literatura castrense, llevaron a entender el Estado –en el pensamiento militar– como un ser sustancial, provisto de cualidades y rasgos específicos, tras cuya afirmación y robustecimiento han de sacrificarse los integrantes de la sociedad política en busca de la concreción de valores que han de ser impuestos por un *poder nacional*, que persigue sus propios *objetivos nacionales*, encaminados todos primordialmente a fortalecer la *seguridad nacional*, de la cual depende la *defensa* del país. Lo internacional, lo económico, lo educacional, todas las energías llamadas a fortalecer el desarrollo interno del Estado, vienen a quedar así comprendidas y sumidas en el concepto de seguridad nacional, construido por las Fuerzas Armadas, según su propia visión, proyectado de tal modo que se transforma en una *ideología*, en una cosmovisión de la sociedad política toda, observada desde la mira especializada de la ciencia militar.” (Tomo IX, págs.. 250 y 251).

<sup>95</sup> Alejandro Silva. Op. Cit., Tomo II, página 125.

juegan innumerables factores que antes no habían sido debidamente considerados o cuya influencia no se había aún observados.”<sup>96</sup>

Los esfuerzos de este influyente autor por “democratizar” el concepto, se centran entonces no en su alcance, sino en la cuestión de a quien corresponde definirlo: “reiterar nuestra opinión de que, en último término, es al pueblo, a la sociedad gobernada, titular de la soberanía ... a quien corresponde, en su aspecto medular, la adecuada definición de lo que es y de lo que impone la seguridad nacional. ... no es misión exclusiva de las Fuerzas Armadas definir y concretar lo que exige la seguridad nacional.”<sup>97</sup>, lo que, más adelante, añade debe estar al servicio de la política exterior del país.

Como puede apreciarse la doctrina constitucional chilena no hace sino padecer el enorme debate ideológico que hubo y sigue habiendo tras ésta expresión, particularmente álgido cuando se incorporó a la Constitución de 1980. Si bien los autores abogan por hacer el concepto compatible con la teoría democrática, argumentando que su definición corresponde a instancias democráticas (Silva Bascuñán) o que debe supeditarse al bien común (el mismo Silva Bascuñán y Cea), no se animan a explicar a qué aspectos queda o debe quedar reducido o cuales deban ser sus alcances. Tan sólo Evans avanza una noción más precisa, que confina la seguridad nacional a los aspectos de agresión externa, consistente en una guerra u otra de análoga envergadura, o de alzamiento revolucionario en lo interno; aún cuando termina por renunciar a tal reducción, por ser ello incompatible con el uso de la noción como límite al ejercicio de diversos derechos.

Otro tanto acontece con otra literatura producida en democracia que intenta compatibilizar con esta teoría el concepto de seguridad nacional. Así, en el “Libro Blanco de la Defensa Nacional, puede apreciarse la amplitud que se otorga a la noción, y el intento de hacerla compatible con la teoría democrática sin reducir sus alcances. Señala este Libro: “La seguridad no se trata de ‘acciones’, sino de una ‘condición’ que se logra como producto de acciones orientadas a atenuar o eliminar ciertas vulnerabilidades. Estas acciones se realizan

---

<sup>96</sup> Alejandro Silva, Op. Cit. Tomo IX, página 253.

<sup>97</sup> Alejandro Silva. Op.cit., Tomo II, página 126.

en un amplio espectro de ámbitos, desde el desarrollo socioeconómico hasta la defensa propiamente tal, pasando también por el orden institucional de la República. En última instancia, es el grado de integración o cohesión de un pueblo, y la extensión y profundidad del consenso ciudadano en torno a sus objetivos nacionales, lo que constituye la base fundamental para el éxito de cualquier política de seguridad que se desee aplicar". Más adelante el mismo texto agrega: "La seguridad nacional no es sólo cuestión de policías y militares, sino también de desarrollo socioeconómico, de cohesión ciudadana, de institucionalidad, de distribución poblacional, de nivel cultural, etc. [...] En general, a mayor desarrollo y coherencia en el accionar de los distintos factores del Poder Nacional, mayor seguridad se puede lograr..."

Lo que quiero destacar es que, la doctrina constitucional y política producida en democracia, define el concepto de seguridad de la Nación desde el poder civil, de un modo compatible con la teoría democrática, pero igualmente en términos tan amplios, que no tiene prácticamente otros límites que los mismos de los asuntos públicos en una República democrática. Tal noción, para los efectos de lo que pretende este trabajo, equivale a renunciar al desafío, pues así construido el concepto de seguridad de la Nación podríamos entenderlo "afectado" con la publicación de todo antecedente público y entonces el límite sería, el mismo ilimitado y se transformaría en regla. El único modo de restringir este límite pasaría por fijar un concepto y un estándar de daño, que nos permitiera excluir algunos de los casos en que fuera invocada y establecer un test de proporcionalidad que nos permitieran sacrificar la seguridad en aras de un bien equivalente, como es el de la transparencia. En este evento, en rigor, el concepto de seguridad de la Nación nada añadiría al test de daño o al de proporcionalidad que se hiciera con otros conceptos igualmente vacíos de contenido, como el de bien común o interés social o estatal. Trataremos de alejarnos de esta hipótesis, en el entendido que la incorporación del concepto de seguridad de la Nación, como un bien específico a proteger mediante la reserva o el secreto, debe de encontrar un sentido y alcance específico que lo distinga de otros bienes públicos.

Sin que el concepto sea reducido a algo que tenga contornos, determinar lo que debe ser afectado para legitimar una restricción al acceso a la información resulta problemático. Es fácil de advertir que si el concepto, aún privado de los ribetes de militarismo que lo impulsaron, sigue cubriendo no sólo los aspectos defensa bélica o diplomática de la integridad territorial del país, para abracar “el desarrollo del país, en sus más variados aspectos”, al decir de Cea; “el conjunto de exigencias de la organización social y de cautelas jurídicas que garanticen la inexistencia de riesgos y de conflictos que conduzcan o puedan conducir a un deterioro de la normalidad en lo externo y en lo interno”, como señala Evans; “los innumerables factores que antes no habían sido debidamente considerados o cuya influencia no se había aún observado” , como sostiene Silva Bascañán, o para incluir los más diversos ámbitos, desde el desarrollo socioeconómico hasta la defensa propiamente tal, pasando también por el orden institucional “o el grado de integración o cohesión de un pueblo, y la extensión y profundidad del consenso ciudadano en torno a sus objetivos nacionales,”, como reza el Libro Blanco de la Defensa, entonces el término es intercambiable por el de interés público o nacional y, en verdad no quiere decir más que “aquello que conviene al país”.

Una noción así de amplia equivale a entregar a su intérprete un amplísima discreción; y, lo que parece más grave, abrirle una puerta para que avance e imponga, contra principios democráticos, su propia concepción de lo que conviene al país. Decimos que ello implica una actitud contraria a la democracia, porque permite, a quien no ha sido elegido por voto popular, imponer su propia concepción de bien, rompiendo con la noción de igualdad política para resolver esas materias, hace que las decisiones de autoridad resulten imprevisibles, lo que atenta en contra de la seguridad jurídica, e implica que ellas no son la aplicación de un derecho que preexiste a los hechos, sino que surge sólo al momento de resolver, lo que hace que la decisión sea retroactiva en relación a las conductas, lo que también atenta contra principios democráticos de libertad humana (no es el derecho el que la limita, sino la discreción de una autoridad no elegida). Nos parece que evitar el riesgo señalado, se constituye en un deber jurídico a partir de la consagración de Chile “como una República democrática” y

de otros principios como el de la igual dignidad de toda persona, establecidos en la Carta Fundamental.

Mientras el legislador no defina el concepto de seguridad de la Nación a términos más acotados, resulta imposible evitar el riesgo señalado para quienes deben interpretar y aplicar este concepto tan indeterminado. Sólo parece posible aspirar a reducirlo.

Para reducir el riesgo, nos parece que una medida prudencial es acotarlo a su significado más cierto, evitando extenderlo a aquellas áreas en que su aplicación es incierta. Esta postura, a favor de una interpretación restrictiva del concepto de seguridad de la Nación, no descansa en el hecho de ser ésta una causal de excepción que legitima limitar el ejercicio de un derecho constitucional. Ya he señalado por qué esa tesis no me parece convincente, aunque la destaco por tener general aceptación. Abogo por una construcción mínima del concepto de seguridad de la Nación por estimar que, entre más abarque éste, más aumenta el campo de discreción de quien debe juzgar ateniéndose a él, discreción que, superados ciertos márgenes inevitables, me parece contraria a los valores democráticos que establece nuestra Carta Fundamental.

Si bien es cierto que indirectamente la seguridad de la Nación puede verse afectada por fenómenos económicos, sociales y culturales de diversa índole, ello no significa que el concepto aluda inmediatamente a ellos. ¿Qué aspectos quedan directamente aludidos cuando el derecho habla de proteger la seguridad de la Nación? Nos parece que ello conlleva la fortaleza bélica y de relaciones exteriores necesaria para que no se amenace la integridad territorial. Nadie podría discutir que si eso se ve amenazado, se afecta la seguridad de la Nación. Los aspectos de desarrollo económico, cohesión social y demás que, como hemos visto, autores que adhieren a la democracia, le adscriben al concepto, pero cuya definición exige participación de autoridades elegidas popularmente, son factores que inciden en la seguridad de la Nación, pero no lo hacen directa, sino indirectamente. En lo que toca a las cuestiones de orden y seguridad públicas mencionados en el numeral 3 del artículo 21, explicaremos por qué nos parece que deben despreciarse como una mera redundancia del legislador.

Entendemos el carácter polémico de lo que hemos postulado, y, por lo mismo, nos vemos impelidos a buscar otros modos de acotar el concepto que nos ocupa, más allá de las consideraciones acerca de la discreción y su tensión con la teoría democrática que hemos desplegado. Ello nos reconducirá a la cuestión de los ámbitos del quehacer nacional que más directamente se vinculan con la seguridad de la Nación. La legislación interna y particularmente el derecho comparado viene en nuestra ayuda. Decimos que particularmente lo hace el derecho comparado porque, como veremos, varios sistemas, particularmente el del país que, como potencia mundial y que prácticamente desde la Segunda Guerra Mundial, nunca ha dejado de tener tropas combatiendo en el extranjero, el país que más interés podría tener en ampliar el concepto de seguridad de la Nación como límite al acceso a la información, reduce ese concepto a dos aspectos: el de la defensa militar y el de las relaciones exteriores, y luego acota severa y estrictamente estos dos términos, al punto de listar taxativamente los campos o materias a que debe referirse un antecedente para que pueda siquiera considerarse que su divulgación dañe la seguridad nacional o de la Nación.

**B. Criterios útiles para continuar construyendo el significado del concepto de "seguridad de la Nación". La cuestión de los tipos de información cuya divulgación pueden afectarla.**

**1. ¿Cuánto ayudan los "campos" indicados en el numeral 3 del artículo 21 de la Ley de Transparencia y las reglas del artículo 22 a determinar cuándo la publicidad puede afectar la seguridad de la Nación?**

Como hemos visto, el numeral 3) del artículo 21 de la Ley de Transparencia señala tres casos en que particularmente puede entenderse afectada la seguridad de la Nación; cuales son si la información se refiere a la defensa nacional, la mantención del orden público o de la seguridad pública.

El precepto es desafortunado desde muchos aspectos. En primer lugar, y como ya hemos anotado, porque a diferencia de legislaciones

compradas no señala que, además de la afectación o daño el antecedente debe referirse a alguno de estos tres campos, sino que dispone que la afectación debe considerarse particularmente cuando la información atañe a esas materias, provocando innecesarias dudas acerca de su alcance, particularmente a la hora de determinar si se trata de casos en que pueda presumirse esa afectación, inteligencia que parece avenirse con el lenguaje del texto, pero que hemos terminado por descartar por llevar a resultados del todo incompatibles con la Carta Fundamental. Esa materia ya ha sido tratada.

La redacción de la norma es también infeliz por el uso del término "particularmente", el que manifiesta que esta enumeración no es taxativa, cuestión que parece dejar entregada al intérprete la determinación de los restantes campos en que puede afectarse la seguridad de la Nación, lo que no es compatible con la Carta Constitucional que reserva sólo al legislador (y por mayoría calificada) determinar los casos en que será afectada la defensa de la Nación.

Una tercera cuestión criticable del precepto es que, aunque la enumeración no sea taxativa, cualquier modo de entender la defensa de la Nación incluye alguna información que no se verifica en el campo de la defensa, sino de las relaciones exteriores, cuya reserva puede resultar exigida para la defensa de la integridad territorial de la Nación. Piénsese por ejemplo en la divulgación de aspectos estratégicos de la defensa de límites en foros internacionales o para contrarrestar los esfuerzos que despliegan terceros países en aras de avanzar sus intereses en el mismo campo.

Por último, también juzgamos como un error de redundancia la alusión del numeral 3) a la seguridad y al orden públicos, pues no nos resulta posible dar significado alguno a estos términos que sea diverso a los casos ya incluidos, con mucho más propiedad y precisión en el numeral 1, letra a) del mismo artículo 21, que alude a los eventos en que la publicidad dañe o venga en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito. En efecto, la seguridad pública sólo puede entenderse afectada por la comisión de delitos comunes y el orden público por ilícitos que lo alteren. En esas condiciones, si ya el desmedro de la necesaria prevención,



investigación y persecución de tales ilícitos se encontraba contemplada como causal para mantener en reserva los actos y resoluciones cuya divulgación pudieren afectar esas capacidades de enfrentar delitos, ¿qué otra información podría estar aludida e este numeral 3 al mencionarse la mantención del orden y la seguridad públicas? No logramos avizorarlo.

Conforme al elemento lógico de interpretación, estimamos que la referencia a la defensa nacional, contenida en el numeral 3) en análisis, debe entenderse en armonía con lo dispuesto en el artículo 101 de la Carta Fundamental, que remite directamente a las Fuerzas Armadas, las que, obedientes, no deliberantes y dependientes del poder civil, "existen para la defensa de la Patria y son esenciales para la seguridad nacional", según dispone el precepto aludido. Si estamos a las tareas que una democracia encarga a las Fuerzas Armadas para la "seguridad nacional", el concepto queda confinado fundamentalmente al significado que siempre tuvo antes de la irrupción de la doctrina del militarismo en la década de los 60 y 70, cual es, la tarea profesional de la defensa de la integridad territorial de Chile, por medio del despliegue bélico preventivo o actual. La referencia reafirma el sentido restringido de seguridad de la Nación por el que veníamos abogando.

También cabe examinar a este respecto lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 22 de la Ley 20.285. Recordemos que la disposición alude al tiempo que debe mantenerse en secreto o reserva un acto o documento que ha sido sometido a este régimen excepcional, y que, en su inciso tercero, ya transcrito en apartados anteriores, dispone, como regla excepcional, que la reserva debe de mantenerse indefinidamente, entre otros casos que interesa destacar aquí, cuando el acto o documento pertenezca al ámbito de la defensa nacional y su conocimiento pueda afectar la integridad territorial de Chile; la interpretación o el cumplimiento de un tratado internacional suscrito por Chile en materia de límites; la defensa internacional de los derechos de Chile, y la política exterior del país de manera grave. Como resulta fácil de imaginar, en cada uno de los campos mencionados, y especialmente en el primero relativo a la integridad territorial, el bien jurídico mediatamente afectado es el de la seguridad

de la Nación. Estos son casos entonces en que el legislador ha dispuesto un plazo de secreto o reserva, pero donde, al hacerlo, ha precisado que ellos son sub especies de la seguridad de la Nación, del interés nacional o de ambos. En este caso, el legislador ha sido claro de un modo que se echa en falta en el artículo 21, pues ha definido que la defensa nacional es el área a la cual el documento debe pertenecer y ha precisado una serie de bienes más específicos que los dos en análisis que, en caso de ser afectados, permiten decretar el secreto o reserva (de manera indefinida).

De ese modo, los artículos 21 y 22 de la Ley 20.285 refuerzan la interpretación mínima del concepto de seguridad de la Nación por la que abogamos como más conforme a una república democrática en la que rige un Estado de Derecho y no la discreción de quienes tienen el poder de decidir en nombre de conceptos indeterminados.

## **2. La situación en que ha quedado el artículo 436 del Código de Justicia Militar.**

El artículo 436 del Código de Justicia Militar, introducido por la Junta de Gobierno, en noviembre de 1987, es, por la amplitud de sus términos, el candidato perfecto a ser invocado como causal de reserva de los actos y documentos relativos a la defensa nacional, ciertamente mucho más comprensivo y explícito que la Ley 20.285. Le transcribimos a continuación, para luego proceder a examinar cómo es que engarza con la cuestión en examen:

***Art. 436.** Se entiende por documentos secretos aquellos cuyo contenido se relaciona directamente con la seguridad del Estado, la Defensa Nacional, el orden público interior o la seguridad de las personas y entre otros:*

- 1. Los relativos a las Plantas o dotaciones y a la seguridad de las instituciones de las Fuerzas Armadas o de Carabineros de Chile y de su personal;*
- 2. Los atinentes a planos o instalaciones de recintos militares o policiales y los planes de operación o de servicio de dichas instituciones con sus respectivos antecedentes de cualquier naturaleza, relativos a esta materia;*
- 3. Los concernientes a armas de fuego, partes y piezas de las mismas, municiones, explosivos, sustancias químicas y demás*

*efectos a que se refiere la Ley N°17.798 usados por las Fuerzas Armadas o Carabineros de Chile, y*  
4. *Los que se refieran a equipos y pertrechos militares o policiales.”*

Desde luego, digamos que, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 4° transitorio de la Constitución y primero transitorio de la Ley 20.285, debe entenderse que este precepto no ha sido derogado por no ser una ley de quórum calificado, requisito formal que se entiende cumplido, a condición que establezca secreto o reserva respecto de determinados actos o documentos, por las causales que señala el artículo 8° de la Carta Fundamental. Al menos prima facie, resulta posible argumentar que el precepto establece secreto o reserva por la causal de la defensa nacional, que se encuentra establecida en el artículo 8° de la Carta Fundamental. No nos parece que éste sea problema de constitucionalidad que tiene el artículo 436 del Código de Justicia Militar, sino el que pasamos a referir.

El encabezado de la disposición que analizamos establece como secretos documentos bajo la sola condición de que su contenido “se relacione directamente con la seguridad del Estado, la defensa nacional, el orden público interior o la seguridad de las personas...”. Aún suponiendo que todas estas causales pudieran entenderse dictadas en razón de la seguridad de la Nación, cuestión particularmente difícil de defender en lo que dice relación con la seguridad de las personas, el problema mayor de constitucionalidad que, a nuestro juicio, presenta el precepto es que determina la reserva por el sólo hecho de que el contenido de un documento se relacione directamente con un determinado bien jurídico, al margen y con entera independencia de que pueda afectarlo o dañarlo.

Como hemos argumentado, el artículo 8° de la Carta Fundamental exige al legislador, para que pueda determinar el secreto o reserva, que la publicidad del acto o Resolución afecte la seguridad de la Nación, y no que el documento se refiera a ellos. Hemos expuesto también la importancia de diferenciar entre estas dos cuestiones. Es distinto que un documento se refiera o concierna a una determinada materia a que afecten negativamente o dañen un bien jurídico. El cumplimiento del primer requisito es una cuestión más o

menos mecánica, propia de la catalogación o clasificación de un documento o acto, mientras la segunda implica un juicio de valor, para así apreciar el daño que se alega.

En el sentido indicado en el párrafo anterior, nos parece evidente que el precepto del artículo 436 del Código de Justicia Militar no cumple con el requisito de constitucionalidad que exige el artículo 8° de la Carta Fundamental, pues en el ni el legislador, ni autoridad o funcionario alguno quedan autorizados para apreciar si se encuentra afectada o dañada la seguridad de la Nación o si quiera la capacidad de la defensa nacional o amenazada o dañada la seguridad del Estado o el orden público interior. Por el contrario, la norma no admite esta apreciación estableciendo como suficiente que el contenido del documento se relacione directamente con estas materias.

A nuestro juicio el único modo de compatibilizar la norma de justicia militar que analizamos con la Carta Fundamental consistiría en interpretar que lo que este hace es simplemente establecer, en sus cuatro numerales, un listado de clases o tipos de documentos, respecto de los cuales debe luego enjuiciarse si afectan o dañan la seguridad de la Nación. Esa inteligencia del precepto lo haría compatible con el artículo 8° de la Carta Fundamental. El problema con esta inteligencia de la norma es que no se compadece con el claro tenor de su encabezado, al que, como hemos dicho, le es suficiente que el contenido del documento se relacione directamente con las cuestiones que enumera. En esas condiciones nos parece que ninguna interpretación de la norma que respete su propio tenor literal se aviene con la Carta Fundamental.

Tampoco nos parece posible admitir la constitucionalidad del artículo 436 del Código de Justicia Militar sobre la base de entender, como nos pareció posible hacerlo con los documentos que establezcan la planificación militar o estratégica, que establece el artículo 22° de la Ley 20.285, que es el propio legislador el que ha entendido que en todos los casos del artículo 436 del Código de Justicia Militar debe entenderse afectada la seguridad de la Nación. Esa argumentación no nos parece sostenible, pues implicaría pensar que el conocimiento público de cualquier documento que concierna a la defensa nacional o al orden público interno afecta la seguridad de la Nación. Ello resulta

simplemente absurdo, como hemos demostrado, a través de ejemplos, en otro acápite de este trabajo.

Para entender lo señalado, debe tenerse presente que la norma del Código de Justicia Militar, a diferencia de lo que hace la Constitución el artículo 21° de la Ley 20.285, no le entrega discreción a nadie para juzgar la afectación de nada. Obliga al secreto de los documentos por el sólo hecho de relacionarse su contenido directamente con las cuestiones allí indicadas. Introducirle algún grado de discreción implica procurar hacerlo compatible con el sistema que la Carta Fundamental establece, pero tal esfuerzo resulta –como hemos argumentado– contrario a los propios términos del artículo 436 del Código de Justicia Militar.

### **3. Los campos o materias en el derecho comparado.**

Para otorgar un significado al concepto de seguridad de la Nación, vienen a nuestro auxilio algunas restricciones a que somete esta causal el derecho comparado. En primer lugar cabe considerar el sistema vigente en los **Estados Unidos de Norteamérica** que, como hemos señalado es uno de los más antiguos e influyentes del mundo. Como también hemos esbozado ya, la legislación contenida en la FOIA y en los “Executive Orders”, dictados en conformidad a ella, establecen, desde luego, la publicidad como regla general y, como una de las excepciones a ella el hecho que, de la revelación de los antecedentes pueda razonablemente esperarse un daño a la seguridad nacional, daño que debe poder ser identificado y descrito específicamente por la autoridad que lo alega. Hemos dicho ya también que la gravedad del daño determina el tipo de confidencialidad y su duración. La “Executive Order” hoy vigente define seguridad nacional como defensa nacional o relaciones internacionales de los Estados Unidos y la expresión daño a la seguridad nacional queda definida, consecuentemente, como daño a la defensa nacional o a las relaciones exteriores de los Estados Unidos a partir de la divulgación no autorizada de información, teniendo en

consideración aspectos como la sensibilidad, valor, utilidad y procedencia de la información.<sup>98</sup>

Así, en ese país, que tanto más que el nuestro tendría que temer por su seguridad, la cuestión de la defensa nacional, no sólo exige de un daño específico que debe de poder identificarse por quien lo alega, sino que, además, es reducido sólo a los campos de la defensa y de las relaciones exteriores.

En los Estados Unidos de Norteamérica, para decretar la reserva de la información, no basta con que se acredite el daño a la seguridad de la Nación, en alguno de los dos campos ya referidos. Es necesario, además, que la información concierna a algunas de las ocho categorías que listamos a continuación.<sup>99</sup> Debe subrayarse entonces que en ese país al requisito de daño específico y de determinada entidad a la seguridad de la Nación, la que además debe poder explicarse específicamente, deben sumarse copulativamente como requisitos para la reserva, el hecho de que el documento concierna o se refiera a alguna materia en particular de la defensa o de las relaciones exteriores, las que pasamos a exponer. Al margen de ellas no puede alegarse un daño a la seguridad nacional y pretenderse la reserva o confidencialidad de un antecedente:

- **Planes militares sistemas de armas u operaciones.<sup>100</sup>**

Esta causal ha permitido algunos fallos adversos a la pretensión de publicitar equipamientos militares, la capacidad de combate de

---

<sup>98</sup> Los dos conceptos están contenidos en las letras (j) e (y) de la Executive Order vigente, cuyo tenor en inglés es el siguiente: "(j) *Damage to the national security*" means harm to the national defense or foreign relations of the United States from the unauthorized disclosure of information, taking into consideration such aspects of the information as the sensitivity, value, utility, and provenance of that information. ... (y) "*National security*" means the national defense or foreign relations of the United States.

<sup>99</sup> En el idioma original la Executive Order hoy vigente, al igual que sus antecesoras dispone lo siguiente: information shall not be considered for classification unless it concerns:

<sup>100</sup> En el idioma original military plans, weapons systems, or operations

las tropas para ciertas batallas y la información sobre tropas extranjeras.<sup>101</sup>

▪ **La información sobre gobiernos extranjeros.**<sup>102</sup>

Esta causal se encuentra definida por la misma Orden Ejecutiva vigente, de un modo que incluye aquella información provista al gobierno de los Estados Unidos por uno o más gobiernos extranjeros o una organización internacional, así como la información producida por el gobierno de los Estados Unidos relativa a o como resultado de acuerdos con un gobierno extranjero o de una organización internacional.<sup>103</sup> La jurisprudencia ha venido a explicar que esta causal debe aplicarse allí donde sea de temer que la divulgación de la información rompa promesas expresas de confidencialidad hechas a un gobierno extranjero o que debilite la disposición de cooperación de los gobiernos extranjeros, con los consiguientes efectos negativos en las relaciones exteriores, particularmente en cuanto a la confiabilidad de los Estados Unidos para continuar recibiendo información.<sup>104</sup>

▪ **Actividades de inteligencia, incluyendo métodos y fuentes, así como criptología.**<sup>105</sup>

Respecto de este punto la jurisprudencia ha sido particularmente enfática en negar el acceso a toda información directa o que pueda conducir a la identificación de personas que trabajan encubiertamente, como espías, o que proveen información de inteligencia, considerando que ello podría permitir

---

<sup>101</sup> Ver casos Taylor v. Dep't of the Army, 684 F.2d 99, 109 (D.C. Cir. 1982); Tawalbeh v. U.S. Dep't of the Air Force, No. 96-6241, slip op. at 10-11 (C.D. Cal. Aug. 8, 1997); Pub. Educ. Ctr., 905 F. Supp. at 21, y Wash. Post Co. v. DOD, No. 84-2403, slip op. at 3 (D.D.C. Apr. 15, 1988).

<sup>102</sup> En el idioma original foreign government information.

<sup>103</sup> Puede consultarse la definición en la letra (r) de la Executive Order vigente.

<sup>104</sup> Ver casos Peltier v. FBI, 218 F. App'x 30, 31 (2d Cir. 2007); Miller v. DOJ, 562 F. Supp. 2d 82, 102 (D.D.C. 2008), y Azmy v. DOD, 562 F. Supp. 2d 590, 600 (S.D.N.Y. 2008)

<sup>105</sup> En el idioma original intelligence activities (including special activities), intelligence sources or methods or cryptology.

actividades hostiles en su contra, aún cuando ya se encuentren inactivos.<sup>106</sup> Similar criterio ha servido para denegar información que directa o indirectamente pueda permitir descifrar antecedentes encriptados.<sup>107</sup>

▪ **Relaciones exteriores o actividades de los Estados Unidos en el exterior, incluyendo fuentes confidenciales.<sup>108</sup>**

Esta causal ha servido a la jurisprudencia para explicar que el acceso a los antecedentes debe de negarse cuando ella amenace el libre flujo de información entre los gobiernos o el trabajo mancomunado entre ellos. De igual modo ha servido para proteger la identidad de las personas que entregan información al gobierno de los Estados Unidos en países con los que este mantiene relaciones tensas.<sup>109</sup>

---

<sup>106</sup> Ver casos Schrecker v. DOJ, 254 F.3d 162, 166 (D.C. Cir. 2001); Jones v. FBI, 41 F.3d 238, 244 (6th Cir. 1994); Singh v. FBI, 574 F. Supp. 2d 32, 42-43 (D.D.C. 2008); Schoenman v. FBI, 575 F. Supp. 2d 136, 153, 156 (D.D.C. 2008); Cozen O'Connor v. U.S. Dep't of Treasury, 570 F. Supp. 2d 749, 774 (E.D. Pa. 2008); Azmy, 562 F. Supp. 2d at 599 (S.D.N.Y. 2008); Miller, 562 F. Supp. 2d at 105 (D.C.C. 2008); Rubin v. CIA, No. 01-CIV-2274, 2001 WL 1537706, at \*3 (S.D.N.Y. Dec. 3, 2001); Schrecker v. DOJ, 14 F. Supp. 2d 111, 117-18 (D.D.C. 1998); Bassiouni v. CIA, 392 F.3d 244, 245 (7th Cir. 2004), y Wash. Post v. DOD, 766 F. Supp. 1, 7 (D.D.C. 1991).

<sup>107</sup> Ver casos McDonnell v. United States, 4 F.3d 1227, 1244 (3d Cir. 1993) y Gilmore v. NSA, No. C92-3646, 1993 U.S. Dist. LEXIS 7694, at \*18-19, \*22-23 (N.D. Cal. May 3, 1993).

<sup>108</sup> En el idioma original "Foreign relations or foreign activities of the United States, including confidential sources.

<sup>109</sup> Ver casos Peltier, 218 F. App'x at 31 (2d Cir. 2007); Bassiouni, 392 F.3d at 246 (7th Cir. 2004); Schoenman, 575 F. Supp. 2d at 153 (D.D.C. 2008); Miller, 562 F. Supp. 2d at 102-04, 107 (D.C.C. 2008); ACLU v. DOD, 389 F. Supp. 2d 547, 561 (S.D.N.Y. 2005); Wolf v. CIA, 357 F. Supp. 2d 112, 116 (D.D.C. 2004); Linn v. DOJ, No. 92-1406, 1995 WL 631847, at \*26 (D.D.C. Aug. 22, 1995) y Keenan v. DOJ, No. 94-1909, slip op. at 9-11 (D.D.C. Dec. 16, 1997). Respecto de la información que pudiere identificar a quienes colaboran con los Estados Unidos desde países con los que se mantienen relaciones tenues o tensas, ver especialmente Wheeler v. DOJ, 403 F. Supp. 2d 1, 12 (D.D.C. 2005).



- **Materias científicas, tecnológicas o económicas relativas a la seguridad nacional, incluyendo la defensa contra el terrorismo internacional.**<sup>110</sup>

No hemos encontrado casos que nos ayuden a entender el alcance de esta causal.

- **Programas gubernamentales para proteger instalaciones o material nuclear.**<sup>111</sup>

La jurisprudencia en esta materia incluye casos que han denegado el acceso a la información que reflejaría el tipo de ataques que se requerirían para hacer vulnerable una instalación nuclear.<sup>112</sup>

- **Capacidades o vulnerabilidad de los sistemas, instalaciones, infraestructura, proyectos, planes o servicios de protección relativos a la seguridad nacional, lo que incluye defensa contra el terrorismo internacional.**<sup>113</sup>

La jurisprudencia relativa a esta causal ha abarcado cuestiones variadas, que van desde planes de evacuación militar hasta antecedentes acerca de los dispositivos de seguridad de la limusina del Presidente de la República.<sup>114</sup>

---

<sup>110</sup> En el idioma original: "Scientific, technological, or economic matters relating to the national security, which includes defense against transnational terrorism;"

<sup>111</sup> En el idioma original: "United States Government programs for safeguarding nuclear material or facilities;"

<sup>112</sup> Ver casos Weinberger v. Catholic Action of Haw., 454 U.S. 139, 144-45 (1981); Abbots v. NRC, 766 F.2d 604, 607 (D.C. Cir. 1985), y Loomis v. DOE, No. 96-149, 1999 WL 33541935, at \*6 (N.D.N.Y. Mar. 9, 1999).

<sup>113</sup> En el idioma original, "Vulnerabilities or capabilities of systems, installations, infrastructures, projects, plans, or protection services relating to the national security, which includes defense against transnational terrorism."

<sup>114</sup> Ver casos Miller 562 F. Supp. 2d at 101 (D.D.C. 2008); Judicial Watch, Inc. v. DOT, No. 02-566, 2005 WL 1606915, at 8 (D.D.C. July 7, 2005); Pub. Educ. Ctr., Inc. v. DOD, 905 F. Supp. 19, 21 (D.D.C. 1995), y U.S. News & World Report v. Dep't of the Treasury, No. 84-2303, 1986 U.S. Dist. LEXIS 27634, at \*3 (D.D.C. Mar. 26, 1986).

- **Armas de destrucción masiva.**<sup>115</sup>

En la definición de esta causal, respecto de la cual no hemos encontrado jurisprudencia, la Executive Order vigente incluye armas químicas, biológicas, radiológicas y nucleares.

Las legislaciones **canadienses e irlandesas** tienen listados similares a los señalados de los Estados Unidos, los que también aparecen como requisitos copulativos al daño.<sup>116</sup> Al igual que en Estados Unidos, la legislación de Irlanda sólo contempla como únicas categorías de documentos que pueden dañar la seguridad a aquellos que se refieren a materias de defensa o de relaciones exteriores.

La **Convención Europea de Derechos Humanos**, en el inciso segundo de su artículo 10, ya transcrito en inglés en nota anterior, establece las causales en cuyo interés o protección pueden los Estados, en virtud de una ley, y siempre que sea necesario a la democracia, restringir la libertad de expresión, incluyendo el acceso a la información. En ella aparecen como cuestiones distintas la seguridad nacional, la integridad territorial, la seguridad pública y la prevención de desórdenes y crímenes. En el tiempo que dispusimos para este trabajo, no encontramos fallos de la Corte Europea que explicaran alguno de estos conceptos o que permitieran distinguirlos.

En el caso de **Inglaterra** no parecen haber en la "FOIA 2000" campos o materias que queden relacionadas con la seguridad nacional. La Guía del Comisionado para Asuntos de Información que ya hemos mencionado, señala que el concepto de seguridad nacional no está definido en la ley y es capaz de una interpretación amplia. Añade que los intereses de la seguridad nacional no se limitan a la prevención directa de ataques militares o terroristas en el Reino Unido, sino que incluyen la seguridad de sus ciudadanos en el exterior, la protección de la constitución democrática, la operación efectiva de los organismos de

---

<sup>115</sup> En el original weapons of mass destruction.

<sup>116</sup> El listado de Canadá aparece mencionado por García y Contreras, Op.Cit., 2009, mientras que las categorías irlandesas pueden consultarse en el texto ya citado de López Ayllón y Posadas (2007), página 42 y siguientes.

seguridad y la colaboración con otros países en el combate al terrorismo.<sup>117</sup>

Como puede apreciarse, de los países examinados, salvo el caso inglés que acepta un concepto amplio de seguridad nacional, los demás restringen la posibilidad de mantener en reserva un antecedente en nombre de este valor, a materias específicas y constreñidas a la defensa diplomática o bélica de la integridad del país en contra de agresiones externas, sean estas militares o terroristas.

**C. Criterios útiles para continuar construyendo el significado del concepto de "seguridad de la Nación", que emanan de los elementos lógico y sistemático de interpretación, los que conducen a la teoría de la argumentación.**

**1. Cuestiones ya establecidas como comunes a las dos causales.**

Ya hemos concluido en el apartado III y no es del caso volver a desarrollarlo, que la noción misma de que la seguridad de la Nación sólo se constituye en causal que legitima la reserva cuando resulta afectada, se sigue necesariamente que no basta con que la información que se trata de publicitar o mantener en reserva diga relación o se refiera a cuestiones de seguridad de la Nación; sino que quien pretende la reserva debe identificar un daño más o menos específico y grave, que, con cierto grado de probabilidad, se siga de la divulgación de la información; el que, por su carácter excepcional, no cabría presumir, a lo menos por parte de la jurisprudencia. Sólo hacen excepción a estas regla los actos y documentos que establecen la planificación militar y estratégica de la defensa.

Dijimos también y no volveremos a ello, pero vale la pena registrarlo nuevamente, que la seguridad de la Nación será definida en

---

<sup>117</sup> Los términos en inglés son los siguientes: "National security" is not defined in law but it is capable of a wide interpretation. The interests of national security are not limited directly to preventing military and terrorist attacks on the UK but include the safety of UK citizens abroad, the protection of our democratic constitution, the effective operation of national security bodies, and co-operation with other countries in fighting international terrorism. ". En <http://www.ico.gov.uk>.

cuanto a algún preciso grado de afectación posible, en la medida que se determinen los grados de adecuación y de necesidad que deba reunir la medida restrictiva de la información, y por último, por la forma en que este valor sea pesado o ponderado con el del libre acceso a la información.

Sostuvimos que todos los anteriores eran estándares comunes a la seguridad de la Nación y al interés nacional. A continuación revisaremos algunos criterios con que, en algunos casos relevantes del derecho comparado, esos estándares han sido aplicados específicamente a la seguridad de la Nación, del Estado o nacional, según los diversos sistemas mencionan el valor que quieren proteger en contra de divulgaciones que lo dañen.

## **2. Estándares argumentativos de esta causal en el derecho internacional y comparado.**

Como ha quedado anunciado, se trata de destacar características específicas aplicables a la lógica argumentativa y carga de prueba cuando se invoca esta causal en el derecho comparado.

**En los Estados Unidos de Norte América,** como ya se ha dicho, las autoridades administrativas que pretendan mantener en secreto o reserva una información deben ser capaces copulativamente de:

a) Identificar que se encuentran “especialmente autorizados bajo alguno de los criterios establecidos en la Orden Ejecutiva (presidencial) para mantener el secreto, en interés de la seguridad nacional, entendida ésta sólo referida a la defensa o a las relaciones exteriores de los Estados Unidos;

b) Dar razones específicas para entender que los antecedentes han sido adecuadamente reservados bajo un criterio establecido en la Orden Ejecutiva (presidencial) que ordena la reserva;

c) Convencer que razonablemente pueda estimarse que la divulgación no autorizada de la información produzca daños en la seguridad nacional. Si se quiere pasar de la confidencialidad al secreto, debe acreditarse que esos daños probables serían excepcionalmente graves (top secret) o que, al menos se trataría de daños serios

(secret). De lo contrario, sólo cabría mantenerlos como confidenciales, y

d) Debe acreditar además que la información se refiera o concierna a algunas de las categorías aludidas en una Orden Ejecutiva (presidencial) vigente.<sup>118</sup>

Además de estos requisitos, establecidos en la legislación, la jurisprudencia ha establecido algunos parámetros argumentativos específicos para esta causal, que vale la pena registrar:

- **El criterio de la buena fe.** El más antiguo y persistente de los criterios de examen jurisprudencial,<sup>119</sup> determina que la información debe haber sido reservada del conocimiento público en genuina defensa de la seguridad nacional, y no para proteger otros intereses particulares o encubrir acciones reprochables o ilícitas. La prueba de la mala fe corresponde a quien la alega, el debe mostrar al menos cierta evidencia tangible de su existencia. En razón de este criterio, se ha ordenado abrir información que se pretendía reservada en razón de seguridad nacional, cuando se acredita que se ha empleado como excusa para no entregar aquella documentación que toma tiempo encontrar o cuando todo lo que se quiere proteger son criterios archivísticos o por razones diversas a la que se invoca.

120

---

<sup>118</sup> Las referencias a estos requisitos ya han sido hechas en notas que anteceden. Aluden todas a la FOIA (Sección B) y a la Executive Order dictada por George Bush, secciones 1.2. y 1.4.

<sup>119</sup> Según López Ayllón y Posadas, (op. Cit. ,2007), habría sido la única exigencia jurisprudencial hasta 1978, en que se resolvió el caso Ray v. Turner por la Corte del Distrito de Columbia.

<sup>120</sup> Entre otros, esta causal aparece aplicada en los siguientes casos: Carney v. DOJ, 19 F.3d 807, 812 (2d Cir. 1994) ; Alley v. HHS, No. 07-0096, 2008 U.S. Dist. LEXIS 106884, at \*19-20 (N.D. Ala. May 8, 2008); Trentadue v. FBI, No. 04-772, 2007 WL 2781880, at \*2 (D. Utah Sept. 20, 2007); Citizens for Responsibility & Ethics in Wash. v. DOJ, No. 05-2078, 2006 WL 1518964, at \*3-6 (D.D.C. June 1, 2006); Caton v. Norton, No. 04-439, 2005 WL 1009544, at \*5 (D.N.H. May 2, 2005) Gilmore v. DOE, 33 F. Supp. 2d 1184, 1190 (N.D. Cal. 1998); Heily, 69 F. App'x at 174; Ruotolo v. DOJ, 53 F.3d 4, 11; Weisberg v. DOJ, 627 F.2d 365, 371 (D.C. Cir. 1980); El Badrawi v. DHS, 583 F. Supp. 2d 285, 299-301 (D. Conn. 2008) ; Kozacky & Weitzel, P.C. v. United States, No. 07-2246, 2008 WL 29779, at \*19-20 (N.D. Ill.

La propia Orden del Ejecutivo vigente especifica ya, a partir de la jurisprudencia de la buena fe, que no debe reservarse información con el fin de encubrir violaciones a la ley, ineficacia o error en la administración pública con el propósito de evitar el desprestigio de personas, organizaciones o autoridades; con la intención de restringir la competencia, o con el fin de posponer la publicidad de información que no requiere protección por motivos de seguridad nacional.

- **Dar razones suficientes sobre daño específico.** Fundado en el propio lenguaje de la FOIA y de subsecuentes "Executive Orders", la jurisprudencia ha exigido, en aquellos casos que admite a tramitación y hace un examen "de novo" de la suficiencia de los criterios para mantener la reserva, que se le señale específicamente el daño que la divulgación del documento produciría a la seguridad nacional. En consecuencia, ha rechazado la pretensión de la Administración en aquellos casos en que se afirma "al bulto" y sin especificarlos, que la publicidad dañaría la defensa o las relaciones exteriores de los Estados Unidos, exigiendo descripciones de contexto, suficientemente particulares y elaboradas, que conecten razonada y suficientemente la publicidad de los documentos con los daños que se alegan y ello respecto de cada documento que se pretende mantener en reserva.<sup>121</sup>
- **Las razones deben ser objetivamente razonables y plausibles.** Las razones para mantener un documento secreto

---

Apr. 10, 2008), y Pa. Dep't of Pub. Welfare v. United States, No. 99-175, 1999 WL 1051963, at \*3 (W.D. Pa. Oct. 12, 1999)

<sup>121</sup> Entre otros casos que desarrollan o citan el criterio de la especificidad, ya sea para acoger o rechazar la publicidad, pueden verse: Ray v. Turner, 587 F. 2d 1187 (D.C. Cir. 1978); Rossenfeld v. DOJ, 57 F 3d 803,807 (9th Cir., 1995); Oglesby v. US. Dept. of the Army, 79 F3d 1172, 1179-84 (D.C. Cir., 1996); Camppbell v. DOJ., F3d 20, 31, 37 (DC. Cir. 1998; Halpern v. FBI, 181 F 3d 279, 293 (2d Cir.,1999); Schrecker v. DOJ, 217 F. Supp. 2d 29, 35 (D.D.C. 2002), aff'd, 349 F.3d 657 (D.C. Cir. 2003); SafeCard Servs. v. SEC, 926 F.2d 1197, 1200-02 (D.C. Cir. 1991); Goland v. CIA, 607 F.2d 339, 352 (D.C. Cir. 1978); Schoenman v. FBI, No. 04-2202, 2009 WL 763065, at \*28 (D.D.C. Mar. 19, 2009), y Fla. Immigrant Advocacy Ctr. v. NSA, 380 F. Supp. 2d 1332, 1343 (S.D. Fla. 2005).

deben objetivamente pasar el test de la razonabilidad y resultar plausibles, según han afirmado los tribunales.<sup>122</sup>

- **Deferencia.** Cumplidos los requisitos anteriores, los tribunales federales de los Estados Unidos han sido consistentes para sostener que no les corresponde sustituir el juicio experto de los agentes y funcionarios de seguridad del Gobierno en estimar la probabilidad de un daño a la seguridad nacional en caso de hacer público un antecedente determinado. Han dicho que estos funcionarios son los que, por su posición, están en mejores condiciones de ver el panorama (la película) completo. En consecuencia, sin perjuicio de revisar su criterio, dan un peso “alto y sustancial” al juicio de esos funcionarios que tienen responsabilidad en la materia, quienes, por lo mismo, se encuentran en una posición privilegiada y única para apreciar el daño; y que, en cambio, los jueces no están en situación de hacer juicios acertados en sustitución de los criterios de las agencias ejecutivas. Han sido también reacios a aceptar criterios de expertos, incluso de ex funcionarios de esas mismas agencias que no forman parte del Gobierno y que pretenden confrontar sus criterios.<sup>123</sup> Al justificar estos criterios deferentes, los tribunales han argumentado que este estándar de deferencia en la magnitud del interés comprometido y los riesgos potenciales involucrados.<sup>124</sup>

---

<sup>122</sup> El criterio es resumidamente recordado en el caso ACLU v. DOJ, 321 F. Supp. 2d 24, 35 D.C. Cir., 2004). Si seguimos a López Ayllón y Posadas, la saga se inicia con el caso Ray v. Turner, resuelto en 1978, en que se habría analizado, por primera vez, el mérito y la propiedad de la clasificación reservada efectuada por los funcionarios del Ejecutivo.

<sup>123</sup> El criterio aparece desarrollado en varios casos por las Cortes Federales, tales como: Spirko v. USPS, 174 F.3d 992,997 D.C.Cir., 1998; ACLU v. DOD, 406 F. Supp. 2d 330, 333 (D.D.C. 2006); Students Against Genocide v. Dep't of State, 257 F.3d 828, 837 (D.C. Cir. 2001) ; Halperin v. CIA, 629 F.2d 144, 148 (D.C. Cir. 1980); Bowers v. DOJ, 930 F.2d 350, 357 (4th Cir. 1991); Doherty v. DOJ, 775 F.2d 49, 52 (2d Cir. 1985); Taylor v. Dep't of the Army, 684 F.2d 99, 109 (D.C. Cir. 1982); Azmy v. DOD, 562 F. Supp. 2d 590, 597 (S.D.N.Y. 2008), y ACLU v. DOJ, 429 F. Supp. 2d 179, 188 (D.D.C. 2006). No hemos encontrado casos de testimonios de ex agentes que aparezcan despreciados. La referencia ha sido tomada de López Ayllón y Posadas, op.cit., 2007.

<sup>124</sup> Nat'l Sec. Studies v. DOJ, 331 F.3d 918, 928 (D.C. Cir. 2003), citando el caso CIA v. Sims, 471 U.S. 159, 179 (1985).

- **Daño Probable.** Los tribunales han aceptado como suficiente la amenaza de daño, aceptando que se trata de un juicio especulativo, que no necesita demostrar daño actual o inminente.<sup>125</sup>

Ya hemos señalado que, en el caso de la **legislación inglesa**, la seguridad nacional constituye una causal de excepción, que requiere ser balanceada en relación a los beneficios que la divulgación pueda producir para el interés público y que, además, requiere una prueba de daños, salvo que se trate de información por o relativa a órganos encargados de asuntos de seguridad. Hemos anotado también que la reglamentación de esta causal exige que la excepción aparezca requerida con el propósito de salvaguardar la seguridad nacional; que la autoridad pública requerida es quien debe demostrar el efecto dañino de divulgar la información. Agregamos ahora que el estándar para juzgar la probabilidad del daño, exige al menos que las posibilidades de su ocurrencia sean mayores que la hipótesis contraria; que el daño no debe ser trivial, y que la autoridad pública debe suministrar evidencia de todo ello, no siendo suficientes opiniones meramente especulativas. De ese modo, valga subrayar, una vez más que para la legislación inglesa el secreto o reserva no procede simplemente porque la información se relacione con la seguridad nacional, sino que ella sea requerida, con los estándares ya anotados, para salvaguardarla. La guía del Comisionado para la Información Pública, ya citada anteriormente agrega que la expresión "requerida" quiere decir "razonablemente necesaria"; lo que implica un estándar inferior a vital, pero ciertamente superior a útil o conveniente. También reitera, en relación específica a esta causal que los funcionarios públicos deben mostrar evidencia de que la divulgación de la información en cuestión represente una amenaza "real y específica" a la seguridad nacional. Agrega esta misma guía que la explicación de los funcionarios públicos no debe ser tanta que exija o equivalga a la divulgación misma de la información en cuestión, pero que debe ser la máxima posible.

En un caso que afectaba la seguridad nacional, en que se trató precisamente de la posibilidad de conocer un borrador que aparecía

---

<sup>125</sup> Véase Halperin v. CIA, 629 F2d 144, DC Cir., 1980.



entre los antecedentes que habían conducido a Inglaterra a la guerra de Irak, y que terminó fallado a favor de su publicidad, la Corte precisamente aplicó los criterios que venimos señalando, subrayando, entre otros, la importancia que el caso habría tenido la falta de evidencia suministrada por el gobierno para sustentar la alegación de daño a la seguridad nacional. De igual modo, resulta interesante verificar como, en el caso, la Corte valoró el interés público en su conocimiento, fundado en la importancia del debate público acerca de las razones que habían llevado y podían continuar legitimando la presencia de tropas inglesas en la guerra en Irak.<sup>126</sup>

En la **legislación Irlandesa**, el Freedom of Information Act de 1997 también contempla la seguridad nacional como causal de reserva de documentos. Al igual que en el caso de los Estados Unidos de Norte América, la legislación contempla una serie de numerales que especifican documentos que deben considerarse de seguridad nacional, pero ello sólo constituye el primer paso, pues quien niega acceso al documento debe “demostrar haber considerado la expectativa razonable a la seguridad del Estado, su defensa, las relaciones internacionales o las cuestiones relacionadas con Irlanda del Norte. Este perjuicio implica la determinación del daño potencial, como primer paso, y la evaluación de la expectativa razonable de que se produzca tal daño.”.<sup>127</sup> “Un tomador de decisiones debe primero identificar el daño potencial ... que protege la excepción ... y una vez identificado tal daño, considerar la racionalidad de cualquier expectativa de que el daño ocurra.”.<sup>128</sup> Como puede verse, al test de daño y ponderación, los Irlandeses han agregado criterios análogos a los de los Estados Unidos de Norte América respecto a la necesidad de acreditar un daño

---

<sup>126</sup> El caso, conocido como “Irak Case” se inició con un requerimiento de febrero de 2005 efectuado por el señor Christopher Ames, rechazado en mayo de ese año, reclamado ante el Comisionado para la Información el 9 de septiembre del mismo año y que resultó apelado el 30 de mayo de 2007. El fallo puede ser consultado en [http://www.informationtribunal.gov.uk/Documents/decisions/fco\\_decision\\_website.pdf](http://www.informationtribunal.gov.uk/Documents/decisions/fco_decision_website.pdf).

<sup>127</sup> López-Ayllón y Posadas, op. cit., 2007, página 42. En la página 41, los mismos autores informan que el test más habitual que debe pasar la probabilidad de ocurrencia del daño es el de una expectativa razonable de que la publicidad pudiera causar daño, pero que hay casos excepcionales que exigen de otros estándares.

<sup>128</sup> Ibid, página 45.

específico como probable y descomponiendo también la seguridad de la Nación en aspectos que, a diferencia de Chile, son tratados como un requisito copulativo y entre los que incluyen las relaciones internacionales y excluyen cuestiones de persecución criminal, sea de delitos comunes, como ocurre con la seguridad pública, sea que aludan a delitos de motivación política, como los que alteran el orden público.

En la legislación mexicana de 2002, el test de daño a la seguridad nacional, a la defensa o a las relaciones internacionales exige de elementos objetivos que den cuenta del daño, el que debe ser presente, probable y específico.<sup>129</sup>

#### **D. Conclusiones de este apartado IV.**

- Construir un concepto de seguridad de la Nación es indispensable. Si bien el test de daños y el juicio de proporcionalidad pueden ayudar, ellos no resultan suficientes y, lo que es más importante, necesitan operar con una noción de seguridad de la Nación, pues esas cuestiones metodológicas no dicen nada acerca de qué es lo que debe quedar dañado, ni establecen cuales son los bienes que debe de ponderarse en relación con el libre acceso a la información. Se necesita igual entonces razonar acerca del significado de este concepto, al interior de la institucionalidad del que forma parte.
- Determinar los límites conceptuales de la “seguridad de la Nación” resulta particularmente problemático. La historia fidedigna del establecimiento de la norma no aporta mayores elementos. La literatura chilena que se refiere específicamente a estos términos empleados en el artículo 8° de la Carta Fundamental y en el numeral 3) del artículo 21 de la Ley 20.285 es escasa. Los esfuerzos de los únicos autores consultados que lo han abordado dan razones semánticas para alejarse de la noción de “seguridad nacional”; pero no logran construir un concepto de “seguridad de la Nación” que acote su significado.
- La doctrina constitucional más reputada o la oficial producida en democracia respecto del concepto de “seguridad nacional”

---

<sup>129</sup> López-Ayllón et al. op. cit. (2007), página 56.

argumenta convincentemente acerca de la necesidad de subordinar esta noción a la de bien común, mismo que debe ser definido por medios democráticos, pero reconoce la amplitud del concepto, abarcando cuestiones tales como el desarrollo económico y la cohesión social.

- Adherir al concepto que la doctrina, aún la democrática, ha dado al término “seguridad nacional” implica constituir una causal de reserva de tal amplitud que resulta intercambiable por el de interés público o nacional y, en verdad no quiere decir más que “aquello que conviene al país”, lo que equivale a entregar a su intérprete un amplísimo campo; y, lo que parece más grave, abrir una puerta para que avance e imponga, contra principios democráticos, su propia concepción de lo que conviene al país.
- Mientras el legislador no defina el concepto de seguridad de la Nación a términos más acotados, resulta imposible evitar el riesgo señalado para quienes deben interpretar y aplicar este concepto tan indeterminado. Sólo parece posible aspirar a reducirlo.
- La reducción del concepto, argumentada en base a los valores democráticos de igual dignidad de toda persona, seguridad jurídica y vigencia del derecho y no de la discreción, nos lleva a conceptualizarlo como afectación de la fortaleza bélica y de relaciones exteriores necesaria para que no se arriesgue la integridad del país frente a amenazas externas. Nos parece que los aspectos de desarrollo económico, cohesión social y demás que típicamente se le vinculan son factores que inciden en la seguridad de la Nación, pero no lo hacen directa, sino indirectamente y deben ser descartados.
- El concepto de defensa nacional aludido en el artículo 21 de la Ley 20.285, entendido en armonía con la Carta Fundamental, reafirma esta interpretación.
- En lo que toca a las cuestiones de orden y seguridad públicas mencionados en el numeral 3 del artículo 21, los juzgamos como una redundancia innecesaria de la Ley, pues en contra de esas cuestiones sólo puede atentarse con la comisión de delitos, materia

cuya prevención, investigación y persecución puede ameritar casos de reserva ya contemplados en el numeral 1, letra a) del artículo 21 de la Ley 20.285.

- No nos parece posible hacer una interpretación del artículo 436 del Código de Justicia Militar que sea, a la vez, fiel a sus propios términos y conforme a la Carta Fundamental.
- Si se busca en el derecho comparado, varios sistemas, particularmente el de los Estados Unidos de Norte América y con la sola excepción conocida del derecho inglés, exigen no sólo acreditar que la divulgación de los antecedentes dañe la seguridad nacional, sino además que los antecedentes refieran o pertenezcan a campos taxativamente determinados, únicos en los cuales es posible entender afectado ese valor. En los Estados Unidos, esos campos son únicamente algunos taxativamente enumerados relacionados con la defensa exterior y las relaciones exteriores. Análoga situación ocurre en el derecho irlandés.
- En el derecho de los Estados Unidos de Norte América, la reserva de un documento exige identificar que se encuentran especialmente autorizados bajo alguno de los criterios establecidos en la Orden Ejecutiva (presidencial) para mantener el secreto, en interés de la seguridad nacional, entendida ésta sólo referida a la defensa o a las relaciones exteriores de los Estados Unidos; dar razones específicas para entender que los antecedentes han sido adecuadamente reservados bajo un criterio establecido en la Orden Ejecutiva (presidencial); convencer que razonablemente pueda estimarse que la divulgación no autorizada de la información produzca daños en la seguridad nacional, la magnitud del cual determina el grado y duración del secreto, y además, acreditar que la información se refiera o concierna a algunas de las categorías descritas en la Orden Ejecutiva vigente. Fuera de estos 8 campos no es posible alegar siquiera que pueda ocurrir un daño a la defensa o a las relaciones exteriores y consecuentemente no puede decretarse el secreto o reserva en nombre de la seguridad nacional.

- En cuanto a los criterios argumentativos específicos a esta causal en el derecho comparado, hemos destacado la legislación de los Estados Unidos de Norte América, país en el que se exige que esta causal se invoque de buena fe, cuestión que se presume legalmente, y la Administración debe dar razones específicas, objetivamente razonables y plausibles sobre el daño probable que se alega. Cumplido lo anterior, los Tribunales han sido deferentes con las razones dadas por la Administración para juzgar la probabilidad de un daño a la seguridad, asignando a sus razones un valor alto y sustancial.
- Otros sistemas aportan igualmente criterios argumentativos aplicables a esta causal. Las instrucciones empleadas por el Comisionado inglés son particularmente ricas en establecer estándares de probabilidad y en especificar factores que debieran considerarse en el test de ponderación.

## **V. El interés nacional y los conceptos contenidos en el numeral 4) del artículo 21 como límites del derecho de acceso a la información.**

El presente apartado busca atribuir un sentido y alcance a la expresión "interés nacional", que emplean los artículos 8º de la Carta Fundamental y 21, número 4) de la Ley de Transparencia, así como referirse al sentido que, en relación al anterior concepto, tienen los términos salud pública, relaciones internacionales e intereses económicos y comerciales del país, empleados en el mismo precepto legal citado. Para ello, el apartado se organiza del siguiente modo: En primer lugar, tratará el significado que la expresión "interés nacional" tiene en el derecho chileno, particularmente el que le ha atribuido la historia fidedigna de su establecimiento, la jurisprudencia y la doctrina referida a los 2 preceptos ya aludidos, así como la doctrina más influyente que ha tratado de explicar el alcance del mismo término en cuanto es usado en otras partes de la Carta Fundamental. En el apartado siguiente (B), se revisará si existe alguna causal análoga en el derecho comparado, cuyo tratamiento en él pueda ayudar a discernir su significado. Enseguida, bajo el epígrafe C, se abordará el auxilio que pueden prestar las materias o áreas a que se refieren en el numeral 4) del artículo 21 de la Ley de Transparencia y el sentido que pueden tener en relación al "interés nacional". El siguiente (D) se referirá en particular a cada una de las materias indicadas en el numeral 4) del artículo 21, procurando dar cuenta de lo que, sobre ellas haya dicho la jurisprudencia y la utilización que a ellas o a expresiones análogas, les han dado algunos sistemas comparados. Bajo la letra E se reseñarán, finalmente, algunas conclusiones.

No está de más recordar que esperamos que lo dicho en el apartado III sea de ayuda para acotar tanto este término como el de la seguridad nacional.

### **A. El concepto de interés nacional en el derecho chileno.**

#### **1. Historia fidedigna.**

Al igual que en el caso de la seguridad de la Nación, el concepto de interés nacional fue incorporado como una causal de limitación al

libre acceso a la información sin mayor debate parlamentario acerca de su significado o alcance, ni la primera vez en que ello ocurrió, por medio de la Ley Nº 19.653, que consagró el principio de transparencia y, entre otras, esta limitación, respecto de la publicidad de los actos de la Administración del Estado en la Ley de Bases respectiva; ni cuando se reformó el artículo 8º de la Carta Fundamental; ni al dictarse la Ley 20.285. En toda la tramitación de estos tres cuerpos normativos hay varias alusiones que reconocen y manifiestan preocupación por el carácter abierto o indeterminado de esta y de otras causales, las que ya han sido referidas en el apartado III que antecede. Al incorporarlas en la reforma constitucional, estas aprehensiones por la vaguedad de la expresión fueron respondidas con palabras tranquilizadoras, en el sentido que sería el propio legislador quien señalaría los casos en que el acceso a la información podría limitarse en conformidad a esta causal.<sup>130</sup> Paradójicamente, nada de eso fue recordado por los legisladores al limitarse, en la Ley 20.285, a repetir esta vaga causal constitucional en la ley, transformándola de motivo genérico habilitante de legislación, función en la que podía justificarse su indeterminación, a caso de excepción legal que pueden y deben emplear diversos operadores jurídicos. Mientras el legislador no decida especificarla y la regla del artículo 21 permanezca vigente,<sup>131</sup> las autoridades llamadas a interpretar esa norma gozan de una discreción que, por las mismas razones anunciadas en el acápite I A, y desarrolladas, a propósito de la seguridad de la Nación al finalizar el apartado IV A, sólo que ahora incluso en mayor grado, resulta difícil de compatibilizar con los ideales democráticos de soberanía popular, igualdad ante la ley y vigencia de un Estado de Derecho. Veremos si la jurisprudencia o la doctrina nos ayudan a dar un significado común al término y, por esa vía, disminuir tan negativos grados de discreción.

---

<sup>130</sup> Véanse las expresiones del Senador Viera Gallo y del Ministro del Interior transcritas en el Apartado II, letra A.

<sup>131</sup> Repetimos, a propósito de esta causal, las dudas de constitucionalidad señaladas en la letra A el apartado II, en que señalamos que, conforme a la doctrina sustentada por el Tribunal Constitucional, lo que la Carta Fundamental reserva al legislador, debe ser tratado por éste con suficiente determinación y especificidad y no puede ser delegada su regulación, sin más, a fuentes infra legales, como lo son las decisiones particulares de los jefes de servicio que deben aplicar la norma, el Consejo para la Transparencia o los Tribunales Superiores de Justicia.

## 2. Doctrina.

La doctrina no ayuda mayormente en esta empresa. Desde luego, no hemos encontrado ningún texto que aspire a definir los contornos del término que nos ocupa, en cuanto es empleado como límite al libre acceso a los actos y resoluciones de los órganos del Estado. En efecto, entre quienes han escrito sobre el acceso a la información y sus límites, sólo hemos encontrado repetido una y otra vez el calificativo de que el interés nacional es un concepto indeterminado.<sup>132</sup>

El mismo concepto es empleado en otras tres normas de la Constitución, mientras una cuarta menciona a los intereses generales de la Nación.<sup>133</sup> Nos referimos al numeral 16 del artículo 19 de la Carta Fundamental, donde se faculta al legislador, cuando así lo exija el interés nacional, a prohibir alguna clase de trabajo; el numeral 23 del mismo artículo, en que nuevamente las exigencias del interés nacional habilitan al legislador (mediante ley de quórum calificado) a establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes. La tercera situación en que aparece el término "interés nacional" es en el inciso tercero del artículo 19, número 24 de la Constitución, en que, una vez más, es tratado como una causal para que el legislador pueda disponer limitaciones o restricciones a un derecho, en este caso, la privación del de propiedad por medio de autorizar la expropiación. La expresión análoga de "intereses generales de la Nación" es, a su vez, utilizada en el inciso primero del numeral 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental, como una de las cuatro cuestiones que comprende la función social de la propiedad, misma que, en ese precepto, permite al legislador establecer limitaciones y obligaciones a ella. Como puede apreciarse, en los cinco casos en que la Constitución usa tan indeterminado e impreciso concepto es para habilitar al legislador y sólo a él (y en algunos casos sólo por mayoría calificada) a restringir o limitar el ejercicio de un derecho o a privar a

---

<sup>132</sup> No es otra cosa la que puede encontrarse en los artículos señalados en nota 9 y 13. Tan sólo Miguel Ángel Fernández agrega algo más: un resumen del fallo de la Corte Suprema en la causa 1380-07, al que aludiremos más adelante.

<sup>133</sup> En el artículo 19, números 14 y 24, inciso séptimo se emplea la expresión "interés público", que no nos parece coincidente con el que ahora nos ocupa.



alguien del mismo. En ninguno de esos casos autoriza a autoridades no elegidas o subordinadas al legislador a disponer de un derecho individual en su nombre, como ocurre, a partir de su repetición en el numeral 4) del artículo 21 de la Ley 20.285, en que, en los hechos, permite a los jefes de servicio, al Consejo para la Transparencia y a las Cortes de Apelaciones a invocar tan genéricos términos para limitar el derecho de acceso a la información.

La doctrina sí ha tratado el concepto de interés nacional en cuanto aparece mencionado en las normas referidas, distintas al artículo 8º de la Constitución y 21 de la Ley 20.285. Como veremos, los esfuerzos parecen haberse encaminado a poner un límite negativo a las casi infinitas posibilidades de expansión del término, subrayando que, en su nombre sólo pueden invocarse los intereses generales de toda la población; aunque ni siquiera en esto es unánime la doctrina. La más influyente de estas obras parece ser la de Enrique Evans, por haber sido recogida y hecha suya por el Tribunal Constitucional en uno de sus fallos. En su libro, Evans parece plenamente consciente de la indeterminación del término y del consiguiente poder discrecional de quien puede emplearlo para limitar un derecho, y –suponemos por ese motivo– advierte, al tratar este concepto a propósito de la función social de la propiedad, que no puede servir para avanzar cualquier interés, sino los superiores de toda la comunidad, globalmente considerados. Vale la pena citar sus términos extensamente:

*“No puede transformarse el concepto de intereses generales de la nación en un pozo sin fondo donde caben todas las restricciones que el legislador quiera imponer a la propiedad. ‘Los intereses generales de la nación’ expresan un bien jurídico que se relaciona directamente con la Nación toda, entera, y jamás, por importante que sea, con un sector de ella, y que se relaciona, básicamente, con el beneficio superior de la sociedad política globalmente considerada, como un todo, sin referencia alguna a categorías o grupos sociales, económicos o de cualquier otro orden. Verificar la concurrencia de los elementos que hacen inobjetable una vinculación con los intereses generales de la Nación, implica apreciar, primero por el legislador y luego por los tribunales encargados de asegurar la supremacía constitucional, si existe una exigencia real y actual de la subsistencia, del*

*desarrollo integral o del progreso de la Nación entera o un requerimiento de soberanía en lo económico, social o cultural. Para regular otros frentes de problemas que surjan en la sociedad civil, como los que señalamos al nombrar algunos bienes jurídicos no comprendidos en la concepción de 'intereses generales de la Nación', el legislador podrá adoptar otras medidas; pero nunca podrá, de manera jurídicamente inobjetable, asilarse en un pretendido interés general para gravar el dominio privado con obligaciones o limitaciones que el constituyente de 1980 quiso, deliberadamente, hacer procedentes sólo por vía muy excepcional."*<sup>134</sup>

Cea, por su parte, también a propósito de la función social de la propiedad, nos dice que éste término comprende "cuanto convenga o beneficie al país en su conjunto", aunque agrega –en lo que toma distancia de Evans, a nuestro juicio acertadamente- que aquello que beneficia al país en su conjunto puede "referirse a sectores de su población, áreas de actividad o zonas geográficas específicas o determinadas dentro de él."<sup>135</sup>

Como puede apreciarse, la doctrina no define más que en términos vagos, el concepto, anotando que los intereses nacionales deben de convenir a toda la comunidad y no sólo a una parte de ella, aunque la norma sí puede referirse –según algunos- a una parte de la población. Ningún autor de los más renombrados se anima a definir que sea aquello que convenga a la comunidad toda.<sup>136</sup> A nuestro parecer, hacen bien en no intentarlo, pues precisamente en una sociedad democrática, lo que conviene a la comunidad, sus intereses

---

<sup>134</sup> Enrique Evans, op.cit. , Tomo I, págs. 235 y 236.

<sup>135</sup> José Luis Cea, op.cit. Tomo II, página 538. En el plano político, compartimos con este autor que algo que demanda el interés general de la Nación puede beneficiar directamente sólo a un grupo, como cuando se usan los tributos para redistribuir los ingresos a favor de los más pobres.

<sup>136</sup> Además de los dos referidos en el texto, hemos revisado la obra de Verdugo, Pfefer y Nogueira, ya citada, y que, en esta materia, se limitan a parafrasear a Evans. El tratado, en 3 volúmenes, de Humberto Nogueira, "Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales", Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2008, no ha abordado, hasta la fecha, el derecho de propiedad, ni trata esta causal en el derecho a la información. Alejandro Silva no ha tenido oportunidad de tratar esta cuestión en su Tratado de Derecho Constitucional, de los que ha publicado hasta el Tomo XII, inclusive, sin abordar aún las garantías constitucionales que pueden ser restringidas o limitadas por esta causal.

(superiores o inferiores) sólo puede ser definidos por el legislador, y resulta contrario a la soberanía popular y a la igual dignidad de toda persona, que tales intereses intenten ser definidos –globalmente o en un caso, como puede ser para limitar el ejercicio de un derecho, incluido el de acceso a la información- por autoridades que no detentan representación popular ni tienen responsabilidad política. Lo dicho es congruente con el uso que, de estos términos, hace la Carta Fundamental, pues en ella es siempre una causal habilitante de decisiones discrecionales del legislador, pero no de autoridades inferiores. Nos parece que el único modo en que las autoridades inferiores pueden reconocer cuáles son las cuestiones que interesan a la comunidad toda, a la Nación toda, es que esos fines puedan reconocerse como tales en la propia institucionalidad; sólo que entonces, dejan de ser algo tan indeterminado como los intereses nacionales, para convertirse en tal o cual principio del derecho, tal o cual bien jurídico determinado, que reconocemos no porque parezca al particular juzgador que interesa a la comunidad toda, sino porque la comunidad toda, a través de los órganos que la representan, los ha erigido como fines comunes del quehacer público.

### **3. Jurisprudencia.**

No hemos encontrado jurisprudencia que nos ayude a fijar contornos de alguna especificidad al concepto de interés nacional. Sólo referencias o repeticiones de la doctrina que ya hemos registrado.

En efecto, el texto que hemos transcrito de Enrique Evans fue citado literalmente por el Tribunal Constitucional en la causa rol 334 para dictar sentencia el 21 de agosto de 2001, en que acogió un requerimiento de senadores de oposición y declaró contrarios a la Constitución algunos preceptos de un proyecto de ley que pretendía limitar derechos de propiedad relativos a rentas vitalicias. La sentencia pareció aceptar que tales limitaciones irían en beneficio de los afiliados, en caso de padecer ciertos siniestros, pero destacó que sus intereses no eran los de la Nación toda. El voto de minoría explicó que las limitaciones a la propiedad estaban legitimadas en el interés de garantizar el derecho a la seguridad social de los afiliados, cuestión que era de interés nacional. Más allá de la cita de Evans, la sentencia

no se explaya en el concepto de interés nacional que debió aplicar. El voto disidente tiene la virtud de permitirnos comprender mejor lo que estuvo en ese debate, aunque el fallo no abunda en explicaciones acerca de cómo es que el legítimo interés a la seguridad social de un grupo, no podía considerarse como de interés nacional para efectos de limitar el derecho de propiedad. No estamos seguros de poder afirmar que, en la doctrina del Tribunal Constitucional, para que un interés se constituya en nacional, no sólo debe tratarse de un bien común, sino también –como sostiene Evans y discute Cea- referirse o concernir a toda ella. La falta de mayores explicaciones del fallo, lo estrecho de la votación y los cambios en la integración del Tribunal nos hacen dudar de sacar conclusiones muy definitivas.

En el ámbito más específico del interés nacional como límite al derecho de acceso a la información, conocemos dos fallos. El primero, dictado por la Corte Suprema el 3 de julio de 2007, antes de la vigencia de la Ley 20.285, no intenta conceptualizar el interés nacional, a pesar de habersele invocado por el Ministerio de Relaciones Exteriores como única razón para denegar la entrega de la información que se requería. Por tratarse de un caso que concernía las relaciones internacionales de Chile, lo mencionaremos más extensamente al tratar sobre ese ámbito, en el acápite signado con la letra D, número 2, que sigue. El segundo, es una decisión del Consejo para la Transparencia en el Amparo Rol A-19, resuelto el 7 de julio de 2009, en el cual el Instituto Nacional de Estadísticas alegó que no debía darse a conocer la información de variación de empleo durante meses individuales, los que sólo servían a ese organismo para construir variaciones durante trimestres móviles, pues ello constituiría –entre otras cosas- la difusión de antecedentes estadísticos que no cumplirían con los estándares de confiabilidad a que el INE se encontraba obligado, lo que generaría “incertidumbre y desconfianza al mercado en general”, dañaría la credibilidad de la institución, “y finalmente habría una afectación a la estabilidad financiera, económica e incluso monetaria del país.”. Esta alegación fue hecha por el INE invocando la causal de interés nacional.<sup>137</sup> El Consejo terminó por desechar estas

---

<sup>137</sup> Así se consigna en la parte expositiva del fallo del Amparo A-19, numeral 4), letra c., sección i.

alegaciones, señalando que la información existía y que, de darse a conocer, ello contribuiría al control social, sin constituir información estadística oficial, por lo que el daño alegado no se verificaría. De ese modo, el Consejo no tuvo necesidad de definir el alcance del concepto de interés nacional que se había invocado como afectado. El fallo si deberá analizarse por la relación que el Consejo estableció entre el valor de la estabilidad financiera y económica alegada y el interés nacional, razón por la cual será tratado en el apartado B. que sigue. Aquí, sólo vale la pena registrar que no contribuyó a dar alguna densidad conceptual al término que nos ocupa.

### **B. Causales análogas en el derecho comparado.**

A diferencia de lo que ocurrió con la seguridad nacional o de la Nación, en que el derecho comparado e internacional contempla motivos de reserva de la información en idénticos o análogos términos, no hemos encontrado en el derecho comparado ninguna causal tan indeterminada como a que ahora nos ocupa.

Entre las causales que contempla la legislación de **los Estados Unidos de Norte América** para legitimar la reserva de antecedentes, se encuentra el daño que su divulgación pueda ocasionar a la seguridad nacional, siempre que ellos conciernan, como hemos dicho, a las relaciones exteriores de los Estados Unidos o a su defensa, incluido la defensa contra el terrorismo transnacional. Por su parte, la excepción 8 de la FOIA, permite proteger informes preparados por, a encargo de, o para el uso de una agencia regulatoria o supervisora de instituciones financieras y alguna información vinculada con ellos. Como puede apreciarse, ésta es un excepción que pertenece al género del interés nacional, aunque mucho más específica que tal concepto, o incluso que aquella que particularmente señala el numeral 4) del artículo 21, referida a los intereses económicos o financieros del país. Allí será mencionada. No hay, en los Estado Unidos ninguna causal análoga a la del interés nacional y nada que siquiera se le acerque en términos de indeterminación.

En Europa, tanto en Inglaterra, como respecto del acceso a los acuerdos, deliberaciones y documentos de los órganos de la

Comunidad Europea, existen normas que contemplan como causal de reserva el daño que la divulgación pueda ocasionar al interés público, pero, en ambos casos se añaden listados taxativos de las áreas precisas del interés público cuyo daño puede motivar la reserva. Así, la FOI, que rige los documentos producidos por los órganos de gobierno de la Comunidad Europea, dispone que esos órganos deberán negar el acceso a un documento cuando su divulgación dañe la protección de los intereses públicos en materia de seguridad pública, defensa y asuntos militares, relaciones internacionales, la política financiera, económica o monetaria de la Comunidad o de alguno de sus miembros.<sup>138</sup> Como puede apreciarse, en esa instancia, el interés público no es en sí misma una causal, sino que su afectación es un requisito copulativo a otras causales más específicas contempladas en la misma legislación y del todo inseparable con aquella y no es, como ocurre en Chile, una causal autónoma e independiente.<sup>139</sup>

Tampoco encontramos alguna causal así de indeterminada en el derecho irlandés.

De modo análogo a la regulación de la Comunidad Europea, en el derecho mexicano existe una causal tan genérica como la chilena, cual es la de la seguridad pública, pero ella queda especificada en los casos de seguridad nacional, relaciones internacionales, estabilidad financiera y económica y otros.<sup>140</sup>

El derecho comparado entonces, por no contener causales idénticas o análogas, no nos es de utilidad para buscar significado a la expresión "interés nacional", como límite al derecho de acceso a la información.

---

<sup>138</sup> En el idioma inglés, el artículo 4.1 letra (a) establece: "Article 4 Exceptions 1. The institutions shall refuse access to a document where disclosure would undermine the protection of: (a) the public interest as regards: public security, defense and military matters, international relations, the financial, monetary or economic policy of the Community or a Member State; ...".

<sup>139</sup> Como ya creemos haber acreditado en el apartado III y reiteraremos, no resulta posible entender que el listado contenido en el numeral 4) del artículo 21 cumpla la función de ser una lista taxativa de bienes que deben ser afectados para considerar dañado el interés nacional.

<sup>140</sup> Así me parece entenderlo de lo que señalan López Ayllón y Posadas, en la página 50 del texto ya referido y de la lectura de los artículos 13 y 14 de la IFAI.

**C. Utilidad de la enumeración particular del número 4) del artículo 21 de la Ley 20.285 para dar significado al concepto de interés nacional. Mención a la regla del inciso tercero del artículo 22.**

De modo análogo a lo que ocurre con la seguridad de la Nación, el numeral 4 del artículo 21 de la Ley N° 20.285 reitera la causal constitucional, ahora ya no para habilitar en su nombre al legislador para establecer casos de secreto, sino como un caso que justifica el secreto o reserva de actos y resoluciones de los órganos del Estado. Los términos del precepto son los siguientes:

“Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información son las siguientes:

...

4. 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.

No parece necesario repetir los ejercicios de interpretación realizados en el apartado III, letra D para concluir, al igual como hicimos allí, lo siguiente:

- a) El sentido de la norma y su interpretación conforme a la Constitución nos llevó a concluir que el hecho que un acto o Resolución pertenezca a un campo de los indicados en el numeral 4) del artículo 21 de la Ley de Transparencia, no es suficiente para decretar su reserva, pues no exime realizar un test de daños a la seguridad de la Nación, ni un ejercicio de ponderación. La pertenencia de un antecedente a estos campos no permite concluir siempre y necesariamente que su divulgación afecte el interés nacional.
- b) La construcción sintáctica del precepto y la expresión “particularmente” nos llevó a concluir que tampoco el listado puede cumplir la función –que típicamente listas análogas cumplen en el

derecho comparado- de ser un requisito adicional al de la afectación del valor, en este caso del interés nacional, constituyéndose en las áreas a las cuales un documento debe pertenecer para entrar a considerar siquiera un posible daño al bien valioso.

- c) El carácter no taxativo del listado nos llevó a descartar su entendimiento como una especificación del interés nacional, pues ello sólo puede ser hecho por la ley.
- d) Entendimos que los casos que listan los numerales 3 y 4 del artículo 21 no tienen la función de añadir una exigencia temática al daño o establecer exclusiones, sino la más modesta de auxiliar la argumentación en los casos en que se invoque que la publicidad dañaría el interés nacional. Si se invoca que un documento se refiere a una de estas áreas, entonces debe facilitarse la convicción de que su publicidad pueda afectar el interés nacional, y, a contrario sensu, deben exigirse estándares argumentativos más altos cuando se alegue un daño a esos bienes, sin que el antecedente se refiera a alguna de esas áreas o materias.

Con todo, deben ser analizadas dos particularidades de este numeral 4) que no fueron registradas cuando tratamos de las dos causales, por no encontrarse presentes en ambas:

En primer lugar, la voz "si se **refieren** a", aparece en este numeral usada en el plural, a diferencia del numero 3, donde es usada en el singular. Nos parece que este uso del plural pone una cierta duda que las palabras en cuestión aludan al término "información", como concluimos antes, pues "la información" no es una pluralidad, a pesar de poder estar conformada por un conjunto de actos, resoluciones o documentos. Como se recordará, del hecho de que la voz "se refiera" aludiera a la información, concluimos que la misma no calificaba al daño, y por ende, argumentamos que el listado que se enumeraba aludía a campos o materias a los que la información que se trataba de difundir o reservar podía aludir y no a lo que podía resultar dañado o afectado. El uso del plural que anotamos, aunque plantea una duda al respecto, tampoco permite sostener la hipótesis contraria que hemos descartado, pues la afectación de algún bien tampoco es



una cuestión que pueda ser referida en plural. No podemos avizorar el uso de este plural sino como un error gramatical del legislador.

El debate no resulta relevante si lo afectado con la divulgación de un acto o documento en materia de relaciones internacionales son la integridad territorial de Chile; la interpretación o el cumplimiento de un tratado internacional suscrito por Chile en materia de límites; la defensa internacional de los derechos de Chile o la política exterior del país de manera grave; pues en cualquiera de estos casos, en razón de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 22 de la Ley 20.285, cabe decretar una reserva o secreto de tales documentos, de manera indefinida. Los términos del artículo 22 referido dejan en evidencia que estos no son campos, que en la especie lo es la defensa nacional, sino bienes cuya afectación permite decretar la reserva.

Más dudas plantea el uso de las locuciones "intereses" y "del país", que califican a las voces "económicos o comerciales". ¿Permite ello entender que en estos dos casos el legislador ha aludido a dos bienes que pueden ser dañados (los intereses económicos o comerciales del país) y no a dos áreas a las que pueden pertenecer los antecedentes? Nos parece que esta es una duda razonable y que ambas interpretaciones son posibles. La primera, a favor de la cual nos parece que hay argumentos lingüísticos más convincentes, sostendría que los intereses económicos o comerciales del país no son sino campos o áreas a los que puede pertenecer un antecedente o información para entender particularmente que su divulgación pueda afectar el interés nacional. Esta tesis se funda en la construcción sintáctica de la frase, en el significado de las palabras "si se refieren a", a las que no cabe dar otro significado y a que ese es el sentido que debe atribuirse a los demás casos incluidos en el listado de los numerales 3) y 4) del artículo 21 en comento. Esos parecen razones irredargüibles, pero no se compadecen con las voces "intereses del país", que más parecen aludir a bienes que a campos o áreas. La segunda inteligencia del precepto tiene que olvidarse de las expresiones "se refieren a" y concentrarse en las palabras "intereses del país", para sostener que estamos frente a bienes cuyo daño debe considerarse que afecta el interés nacional.

Ésta última, la interpretación que nos parece más débil desde un punto de vista de la construcción semántica y sintáctica de la norma, es la que parece haber endosado el Consejo para la Transparencia en la decisión de julio de 2009 en el Amparo Rol A-19 a que nos hemos ya referido. Como dijimos, en esa oportunidad, el Consejo, siguiendo en esto la lógica que había empleado el INE, aunque no sus conclusiones, estimó que no era cierto, como sostenía ese organismo, que la divulgación de cierta información pudiera dañar el interés económico del país y, como consecuencia de ello, el interés nacional. Ese razonamiento implicó tratar a los intereses económicos como un bien, componente del interés nacional y no como un campo o área al que la información podía referirse. El considerando 8° de la decisión que venimos comentando reza literalmente: “En efecto este Consejo Directivo no ve cómo la publicidad de estos datos **podría afectar el interés económico del país y, como consecuencia, el interés nacional**, según afirma la respuesta del traslado por lo que no da por acreditada de manera fehaciente tal circunstancia.”. (énfasis añadido). Como diremos al concluir, este modo de entender el listado del numeral 4) del artículo 21, aunque se aviene menos con la semántica y sintáctica de artículo 21 numero 4) y deja sin aplicar el concepto de interés nacional (pues bastaría el daño vicario a los intereses económicos del país para considerar que se le afecta), parece un modo de escapar a la “insoportable” discreción con que queda el intérprete ante la noción de interés nacional.

Esta interpretación aparece así como una manera (poco compatible con el lenguaje del artículo 21) de renunciar a dar un contenido al interés nacional y entenderlo afectado sólo si es que se puede considerar que ha ocurrido otro tanto con los intereses económicos o comerciales del país.

#### **D. Tratamiento particular de las materias especificadas en el numeral 4) del artículo 21 de la Ley 20.285.**

Como ya se consignó, el numeral 4 del artículo 21, contempla tres campos: el de la salud pública, el de las relaciones internacionales, y el de los intereses económicos o comerciales del país. Trataremos por separado cada uno de ellos, mencionando, en su caso, las sentencias

que puedan haberse referido a ellos y haciendo un paralelo con el derecho comparado.

## **1. La Salud Pública.**

La referencia hecha en el numeral 4 a la salud pública nos ha servido como un ejemplo paradigmático para sostener que la inclusión de una clase de información en el listado, no puede estimarse como razón suficiente para dar por afectado el valor constitucional que ha permitido traerla a colación, en este caso, el interés nacional y ni siquiera para presumir ese daño. Es fácil pensar en información relativa a la salud pública cuya difusión resulta beneficiosa, si no indispensable para mantener a la población sana, que parece ser el valor que interesa a la Nación toda. Por el contrario, resulta difícil pensar en información relativa a la salud pública cuya difusión dañe el interés de la población. Recuérdese que hemos descartado, con total claridad en este caso al menos, que la alusión a la salud pública tenga por función llevar a quien debe resolver acerca de la publicidad de un acto o antecedente, a reflexionar si ello puede dañar la salud pública. Ese no es el sentido que tiene el listado, según hemos desprendido de sus propios términos y de la construcción sintáctica de sus términos, en el apartado III, letra D que antecede. Por el contrario, nos parece que hemos demostrado que la salud pública es, en el numeral 4 del artículo 21, un campo al que, de pertenecer un documento a él, se facilita el argumento de quedar afectado el interés nacional.

No sólo es difícil pensar en un antecedente que pertenezca a esta área del quehacer, cuya divulgación afecte o dañe el interés nacional, sino que, además, el campo de aplicación del precepto se restringe si se tiene presente que no puede tratarse de antecedentes cuya publicidad, comunicación o conocimiento afecte la salud de las personas, pues en tal caso, la reserva queda determinada en razón del numeral 2 del mismo artículo 21 y este vendría a ser una mera redundancia.

Tal vez por la misma improbabilidad de que pueda invocarse esta causal, al menos si se la entiende en el sentido que venimos

señalando, es que no hemos encontrado caso alguno en que haya sido invocada.

Tampoco la historia fidedigna de su establecimiento explica el sentido y alcance de su incorporación.

No conocemos doctrina que intente interpretarla.

Tampoco el derecho comparado sirve para auxiliar la tarea. Tan sólo hemos encontrado referencia a términos análogos como límites al acceso a la información en el derecho inglés y en el mexicano, pero con un tratamiento enteramente diverso al que hemos estimado como aquel que se aviene con los términos del artículo 21 de la Ley 20.285. En efecto, en el derecho inglés, la sección 38 de la FOIA 2000, alude a la salud y seguridad (health and safety), pero como una causal en sí misma, que requiere que se acredite daño en contra de alguno de sus dos bienes y que se haga un test de proporcionalidad para determinar si la divulgación es requerida en razón de un interés público superior. En el caso mexicano, López Ayllón y Posadas informan que la salud de las personas, no la salud pública es un bien, cuyo daño puede motivar la reserva de información hasta por un período de 50 años, consagrando entonces esta causal de un modo análogo a lo dispuesto en el numeral 2 de nuestro artículo 21 y no del 4 que nos ocupa.<sup>141</sup>

## **2. Las Relaciones Internacionales.**

Al igual como sucede con la salud pública, el campo de las relaciones internacionales fue incorporado al numeral 4 del artículo 21 de la Ley 20.285 sin una discusión legislativa que permitiera entender el sentido y alcance de estos términos.

La doctrina tampoco ha intentado explicar cómo deben ser interpretadas estas nociones.

Lo dispuesto en el artículo 22, inciso tercero, letras b), c) y d) de la misma Ley 20.285 tratan cuestiones relativas a las relaciones internacionales, de un modo que debe ser analizado. Vale la pena reiterar el lenguaje de esa norma, que ya hemos tenido oportunidad de

---

<sup>141</sup> López Ayllón y Posadas; op. cit., páginas 50 y 51.

transcribir. Dispone la regla que el carácter de secreto o reservado "será indefinido tratándose de los actos y documentos que, en el ámbito de la defensa nacional, establezcan la planificación militar o estratégica, y de aquellos cuyo conocimiento o difusión puedan afectar: ... b) la interpretación o el cumplimiento de un tratado internacional suscrito por Chile en materia de límites; c) la defensa internacional de los derechos de Chile, y d) la política exterior del país de manera grave."

Esta norma nos lleva a hacer tres consideraciones. La primera consiste en reiterar lo que ya señalábamos a propósito de la seguridad de la Nación. Un documento o un acto relativo a la defensa nacional, pero que, en la especie se superpone con las relaciones internacionales, como son los tres casos señalados, pueden perfectamente afectar la seguridad de la Nación. Ello da cuenta de que esta materia debió también ser incluida en el numeral 3 del artículo 21. La única manera de salvar esta omisión es entendiendo que cuando se afecta la seguridad de la Nación por alguna de estas vías, también se daña el interés nacional, lo que de paso, da cuenta de la enorme elasticidad de la causal que nos viene ocupando.

En segundo lugar, debe anotarse que la política exterior es tratada en la letra d) del inciso tercero de la norma en análisis, no como una materia o campo al cual el documento pueda referirse. De hecho, el documento debe pertenecer al ámbito de la defensa nacional para que la excepción sea aplicable, según dispone expresamente la norma transcrita, sino como un bien que puede ser dañado, y si lo es de manera grave, puede habilitar el secreto o reserva indefinido de los actos y documentos en cuestión. Nos parece que esta confusión entre campos y materias a los que un documento puede referirse y los bienes que se pretende resguardar se hace patente al intentar armonizar lo dispuesto en esta regla con lo señalado en el numeral 4 del artículo 21, no obstante que uno habla de las relaciones internacionales y el otro de la política exterior, cuestiones que deben ser precisadas, como único modo de mantener separada la idea de bien jurídico de la de ámbito de pertenencia del acto o documento.

La tercera observación es que el precepto es uno de los pocos que alude a un estándar específico de daño. Para decretar la reserva o secreto indefinido, la afectación de la política exterior del país debe de ser grave. De ello, me parece, debemos inferir que es suficiente un estándar menor de magnitud de daño para la política exterior de Chile para poder decretar la reserva o secreto de un documento por los plazos establecidos en el inciso segundo del artículo 22 de la misma Ley.

En materia de jurisprudencia, debe destacarse el fallo de la Corte Suprema de 3 de julio de 2007, caso en que le fue solicitado, vía amparo especial, que ordenara al Ministro de Relaciones Exteriores entregar información acerca de los países por los cuales Chile había votado para el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en mayo de 2006, el criterio que había utilizado para valorar los informes sobre derechos humanos de los países candidatos y los documentos que contuvieran esas valoraciones. El Ministro respectivo solicitó no dar lugar a la petición, alegando que la votación en cuestión se había realizado en reserva, como era tradición en ese organismo, precisamente para evitar que la divulgación de las apreciaciones que un país hacía acerca del comportamiento de otro en materia de derechos humanos, pudiera causar consecuencias indeseables o fricciones innecesarias en las relaciones diplomáticas entre Estados. En consecuencia, argumentó que hacer público lo solicitado amenazaba con causar sustancial perjuicio al Estado de Chile, en sus relaciones con los demás países, por lo que debía negarse la información por razones de interés nacional. La Corte, luego de constatar que la votación era secreta, le bastó, para desechar la demanda, afirmar que “la causal invocada ... se estima fundamentada y congruente con las decisiones del organismo supranacional que dispuso la reserva de la votación, ...”.<sup>142</sup> De ese modo, al fallo parece bastarle con que el secreto decretado por el Ministerio de Relaciones Exteriores coincida con una regla de reserva de un órgano supranacional, sin que sea necesario estimar un efectivo daño a las relaciones exteriores o al

---

<sup>142</sup> Causa de Amparo caratulada Claudia Lagos Lira y Marcela Fajardo con Presidenta de la República (Ministerio de RR. EE.), Rol 1380/2007. Las expresiones citadas corresponden al considerando 7°.

interés nacional, medir su magnitud o hacer un test de proporcionalidad, que, por lo demás, ambas partes habían estimado aplicable y debatido acerca del resultado al que debía conducir. De ese modo, al no aludir siquiera al daño o afectación, la sentencia no hace consideración alguna acerca del objeto de esa afectación: el interés nacional o las relaciones internacionales, que podrían haber ayudado a dotarlas de significado.

En el campo del derecho comparado, muchos sistemas hacen alusión a las relaciones exteriores, aunque de manera más clara y específica que el nuestro. Ya hemos dado cuenta, y no reiteraremos su tratamiento nuevamente, que en los **Estados Unidos de Norteamérica**, el daño a la seguridad nacional sólo puede estimarse presente cuando se encuentran afectadas las relaciones exteriores o la defensa nacional, incluida la defensa contra el terrorismo transnacional. Hemos destacado también, que como producto de lo dispuesto en la orden ejecutiva vigente, los antecedentes que versen sobre las relaciones exteriores sólo son posibles de reservar si son relativos a actividades de inteligencia, a información proveniente de o relativa a gobiernos extranjeros que puedan romper promesas de confidencialidad hechas a ellos o la capacidad de cooperación entre los Estados, o cuya divulgación produzca consecuencias diplomáticas o de inteligencia negativas, de manera que disminuya la capacidad de los Estados Unidos de recibir información de potencias extranjeras o que ponga en peligro a agentes o personas que colaboran en la recopilación de información internacional. Hemos descrito también los estándares fijados por la jurisprudencia de ese país para exigir que la causal se invoque de buena fe y no para ocultar infracciones legales, ineficiencias, errores y otras análogas, así como para medir la probabilidad del daño, la razonabilidad, plausibilidad y especificidad de las alegaciones de que tal daño pueda producirse, así como la deferencia judicial en evaluar esas estimaciones; y, por último, el modo en que la magnitud del mismo determina el tipo y duración del secreto o reserva. Debe destacarse aquí lo que afirma López Ayllón y Posadas, en el sentido de que la información que proviene de gobiernos extranjeros o relativa a ellos es la única que puede clasificarse automáticamente como secreta, sin necesidad de apreciar

los daños que su divulgación pueda producir,<sup>143</sup> afirmación que no hemos visto corroborada en otras fuentes.

Hemos descrito ya también que, en el caso de **Irlanda**, la legislación trata, al igual que Estados Unidos, las relaciones exteriores y la defensa como campos a los que puede referirse un documento para afectar la seguridad nacional. En esta materia, según nos informan López Ayllón y Posadas, “se ha sostenido que los siguientes son ejemplos de hechos que constituirían sin duda potencial afectación a las relaciones de Irlanda con otros Estados u organizaciones internacionales: La publicidad de documentos e información sensible o vergonzosa para otro Estado o que otro Estado haya solicitado expresamente que se guarde como confidencial; información cuya publicidad pueda perjudicar los intereses de otro Estado;[e] información cuya publicidad está explícitamente prohibida por alguna organización internacional de la cual Irlanda sea miembro.”.<sup>144</sup>

En **Inglaterra**, el perjuicio o daño a las relaciones internacionales, a aquellas entre países del Reino Unido e incluso a los intereses del Reino Unido en el extranjero (secciones 27 y 28 de la FOIA 2000), constituyen causales que permiten la reserva con autonomía de otros bienes. A su respecto, procede la ponderación de intereses públicos en juego y la aplicación de los criterios acerca del modo de estimar acreditada la posibilidad de ocurrencia del daño, la manera de medir su magnitud, los factores al tener presente el ejercicio de ponderación y demás ya referidos como comunes a diversas causales de excepción en ese país.

En la **Comunidad Europea**, la FOI, contempla dos razones relativas al tema que tratamos que permiten denegar el acceso a documentos de los órganos de la Comunidad: En primer lugar, el artículo 4, número 1, sección a) establece que la negativa puede fundarse en que la divulgación debilite la protección del interés público referido a relaciones internacionales. Por su parte, el número 5 del mismo artículo 4 establece que un Estado miembro puede requerir al

---

<sup>143</sup> López Ayllón y Posadas, Op. Cit., página 33

<sup>144</sup> López Ayllón y Posadas, op.cit., página 43.



órgano de la Comunidad no dar a conocer un documento originado en ese Estado, sin su autorización previa. La Corte ha sido deferente con el Consejo al aplicar la primera de las dos causales señaladas, y así ha establecido que sólo le corresponde la decisión del Consejo para examinar si se han roto reglas procesales o si ha resuelto acerca del mérito de un modo manifiestamente erróneo.<sup>145</sup> Con todo, 4 años más tarde, la Corte resolvió que el Consejo había aplicado erróneamente la excepción relativa a las relaciones internacionales al no considerar los efectos prácticos de dar a conocer ciertos documentos en las específicas relaciones de la Unión Europea con terceros países.<sup>146</sup>

En la legislación de **México**, las relaciones internacionales permiten la reserva de un documento si es que su divulgación “menoscaba” la conducción de las negociaciones internacionales, dando lugar así a la necesidad de estimar daños y aplicar un examen de proporcionalidad.<sup>147</sup>

### **3. Los intereses económicos o comerciales del país.**

Tampoco hay historia fidedigna de la incorporación de esta causal o doctrina a su respecto que ayuden a precisar su sentido y alcance.

Recordemos que en amparo A19, al que ya nos hemos referido, el Instituto Nacional de Estadísticas alegó, ante el Consejo para la Transparencia, que la divulgación de cierta información provocaría daños a los intereses económicos del país, y con ello, al interés nacional, alegación que fue descartada por el Consejo para la Transparencia en su fallo, por considerar que la publicidad de los antecedentes cuestionados no produciría el daño alegado, pero sin poner en cuestión la relación que el INE estableció entre los intereses económicos del país y el interés nacional, el que –también como hemos dicho– no nos parece una interpretación que se avenga bien con el tenor literal de lo dispuesto en el precepto. Lo que es importante destacar aquí, es que, más allá de constatar el Consejo que el daño alegado por el organismo público no se verificaría en caso de hacerse

---

<sup>145</sup> En el caso *Hautala v. Council* (T-14/98 [1999] ECR II-2489).

<sup>146</sup> Nos referimos al caso *Kuijjer(II)v. Council* (T-211/00 [2002] ECR II-485).

<sup>147</sup> Así lo informan López Ayllón y Posadas. Op. Cit, págs. 50 y 51.

públicos los datos, no hay en esa sentencia ninguna conceptualización acerca de lo que sean los intereses económicos del país. Tampoco hemos encontrado en otros fallos la interpretación de estos términos.

En el derecho comparado hay algunas excepciones análogas, aunque su tratamiento o consagración, generalmente más detallado y con un sentido más claro, las hacen incomparablemente más precisas que las del derecho chileno.

En los **Estados Unidos de Norteamérica** la excepción 8 contenida en la FOIA permite no divulgar información contenida en recortes preparados por, por encargo de o para el uso de una agencia responsable de la regulación o supervisión de instituciones financieras y alguna información relativa a esas actividades fiscalizadora.<sup>148</sup> Como puede apreciarse de su sola consagración, la causal refiere no a la protección de un bien jurídico, sino al tipo de información, la que, además difiere enormemente en precisión e incluso en naturaleza a la de la legislación nacional que ahora analizamos. La jurisprudencia de los tribunales norteamericanos ha establecido que lo que esta excepción trata de proteger es la seguridad de las instituciones financieras, la que quedaría afectada por la divulgación de información que contiene evaluaciones francas de esas instituciones; al mismo tiempo que salvaguardar las relaciones cooperativas francas y abiertas entre los bancos y las instituciones públicas que los supervisan.<sup>149</sup> La restante jurisprudencia que hemos podido consultar relativa a esta causal tiende fundamentalmente a determinar el alcance de lo que debe entenderse por instituciones financieras.

En **Irlanda**, los intereses económicos y financieros del Estado, permiten mantener la reserva de antecedentes concernientes a ellos, pero siempre que se acredite un daño a tales intereses, debiendo además, quien tome una decisión basada en esta causal, considerar la racionalidad de la expectativa de que tal daño ocurra y las demás

---

<sup>148</sup> En el idioma inglés "contained in or related to examination, operating, or condition reports by, on behalf of, or for the use of an agency responsible for the regulation or supervisión of financial institutions".

<sup>149</sup> Véase especialmente el caso Consumers Union, 589 F.2d en 534 y Feinberg v. Hibernia Corp., N°90-4245, 1993 WL 8620, de enero de 1993.

cuestiones comunes a todas las causales en ese país y que ya tuvimos oportunidad de referir en el apartado III que antecede.

En el caso de **Inglaterra**, la economía (“the economy”) es el bien que aparece listado en la sección 29 y que permite la no difusión de un antecedente, pero a condición de que sea posible hacer un juicio razonable de probabilidad de que la divulgación de la información pueda dañar la economía en una determinada magnitud que habrá de ser ponderada en relación a los beneficios que el conocimiento público de la información pueda producir, conforme a los ejercicios de análisis comunes a varias causales de la legislación inglesa, los que aparecen orientados y detallados en la guía del comisionado para asuntos de la información que ya tuvimos oportunidad de referir en el Capítulo III, letra E, que antecede.

La **Comunidad Europea**, establece en el artículo 4º de la FOI que las instituciones que gobiernan la comunidad pueden denegar el acceso a un documento cuando su divulgación pueda debilitar la protección del interés público, en lo que se refiere a la política financiera monetaria o económica de la Comunidad o de uno de los Estados miembros. Como puede apreciarse, al igual que en los casos anteriores la Comunidad Europea exige un daño a un interés público en lo relativo a un bien determinado, en la especie, la precisa política económica que lleva adelante la misma Comunidad o un Estado miembro.

## **E. Conclusiones.**

- Ni la historia legislativa ni la jurisprudencia ayudan a definir el concepto de interés nacional que nos ocupa. Tampoco encontramos términos análogos en el derecho comparado. Chile no tiene casi parangón en el mundo en establecer una causal tan vaga y genérica como la que ahora nos ocupa. La doctrina no ha intentado explicar el significado de estas voces en cuanto causal de reserva de información.
- Al tratar igual término en cuanto aparece empleado en otros pasajes de la Constitución, la doctrina hace poco más que destacar que los intereses nacionales son aquellos que interesan no a un

parte, sino a toda la comunidad política y discrepa si ellos deben, además, referirse a toda la población.

- En una república democrática, lo que conviene a la comunidad, sus intereses (superiores o inferiores) sólo pueden ser determinados por autoridades electas y representativas, y resulta contrario a la soberanía popular y a la igual dignidad de toda persona, que ellos intenten ser definidos –globalmente o en casos controvertidos, como podría ocurrir a propósito de esta Ley- por autoridades que no detentan representación popular ni responsabilidad política. Lo dicho es congruente con el uso que, de estos términos, hace la Carta Fundamental.
- Nos parece que el único modo en que las autoridades no electas directamente pueden reconocer cuáles son las cuestiones que interesan a la comunidad toda, a la Nación toda, es que esos fines puedan demostrarse existentes en la propia institucionalidad; sólo que entonces, dejan de ser algo tan indeterminado como los intereses nacionales, para convertirse en tal o cual principio del derecho, en tal o cual bien jurídico determinado, que reconocemos no porque parezca al particular juzgador que interesa a la comunidad toda, sino porque la comunidad toda, a través de los órganos que la representan, lo ha erigido como un fin del quehacer público. Si aceptamos eso, los intereses nacionales equivalen, para toda autoridad, que no sea el legislador o el Presidente de la República, a los principios generales del derecho, los que sólo pueden –a nuestro juicio- ser invocados por autoridades no electas- previa demostración de que ellos son tales, que se trata de fines valiosos a todo o parte del ordenamiento jurídico, según se puede demostrar de su propio análisis.
- La interpretación del listado del artículo 21 número 4 que se aviene con la semántica y sintáctica del texto, es el de que esas materias constituyen campos a los que puede referirse el acto o Resolución que se trata de hacer público o mantener en reserva. Si así ocurre, la pertenencia de un acto o Resolución a esas áreas no produce otro efecto que el de facilitar la convicción de que su publicidad pueda afectar el interés nacional. No nos parece que la pertenencia de un

antecedente a esa categoría permita concluir, por sí sólo, que debe decretarse la reserva, o que esas materias sean bienes públicos que pueden ser dañados, en cuyo caso debería estimarse también afectado el interés nacional. La cuestión relativa a los intereses económicos o comerciales del país parece presentar más dudas respecto a esta inteligencia.

- Entender el listado del numeral 4) del artículo 21, no como campos a que puede referirse un antecedente, sino como bienes cuyo daño debe llevar a concluir la afectación del interés nacional, aunque se aviene menos con la semántica y sintáctica de artículo 21 número 4 parece un modo de escapar al “insoponible” grado de discreción del que dispone quien debe interpretar ese indeterminado concepto, ausente -como está hasta hoy- de mayor jurisprudencia o doctrina que venga en su auxilio. Esta interpretación aparece así como una manera (poco compatible con el lenguaje del artículo 21) de renunciar a dar un contenido al interés nacional y entenderlo afectado cada vez que se pueda considerar que ha ocurrido otro tanto con los intereses económicos o financieros del país, la salud pública o las relaciones internacionales.
- El análisis en particular de los tres aspectos referidos: la salud pública, las relaciones internacionales y los intereses económicos y comerciales del país no nos ayuda demasiado a determinar su sentido. La historia del establecimiento de estas causales no entrega antecedentes acerca de cómo interpretarlas adecuadamente; la doctrina no se ha hecho cargo aún de ellas y la jurisprudencia no ha necesitado o ha eludido definir las. Si bien las relaciones internacionales y los intereses económicos y comerciales del país tienen algún parangón en el derecho comparado, éste tiende a incorporar los reguladamente con un nivel de claridad y detalle que sólo cabe envidiar.

## **VI. Reflexión final.**

La seguridad de la Nación y el interés nacional fueron incorporados a la Constitución como causales que el legislador debía ponderar para establecer casos de reserva de información. La ley habría de establecer casos necesariamente generales, como corresponde a toda ley. Sin embargo, al limitarse la Ley 20.285 a repetir esos mismos conceptos indeterminados, ahora a nivel legal, inevitablemente trasladó la discreción que la Carta Fundamental le había conferido al legislador, a los funcionarios dotados de competencia para establecer el secreto o reserva de actos y resoluciones.

Esa decisión legislativa, además de originar dudas de constitucionalidad respecto del artículo 21 de la Ley de Transparencia, frustró en parte el objetivo de la reforma constitucional de que ya no fuera la potestad reglamentaria la que determinara los casos de secreto o reserva. Si bien ya no pueden dictarse reglamentos que establezcan clases de documentos cuyo acceso público queda prohibido, igualmente son los funcionarios competentes, los que deben juzgar si el conocimiento o divulgación de un antecedente daña la seguridad de la Nación o el interés nacional, sin que medie una ley que especifique estos vagos conceptos.

Los casos o conceptos más particulares contenidos en los artículos 21 y 22 de la Ley 20.285 no determinan un significado a estas dos nociones y cumplen una función modesta y auxiliar de juzgamiento, aunque entregan elementos auxiliares de interpretación lógica que ayudan a precisar el alcance de las dos causales que nos han ocupado.

El mayor progreso que ha traído la Ley 20.285 en materia de transparencia pasiva ha consistido en establecer plazos y procedimientos de respuesta, y, sobretodo en constituir un órgano independiente de control especializado y accesible con capacidad de revisar las decisiones de los jefes de servicio, el que ha sido constituido de forma tal que no cabe atribuirle la tendencia a la reserva de que

necesariamente adolece la Administración que produce los actos y Resoluciones que se trata de hacer secretos o de divulgar.

Sin embargo, este avance no libera al Consejo para la Transparencia de sufrir del mismo grado de discreción que tienen las autoridades administrativas a la hora de determinar el sentido y alcance de los términos que nos han ocupado. Esa discreción es particularmente alta si se constata, como cree haber hecho este informe, la escasa producción doctrinaria y jurisprudencial nacional acerca del significado de los términos en cuestión.

Ese grado de discreción, aunque menos alarmante en cuanto se radica en órganos independientes de la Administración, es altamente problemático para la vigencia del Estado de Derecho, la seguridad jurídica y la igual dignidad de toda persona, valores esenciales de toda república democrática.

Ausente legislación que corrija estas deficiencias, parece imperioso que la actividad jurisprudencial vaya consistentemente constituyendo un significado y criterios de aplicación de estas dos causales que les otorguen la densidad de significación indispensable para que ellas se constituyan en un derecho común que nos rige y no una mera discreción de autoridades competentes.

La jurisprudencia del Consejo ha establecido que no basta con que un acto, Resolución o antecedente se refiera a la seguridad de la Nación o al interés nacional para que proceda su reserva. Es necesario que la publicidad del mismo afecte o dañe esos valores, debiendo entonces hacerse, en cada caso concreto, una apreciación del daño y una ponderación entre el que traería aparejada la publicidad del antecedente y los bienes que traería consigo su divulgación. El presente texto entrega, sobre la base de la interpretación de los preceptos constitucionales y legales, abundantes elementos que reafirman la necesidad de esos dos exámenes. Ha añadido también lo que, conforme a la doctrina y a la jurisprudencia internacional y comparada, ellos deben comprender, componentes que esperamos sean alcanzado por la jurisprudencia del Consejo, no por un afán imitativo, sino porque sólo de ese modo el derecho chileno podrá

contar con estándares de exanimación que permitan disciplinar las conductas con cierta uniformidad y prever decisiones, requisito indispensable del progreso jurídico.

Hemos argumentado largamente porqué no basta con los dos test antes indicados, pues incluso ellos mismos necesitan definir, lo más sustantivamente posible los conceptos de seguridad de la Nación e interés nacional. El trabajo ha procurado recurrir a todos los elementos de interpretación y a fuentes auxiliares, como son la doctrina y el derecho comparado, con el afán de entregar antecedentes que pueden ayudar a que esos conceptos adquieran una significación más sustantiva.

Dadas las limitaciones con que me he encontrado en el esfuerzo descrito en el párrafo anterior, he sumado argumentos que dicen relación con los valores y principios constitucionales, para sostener, conforme a ellos, la necesidad de dotar de significado a estos conceptos que sean congruentes con la institucionalidad vigente. Ellos han conducido a sostener que el interés nacional no debe ser aquel que el intérprete estima como tal, pues ello sólo puede ser hecho por autoridades electas y con responsabilidad política, sino aquel que el intérprete puede reconocer argumentativamente como tal en el derecho vigente. En tal sentido, el interés nacional sólo puede ser encontrado entre los principios del derecho. Un argumento análogo me llevó a abogar por un concepto mínimo de seguridad Nacional, pues sólo de ese modo es posible reducir la discreción del intérprete en dar sentido y alcance a una causal de excepción de un derecho fundamental.



# **LOS DERECHOS DE CARÁCTER COMERCIAL O ECONÓMICO COMO CAUSALES DE RESERVA O SECRETO ANTE LA LEY DE TRANSPARENCIA**

**DOMINGO VALDÉS PRIETO<sup>♦</sup>**

Santiago, Diciembre de 2009.

---

<sup>♦</sup> Abogado, Universidad de Chile y Master of Laws, University of Chicago.  
Profesor de Derecho Económico y Libre Competencia en la Universidad de Chile.

## PREÁMBULO EXPLICATIVO

El presente estudio tiene por objeto analizar el sentido y significación del concepto de “*derechos de carácter comercial y económico*” formulado por el artículo 21 N°2 de la Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, en adelante la Ley de Transparencia, en cuanto fuente de causales de reserva o secreto y en su específica relación con el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita, garantizado por el artículo 19 N°21 de la Constitución Política de la República. Asimismo, se busca analizar el mencionado derecho fundamental y la libertad de competencia mercantil en cuanto operan como límites al principio jurídico de la transparencia y abordar, desde esta perspectiva, el denominado secreto comercial.

Es preciso advertir que este análisis no busca realizar una evaluación o crítica del sistema imperante, sino que tan sólo efectuar una descripción del sistema de tutela del derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita y su principal forma específica, la libertad de competencia mercantil, en sus relaciones con el principio jurídico de la transparencia.

Este estudio, que se realiza únicamente desde la óptica del Derecho vigente en la República de Chile a esta fecha, sin perjuicio de algunas referencias al derecho comparado, ha sido elaborado a solicitud del Consejo de la Transparencia creado por la Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública. Sin embargo, las conclusiones del mismo son responsabilidad privativa de su autor y, por tanto, no representan necesariamente el parecer o la visión del Consejo de la Transparencia acerca de los tópicos aquí tratados.

Este informe se divide en cinco secciones. La primera de ellas se titula “**El Principio de la Transparencia. Conceptos Económicos y Jurídicos**”, en tanto que la segunda sección se ocupa de “**El Principio Jurídico de la Transparencia en la Actividad Estatal**”. La tercera sección trata de “**Los Derechos de las Personas como Límite al Principio de la Transparencia en la Actividad Estatal**”. La cuarta sección es denominada “**Reservas o Secretos Vinculados a la Libertad de Competencia Mercantil**”. La quinta y última sección, intitulada “**Conclusiones**”, cierra este estudio entregando un resumen de las principales conclusiones.

## DESARROLLO

### I. EL PRINCIPIO DE LA TRANSPARENCIA. CONCEPTOS ECONÓMICOS Y JURÍDICOS.

La voz transparencia se origina en una noción económica que da cuenta de una característica predicable de los mercados y que consiste en que, verificada en grado sumo, no hay en éstos costos de información. En otras palabras, un mercado perfectamente transparente es aquél en que todos los que actúan en el mismo disponen de un conocimiento completo y cierto de las acciones de los demás<sup>1</sup>. Algunos autores extienden este conocimiento completo y cierto a los precios del mercado y a la naturaleza de los bienes transados<sup>2</sup>.

Si bien es cierto que los mercados perfectamente transparentes no existen en la realidad, la transparencia en cuanto medida del grado de conocimiento de la información necesaria para tomar decisiones constituye un elemento relevante de ciertos modelos económicos<sup>3</sup>.

El concepto de transparencia halla su fuente en el análisis económico de los mercados y, por tanto, la información a que alude interesa a los agentes económicos, toda vez que dice relación con los precios de los bienes que aquéllos transan, las cantidades transadas, la calidad y oportunidad de dicha información y otros aspectos relevantes de la actividad económica. En tal sentido, la transparencia en su máximo grado es sinónimo de información perfecta<sup>4</sup>.

Paradójicamente, en la actualidad la noción de transparencia resulta predicada en forma analógica de la actividad estatal y así cabe afirmar que un Estado perfectamente transparente es aquél en que todos los ciudadanos disponen o pueden llegar a disponer de un conocimiento completo y cierto de la actividad de los órganos estatales<sup>5</sup>. Al igual que decíamos que no existen los mercados perfectamente transparentes, es preciso destacar que tampoco existen los Estados perfectamente transparentes en el sentido indicado y esto último resulta razonable y necesario, toda vez que según veremos hay cierta información que, a pesar de estar referida a la actividad estatal, no debe llegar a ser pública, v.gr., la vinculada a estrategias o recursos destinados a preservar la seguridad de la Nación en caso de guerra.

A partir de tales nociones de transparencia, nos resulta posible observar el desarrollo de una forma operativa y jurídica del Principio de la Transparencia, bajo la cual ya no se intenta describir una característica de un paradigma abstracto o una forma modélica, sino que se adentra en el orden normativo jurídico.

Así, emerge el Principio Jurídico de la Transparencia, el que se traduce en generar obligaciones y deberes en la función estatal y en el proceso competitivo en relación con la transparencia. Desde el momento en que hay obligaciones y deberes al respecto, existen derechos correlativos para exigir las correspondientes conductas, dando así espacio a una formulación jurídica a partir del expuesto concepto económico de transparencia. De esta forma, postulamos una noción jurídica del

---

<sup>1</sup> Julio Pascual y Vicente, "Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia", pgs. 380-381, Ediciones Civitas, Madrid, 2002.

<sup>2</sup> Richard J. Pierce & Ernest Gellhorn, "Regulated Industries", West Publishing Co., Estados Unidos de América, 1994.

<sup>3</sup> Fritz Machlup, "The Political Economy of Monopoly. Business, Labor and Government Policies", pgs. 12 y stes., Baltimore, The Johns Hopkins Press, USA, 1952. Este autor refiere la transparencia a la categoría de mercado perfecto, distinguiendo adicionalmente los presupuestos correspondientes a competencia pura y competencia perfecta.

<sup>4</sup> Perfect Information: It is complete knowledge in connection with the array of present and future prices as well as the location of goods and services. Any lack of it is commonly mentioned as a source for market imperfection. Shin, Jae K. & Siegel, Joel G. "Dictionary of Economics", pg. 266, Ed. John Wiley & Sons Inc., New York, 1995.

<sup>5</sup> La noción de transparencia, entendida como conocimiento de la actividad estatal, aparece recogida en el artículo 13, inciso segundo, de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. En efecto, según dicha disposición la función pública conlleva "que se permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones adoptadas".

principio de la transparencia como *el conocimiento cierto y razonablemente completo que resulta debido de la actividad de una persona o grupo de personas*. Este principio se particulariza en función de la naturaleza de las personas a cuya actividad refiera:

- i) si se trata del Estado y de la actividad de las personas jurídicas y órganos que conforman aquél, se formaliza como un principio jurídico que rige la función pública y, por tanto, resulta debido por los órganos estatales y consecuentemente es exigible a éstos. En este ámbito, el mencionado principio suele ser confundido con su causa: la publicidad; así, la publicidad es causa de la transparencia y ésta efecto de aquélla. La importancia del principio jurídico de la transparencia radica en que éste opera como un eficaz incentivo a la probidad y al profesionalismo de los órganos estatales, todo lo cual ha de redundar en un mayor y mejor respeto por parte del Estado de todos y cada uno los derechos de la persona humana. El principio jurídico de la transparencia en relación con la actividad estatal será tratado en la Sección II de este estudio, y
- ii) si se trata de competidores de un determinado mercado y de la actividad que éstos despliegan para disputarse la clientela en los mercados, se formaliza también como un principio jurídico que permite rechazar ciertas opacidades artificialmente creadas por algún agente económico, así como ciertas categorías de ofensas a la libertad, lealtad y resguardo de los consumidores que han de caracterizar el proceso competitivo. El principio jurídico de la transparencia en relación con el derecho a desarrollar actividades económicas lícitas y su forma específica de libertad de competencia mercantil será abordado en la Secciones III y IV de este estudio

Los dos ámbitos mencionados a los cuales se aplica el Principio Jurídico de la Transparencia presentan características muy disímiles entre sí. Consecuencia de ello es que dichos ámbitos son, respectivamente, regidos por regímenes jurídicos muy diferentes. La transparencia de la actividad estatal se rige por el Derecho Público y en particular por su emergente legislación sobre acceso a la información pública, en tanto que la transparencia de la actividad desarrollada en el ámbito económico resulta reglada eminentemente por la garantía constitucional del derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita y su principal forma específica: la libertad de competencia mercantil y sus pertinentes legislaciones de desarrollo.

Adicionalmente a esta relación de analogía que, a través del Principio Jurídico de la Transparencia, articula la actividad estatal con la actividad competencial en el plano conceptual, es preciso dar cuenta de algunas conexiones de orden práctico entre dichas actividades.

La primera consideración es que, según exponremos, la actividad estatal presenta un grado de superposición con la actividad económica. En efecto, el inciso segundo del artículo 19 N°21 de la Constitución Política de la República contempla el principio de la restricción del Estado Empresario, según el cual se estatuye que, por regla general, no compete ni corresponde al Estado y sus organismos el desarrollo de actividades empresariales, puesto que éstas se hallan reservadas a los privados. Este principio admite excepciones que en lo formal han de ajustarse al artículo 19

Nº21, inciso segundo, de la Constitución, y en lo substancial al principio de subsidiariedad, cuya formulación en su aspecto positivo se encuentra en el artículo primero, inciso tercero, de la Constitución.

Cumplidas las mentadas exigencias formales y substanciales, el Estado y sus organismos pueden desarrollar actividades empresariales, dando lugar a empresas del Estado y sociedades estatales que compiten con otros agentes económicos en sus respectivos mercados relevantes. Para efectos del principio jurídico de la transparencia, las empresas del Estado y sociedades estatales son consideradas órganos estatales – en una acepción lata e impropia – y en cuanto tales se hallan afectas a algunas obligaciones de transparencia, aunque con matices según observaremos en la Sección II de este estudio.

Más aún, excepcionalmente acontece que ciertas autoridades públicas compiten directamente en ciertos mercados, esto es, sin mediar la constitución de una empresa del Estado o sociedad estatal. Así sucede, por ejemplo, con el Banco Central de Chile que es el más importante de los actores en el mercado cambiario. De esta forma, observamos que ciertos agentes económicos – que resultan también calificados como órganos del Estado, aunque esta vez dicha calificación se predica en un sentido propio – desarrollan simultáneamente actividad estatal y actividad económica y, por tanto, se hallan sujetos al Principio Jurídico de la Transparencia en su doble vertiente pública y privada.

La segunda consideración se describe a través de la pregunta de en qué medida un exceso de transparencia en la actividad estatal podría suponer un detrimento para el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita y, específicamente, para la libertad de competencia mercantil. Este exceso de transparencia puede adoptar dos modalidades.

La primera - que resulta de lo explicado precedentemente - corresponde a un competidor que reviste la calidad de sociedad estatal o empresa del Estado (por tanto se le considera órgano estatal en un sentido lato e impropio) y que, por mandato de la legislación de acceso a la información pública, deba revelar antecedentes cuya reserva resulta necesaria para competir en su respectivo mercado relevante.

La segunda modalidad refiere a un competidor que no reviste la calidad de órgano estatal en el sentido indicado – se trata de un ente privado en el cual el Estado no realiza aportes ni alcanza participación alguna - y cuyos datos sensibles para competir son develados por algún órgano estatal (sentido lato e impropio) en atención a un mandato de la legislación de acceso a la información pública que recae sobre esa entidad.

Estos dilemas, que pueden eventualmente producir una colisión entre el principio jurídico de la transparencia en cuanto referido a la actividad estatal y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita, han ser resueltos bajo la mecánica de las reservas o secretos según lo previsto en la Constitución Política de la República. En efecto, tales reservas o secretos se activan en función de los límites de aquel principio que se hallan contemplados en la Constitución Política de la República.

## II. EL PRINCIPIO JURÍDICO DE LA TRANSPARENCIA EN LA ACTIVIDAD ESTATAL

### II.1. EVOLUCIÓN Y FUNDAMENTO DEL PRINCIPIO DE LA TRANSPARENCIA EN LA ACTIVIDAD ESTATAL

La transparencia, en cuanto principio jurídico informador de la actividad estatal, ha experimentado un largo periplo en su desarrollo y formalización<sup>6</sup>. Conceptualmente dicho periplo ha supuesto recientemente, a lo menos, dos significativos avances: i) la ampliación de los órganos estatales vinculados a la mencionada transparencia, al pasarse desde un estadio en el cual este principio sólo era exigido a la Administración del Estado hasta la situación actual, en la cual ese principio rige también al Congreso y al Poder Judicial, entre otros órganos estatales, y ii) la precisión en cuanto a la jerarquía normativa requerida para establecer secretos o reservas al Principio de la Transparencia. Antiguamente disposiciones infralegales podían generar secretos o reservas, en circunstancias de que actualmente éstos sólo pueden ser dispuestos por normas de jerarquía equivalente, al menos, a una ley de quórum calificado. La relevancia de este cambio radica en evitar que ocurran situaciones como la generada por el DS N°26 de 2001 sobre Secreto o Reserva de los Actos y Documentos de la Administración del Estado del Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República que entregó a los jefes superiores de servicio la determinación de las materias secretas o reservadas mediante resolución fundada. Esto permitió que se dictasen cerca de noventa resoluciones disponiendo la reserva y secreto de documentos con una extensión excesiva, lo cual implicó transformar el principio de la transparencia en una excepción<sup>7</sup>.

El fundamento último de la Transparencia arranca, sin duda, de la naturaleza del Estado, el cual *“está al servicio de la persona humana”* y *“su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”*, según prescribe el artículo primero, inciso cuarto, de la Constitución Política de la República. En efecto, una actividad estatal transparente contribuye a reducir una eventual arbitrariedad en las decisiones estatales, sea que aquélla tenga su origen en una falta de probidad<sup>8</sup> o bien en una falta de profesionalismo y, por tanto, permite verificar un adecuado cumplimiento de la función pública<sup>9</sup>, así como contribuir a un mayor y mejor respeto de las garantías constitucionales por el Estado y sus organismos.

---

<sup>6</sup> El mencionado periplo se remonta a la Ley 19.653, denominada “Ley de Probidad” que incorporó a la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, el Título III de la misma, denominado “De la Probidad Administrativa”, e introdujo el actual artículo 13 de esa ley. Sobre el particular puede consultarse el completo trabajo de Jorge Álvarez Vásquez, “El Derecho de Acceso a la Información desde una Perspectiva Constitucional”, pgs. 63-71, Revista Escuela de Derecho, Universidad del Mar, 2006.

<sup>7</sup> Esta situación fue puesta de manifiesto por Contraloría General de la República mediante el Dictamen N° 49883, de 4 de octubre de 2004, a través del cual dicha autoridad pública observó que ciertas decisiones de la Administración “(...) fijan materias sujetas a secreto o reserva en términos de tal amplitud que no resulta admisible entenderlas amparadas por la regulación legal y reglamentaria que debe servirles de fundamento (...)”.

<sup>8</sup> Gustavo Cuevas Farren, “Análisis del Artículo 8° de la Constitución Política sobre Probidad, Publicidad y Transparencia”, pgs. 71-72, Ius Publicum N°23/2009.

<sup>9</sup> Carlos E. Delpiazzo, “Control Social de la Administración y Transparencia”, pgs. 43 y ss., Ius Publicum N°11/2003.

La transparencia, al ser identificada con su causa ha recibido la denominación de “publicidad”<sup>10</sup>, y en cuanto tal ha sido reconocida explícitamente a nivel constitucional a partir de la reforma efectuada a nuestro máximo cuerpo normativo, mediante la Ley 20.050 de fecha 26 de agosto de 2005. Si bien anteriormente la Ley 18.575 ya había recepcionado expresamente el Principio de la Transparencia y éste podía ser también educido de otros principios y preceptos constitucionales en vigor, la importancia de dicha reforma radica en que desde aquella fecha el Principio de la Transparencia cuenta con un estatuto constitucional propio. En efecto, prescribe nuestra Constitución Política de la República:

*“Artículo 8º: El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.*

*Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.*

*El Presidente de la República, los Ministros de Estado, los diputados y senadores, y las demás autoridades y funcionarios que una ley orgánica constitucional señale, deberán declarar sus intereses y patrimonio en forma pública.*

*Dicha ley determinará los casos y las condiciones en que esas autoridades delegarán a terceros la administración de aquellos bienes y obligaciones que supongan conflicto de interés en el ejercicio de su función pública. Asimismo, podrá considerar otras medidas apropiadas para resolverlos y, en situaciones calificadas, disponer la enajenación de todo o parte de esos bienes<sup>11</sup>.”*

A partir de esta normativa constitucional resulta posible construir las líneas maestras del nuevo estatuto jurídico de la transparencia en la actividad estatal.

La primera gran línea maestra derivada de este precepto constitucional consiste en que el Principio de la Transparencia opera como regla general de la actividad estatal y que el secreto o la reserva constituyen límites a aquél. Sobre este particular, cabe señalar que el Constituyente ha dispuesto la *publicidad* de los actos y resoluciones de los órganos estatales, mas no ha aludido a la *transparencia* de los mismos. A nuestro juicio, la diferencia entre publicidad y transparencia es sutil: la primera es causa de la segunda. En efecto, de la publicidad de los actos de los órganos de los órganos estatales se sigue la transparencia de aquéllos toda vez que la publicidad proporciona o permite el mayor grado de conocimiento o información que constituye la esencia de la transparencia. Esta estrecha relación entre causa y efecto explica por qué ciertos cuerpos legislativos refieren en forma conjunta a los principios de la publicidad y transparencia<sup>12</sup>. La transparencia, según hemos explicado, constituye una noción de origen económico y que refiere al grado de conocimiento existente en un mercado. Así, la transparencia se opone a la opacidad, de la misma forma como la publicidad se opone al secreto (este término deriva de *secretus*, que significa poner a parte o segregar).

<sup>10</sup> El término “publicidad” significa “*calidad o estado de público*”; en tanto que “público” significa “*notorio, patente, manifiesto, visto o sabido por todos*”. Confrontar, Diccionario de la Lengua Española, pg. 1259, Tomo 8, Madrid, 2001.

<sup>11</sup> Estos dos últimos incisos han sido añadidos por la Ley N° 20.414 que realiza una Reforma Constitucional en Materia de Transparencia, Modernización del Estado y Calidad de la Política.

<sup>12</sup> Artículo 3, inciso segundo, Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, y artículos 4° y 16°, Ley 19.880 que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado..

La segunda línea maestra de este nuevo estatuto guarda relación con la localización de este nuevo precepto constitucional. Éste se halla situado en el Capítulo I de la Constitución, denominado Bases de la Institucionalidad y, como bien ha observado el Tribunal Constitucional, dicho capítulo da cuenta de las “(...) bases del sistema institucional de Chile, de modo que cuanto fluye de ellas se irradia sobre los capítulos siguientes y, con mayor razón aún, al ordenamiento jurídico completo que ha de respetarlas en todo momento, circunstancia, materia y lugar (...)”<sup>13</sup>.

De lo anterior se sigue que la Transparencia es un principio jurídico de jerarquía constitucional, con todo lo que ello significa. En efecto, este principio da lugar a un derecho fundamental implícito<sup>14</sup>, con base en la naturaleza humana y ejecutable con fuerza coactiva propia en cuanto que no requiere de ley alguna para ser puesto en ejercicio.

La Ley de Transparencia ha definido el Principio Jurídico de la Transparencia para la función pública como consistente en “*respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley.*”<sup>15</sup>

Como resulta de dicha definición el Principio Jurídico de la Transparencia descansa sobre la publicidad de los actos de la Administración y el acceso a la información. Luego, resulta correcto inferir que sólo hay transparencia allí donde existe publicidad y/o acceso a la información y, por tanto, aquélla es un efecto de éstas.

## II.2. TRANSPARENCIA ACTIVA Y PASIVA

Luego de la reforma experimentada por el inciso primero del artículo 6 de la Constitución Política, que precisó que: “*Los órganos del Estado deben (...) garantizar el orden institucional de la República*”, resulta más evidente aún que las autoridades públicas tienen un deber de proactividad en orden adoptar las medidas necesarias para que el Principio de la Transparencia alcance su máximo desarrollo dentro los límites previstos por la Constitución. Esta reforma permite distinguir entre transparencia activa y transparencia pasiva.

Todo órgano estatal tiene el deber de ejercer la función pública con transparencia y ello entraña un doble aspecto: a) *promover* el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de los actos que se adopten en el ejercicio de esa función<sup>16</sup> y b) *permitir* el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de los actos que se adopten en el ejercicio de esa función, lo que es consecuencia de la publicidad. Esta distinción también se halla expresamente contemplada en relación con los procedimientos administrativos<sup>17</sup> y en la Ley de Transparencia<sup>18</sup>.

La diferencia entre uno y otro caso, como puede observarse, radica en distinguir si la iniciativa de entregar la información requerida descansa en el órgano estatal (letra

<sup>13</sup> Sentencia Rol N°410 del Tribunal Constitucional, considerando 23°.

<sup>14</sup> Sentencia Rol N°634-2006 del Tribunal Constitucional, considerandos 9° y 10°.

<sup>15</sup> Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículo 4°, inciso 2°.

<sup>16</sup> Artículo 13, inciso segundo, Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

<sup>17</sup> Artículo 16°, Ley 19.880 que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado.

<sup>18</sup> Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículo 3°.



a)) y que recibe la denominación de transparencia activa<sup>19</sup> o bien si esa iniciativa descansa en el sujeto activo solicitante de la información (letra b)), denominada transparencia pasiva<sup>20</sup>. En rigor, la transparencia activa descansa en un mandato legislativo que establece el deber de poner a disposición del público en general información significativa sobre la gestión pública sin que medie solicitud alguna, deber legal que de conformidad con el principio de la vinculación positiva determina la acción de los órganos del Estado<sup>21</sup>.

La transparencia pasiva importa reconocer un derecho subjetivo para exigir información a los órganos estatales de sus actos y resoluciones, sus respectivos contenidos, fundamentos y procedimientos. Este derecho subjetivo será analizado en el capítulo siguiente.

### **II.3. DERECHO SUBJETIVO PARA LA TRANSPARENCIA PASIVA**

Cabe a este punto advertir que la mencionada transparencia – denominada publicidad en la Constitución – resulta operativizada bajo la forma de un derecho subjetivo que permite acceder a la información en poder de los órganos estatales. Esta operativización a través de un derecho subjetivo específico resultaba del todo necesaria habida consideración que la información relativa a la actividad estatal que se declara pública resulta voluminosa y extensa. De allí que sería extremadamente oneroso hacer pública esa información en forma total y masiva<sup>22</sup>. A fin de evitar un derroche de recursos fiscales, esta transparencia se ha diseñado de forma tal que sea el interesado quién solicite aquella información específica que precisa a la respectiva autoridad pública y, por esta vía, se proceda selectivamente en función del interés del solicitante. Esto nos lleva a analizar el estatuto jurídico de la transparencia en la actividad estatal bajo la estructura del derecho subjetivo de acceso a la información<sup>23</sup>. Excede los límites de este informe pronunciarnos acerca de la naturaleza jurídica de este derecho subjetivo, procediendo sólo indicar que existen diversas concepciones al respecto<sup>24</sup>.

A tal efecto, distinguiremos los siguientes elementos de este derecho subjetivo: a) sujeto activo; b) sujeto pasivo; c) sujeto afectado por la entrega de información; c) objeto formal y material; d) causa y e) formalidades.

#### **II.3.1. Sujeto Activo**

Atendido los términos amplios del artículo 8º, inciso segundo, de la Constitución, resulta razonable interpretar que se trata de un derecho subjetivo que está disponible a toda persona, natural o jurídica, sea que se trate de una autoridad pública, de una autoridad privada o de un particular. En otras palabras, cualquier persona puede actuar como sujeto activo, esto es, como solicitante de información relativa a la

---

<sup>19</sup> Por mandato de la Ley de Transparencia, cierta información debe hallarse a disposición permanente del público y en los sitios electrónicos del servicio respectivo. Este deber es denominado de transparencia activa; confrontar, Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículos 6º y 7º.

<sup>20</sup> Por mandato de la Ley de Transparencia, cierta información puede ser solicitada por toda persona al servicio respectivo. Confrontar, Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículos 10º y 11º.

<sup>21</sup> Artículos 6º y 7º de la Constitución Política.

<sup>22</sup> Lo anterior no es óbice para que, por mandato de la Ley de Transparencia, cierta información deba hallarse a disposición permanente del público y en los sitios electrónicos del servicio respectivo, dando lugar a la denominada transparencia activa. Confrontar, Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículos 6º y 7º.

<sup>23</sup> En este sentido, véase Jorge Álvarez Vásquez, “El Derecho de Acceso a la Información desde una Perspectiva Constitucional”, pgs. 71-76, Revista Escuela de Derecho, Universidad del Mar, 2006.

<sup>24</sup> Para una evaluación crítica de las diversas concepciones, véase, José Manuel Díaz de Valdés J., “El Derecho de Acceso a la Información Pública: su Reconocimiento por el Tribunal Constitucional”, pgs. 81-88, en Sentencias Destacadas (2007), Libertad y Desarrollo, Santiago, 2008.

actividad estatal, sea que lo realice por sí misma, por representante legal, mandatario o agente oficioso<sup>25</sup>. Esta interpretación resulta confirmada por lo dispuesto en la Ley de Transparencia que preceptúa: “**Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley**” (el destacado es nuestro)<sup>26</sup>. Si bien es efectivo que la Ley de Transparencia presenta un universo de destinatarios más reducido que el artículo 8 de la Constitución, ello no resulta óbice para concluir que se trata de un derecho subjetivo universal.

### II.3.2. Sujeto Pasivo

El sujeto pasivo es el destinatario o receptor de la solicitud de información. Este destinatario es siempre un órgano del Estado, puesto que de conformidad con el artículo 8º, inciso segundo, de la Constitución: “**son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado**” (el destacado es nuestro). Son órganos del Estado todos y cada uno de los integrantes de la Administración, así como también el Congreso Nacional, el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, Contraloría General de la República, Ministerio Público y Tribunales Electorales.

Cabe advertir que la denominada “Administración del Estado” admite, al menos, dos significaciones legales. Bajo la primera de tales significaciones, la Administración aparece definida en un sentido lato por el artículo 1º, inciso segundo, de la Ley 18.575, Orgánico Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado<sup>27</sup>. Esta definición amplia tiene la importancia de que las autoridades públicas allí mencionadas quedan alcanzadas por todas las disposiciones del Título I de dicho cuerpo normativo, entre las cuales se cuenta aquella que establece el principio de la transparencia (artículos 3º y 13º, en sus respectivos incisos 2º). La Ley de Transparencia<sup>28</sup> reitera que entiende por órganos o servicios de la Administración del Estado “(...) los señalados en el inciso segundo del artículo 1º de la Ley Orgánico Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (...)”<sup>29</sup> y luego de se encarga de señalar que todos los actos y resoluciones del propio Consejo de la Transparencia serán públicos, con excepción de aquellos que tengan el carácter de reservado o secreto<sup>30</sup>.

Por contraste, las disposiciones del Título II de la Ley 18.575, Orgánico Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado emplean una segunda significación formulada por el artículo 21, que descansa sobre una noción ostensiblemente más restringida de Administración del Estado. De esta última se hallan expresamente excluidos muchos órganos que se hallaban comprendidos en la significación amplia. Entre los órganos excluidos se halla el propio Consejo de la Transparencia.

De lo expuesto se concluye que todas las autoridades públicas y entidades comprendidas en la definición del artículo 1º, inciso segundo, de la Ley 18.575, Orgánico Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado

<sup>25</sup> Debe recordarse lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos.

<sup>26</sup> Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículo 10º, inciso primero.

<sup>27</sup> Señala este precepto: “*La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley*”

<sup>28</sup> Esta ley resulta individualizada como Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública. Sin embargo, su propio artículo 1º, numeral 4, indica que se denomina Ley de Transparencia a este cuerpo normativo.

<sup>29</sup> Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículo 1º, numeral 5.

<sup>30</sup> Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículo 35º.

quedan vinculadas por el Principio de la Transparencia y, por tanto, sus actos son públicos. Luego, las autoridades públicas y entidades comprendidas en esta definición lata tienen el deber de actuar como sujetos pasivos ante el ejercicio legítimo que se realice de un derecho subjetivo de acceso a la información. Para salvar cualquier duda, la Ley de Transparencia hace extensible el Principio en análisis a todas autoridades públicas, cualquiera sea la denominación con que las designen la Constitución y las leyes<sup>31</sup>.

Si bien esta lectura es clara e indubitable, cabe recordar que en el pasado algunas empresas públicas del Estado intentaron sustraerse del cumplimiento de los artículos 9° y 10° de la Ley 18.918, que exigía la entrega de cierta información, bajo el argumento de que esas empresas públicas no formarían parte de la Administración del Estado<sup>32</sup>.

Si bien podría quedar la pregunta de si tal definición amplia de Administración del Estado comprende las sociedades anónimas en cuya propiedad participa el Estado<sup>33</sup>, ello ha quedado resuelto por la Ley de Transparencia que dispone que ésta se aplica a las empresas del Estado y sociedades en que éste tenga una participación accionarial superior al 50% o la mayoría en el directorio<sup>34</sup>. Sin embargo, es necesario advertir que las empresas y sociedades antes aludidas constituyen una categoría especial de sujetos pasivos toda vez que sólo se le aplican las disposiciones de la Ley de Transparencia que ésta señale en forma expresa<sup>35</sup>. De ello se sigue que, en rigor, las empresas del Estado y las sociedades estatales antes mencionadas no constituyen sujetos pasivos de esta obligación de dar acceso a la información que conforma la denominada transparencia pasiva. Lo anterior no es óbice para que resulten obligadas a proveer cierta información constitutiva de transparencia activa y determinada por la propia Ley de Transparencia<sup>36</sup>.

Resta preguntarse si las empresas de utilidad pública que no hayan sido creadas por ley y en las cuales el Estado no tenga la participación accionarial antes indicada o mayoría en el directorio quedan comprendidas entre los sujetos pasivos en análisis. Nos inclinamos por la negativa por las siguientes razones:

- i) el precepto que las incluía, esto es, el inciso cuarto del artículo 13 de la Ley 18.575, fue derogado por la Ley 20.285 sobre Transparencia;
- ii) la Ley de Transparencia dispone que ciertos preceptos de ésta se aplican a las empresas del Estado y sociedades en que éste tenga una participación accionarial superior al 50% o la mayoría en el directorio, pero no contempla otro caso de empresas de utilidad pública diverso de los antes señalados;
- iii) el artículo 8° de la Constitución Política de la República limita esta obligación a los órganos del Estado y sobre dicha base se ha interpretado que

---

<sup>31</sup> Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículo 4°, inciso 1°.

<sup>32</sup> Esta situación fue puesta de manifiesto por Contraloría General de la República al H. Senado mediante el Dictamen N° 4642, de 8 de noviembre de 2000.

<sup>33</sup> Para observar las diversas visiones que sobre el particular se han tenido en nuestro sistema jurídico, Domingo Valdés Prieto, "Libre Competencia y Monopolio", pg. 484, nota 465, Editorial Jurídica, Santiago, 2006.

<sup>34</sup> Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículos 2°, inciso 3°, y 10° transitorio. Consistente con lo anterior, la Superintendencia de Valores y Seguros ha emitido la Circular 1954, de fecha 03 de diciembre de 2009, mediante la cual dicta instrucciones para todas las empresas públicas creadas por ley y empresas del Estado y sociedades en que éste tenga participación accionarial superior al 50% o mayoría en el directorio, a fin de dar cumplimiento al artículo 10° transitorio, inciso cuarto, de aquella ley.

<sup>35</sup> Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículos 2°, inciso 3°, y 10° transitorio. Asimismo, véase Decisión Reclamo N°A4-09 del Consejo de Transparencia, considerandos 2, 3 y 4.

<sup>36</sup> Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículo 7°. Confrontar, Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago del 23 de octubre de 2009, causa rol N°civil 4625-2009.

- no puede alcanzar a entidades de derecho privado, como son las sociedades anónimas que prestan servicios de utilidad pública, salvo que el Estado ostente la mayoría accionarial o la mayoría del directorio<sup>37</sup>; y
- iv) así lo ha constatado la doctrina especializada en la materia<sup>38</sup>.

Cabe concluir que esta categoría de empresas no sólo no constituyen sujetos pasivos de la obligación de transparencia pasiva sino que además no se hallan afectas a obligaciones de transparencia activa.

### II.3.3. Objeto Formal

El objeto del derecho subjetivo en comento es acceder a información calificable como pública en virtud del Principio de la Transparencia. Esta información está determinada por el artículo 8, inciso 2°, de la Constitución al señalar: “*Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen (...)*”.

De esto se sigue que el objeto formal de dicho derecho subjetivo viene determinado por actos públicos de los órganos del Estado, expresión que comprende toda la tipología de actos de los diversos poderes y entidades que conforman el Estado según la descripción ya efectuada del sujeto pasivo.

Es importante destacar que debe tratarse de un acto emitido por un órgano estatal; de allí que la información que se halle en poder de éste y que no haya sido objeto de un acto o una resolución del Estado, en principio no debería quedar afectada al Principio de la Transparencia. Sin embargo, la propia Ley de Transparencia ha buscado colmar este eventual vacío al disponer que es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, a menos que esté sujeta a las excepciones que constituyen límites al Principio de Transparencia<sup>39</sup>. Más aún, la propia Ley de Transparencia ha creado una presunción simplemente legal de publicidad de la información en poder de los órganos de la Administración<sup>40</sup>, presunción que ciertamente no alcanza las excepciones constitucionales o legales que tutelan secretos o reservas.

A la publicidad de un acto estatal se opone su secreto y reserva<sup>41</sup>. Las causales de secreto o reserva dispuestas constitucionalmente son: i) que la publicidad del respectivo acto estatal afecte el debido cumplimiento de las funciones de un órgano estatal; ii) que la publicidad del respectivo acto estatal afecte los derechos de las personas; iii) que la publicidad del respectivo acto estatal afecte la seguridad de la Nación y iv) que la publicidad del respectivo acto estatal afecte el interés nacional.

<sup>37</sup> En este mismo sentido, Miguel Ángel Fernández González, “El Principio Constitucional de Publicidad”, pg. 150, Revista de Derecho Público, Vol. 69, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

<sup>38</sup> Enrique Rajevec Mosler, “Una Nueva Vuelta de Tuerca en Materia de Acceso a la Información: la Ley N°20.285 (D.O. 20.08.2008)”, numeral 6, publicado con fecha septiembre 03, 2008, en <http://decive.blogspot.com/2008/09/una-nueva-vuelta-de-tuerca-en-materia.html>.

<sup>39</sup> Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículos 5°, inciso 2°, y 10°, inciso segundo.

<sup>40</sup> Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículos 11°, letra c). Esta presunción es denominada “principio de la apertura o transparencia”, el cual ciertamente tiene un alcance más limitado que el antes analizado Principio Jurídico de la Transparencia.

<sup>41</sup> Cabe advertir que los conceptos de secreto y reserva no son equivalentes desde una perspectiva doctrinaria. Así, se ha dicho que: “jurídicamente, el secreto y la reserva son términos que difieren por la mayor jerarquía de los valores protegidos por el primero, resultando de ello una pena más severa para quien infrinja el secreto y también un plazo de protección más prolongado”. Cea Egaña, José Luis: “Vida Pública, Vida Privada y Derecho a la Información: Acerca del Secreto y su Reverso”, pg. 14, III Revista de Derecho, Valdivia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, 1992.

La distinción entre secreto y reserva está también desarrollada en el ámbito bancario; la primera rige para los depósitos bancarios, en tanto que la segunda aplica a operaciones de crédito y operaciones bancarias en general. Confrontar, Gustavo Plott W., “Manual de Operaciones y Servicios Bancarios”, pg. 189 y stes., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

Estas causales deben hallarse establecidas en una norma cuya jerarquía sea, a lo menos, equivalente a una ley de quórum calificado<sup>42</sup>. En otras palabras, estas causales deben hallarse formuladas por un precepto constitucional, una ley orgánica constitucional, una ley de quórum calificado o una ley simple amparada en la disposición cuarta transitoria de la Constitución. A contrario sensu, toda causal de reserva formulada en una norma infralegal ha quedado derogada por la entrada en vigor del artículo 8 de la Constitución. Es preciso advertir que la propia Ley de Transparencia contempla excepciones, puesto que advierte: “*salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado*”<sup>43</sup>. Las excepciones previstas por la Ley de Transparencia son esencialmente las mismas contempladas en el artículo 8° de la Constitución, aunque acompañadas de un mayor grado de especificación<sup>44</sup>. En atención a este mayor grado de especificación es que un destacado jurista ha considerado que se trata de una ley interpretativa de la Constitución<sup>45</sup>.

Conviene enunciar cierta controversia que había suscitado alguna interpretación de la disposición cuarta transitoria de la Constitución, norma que prescribe a la letra:

*“Se entenderá que las leyes actualmente en vigor sobre materias que conforme a esta Constitución deben ser objeto de leyes orgánico constitucionales o aprobadas con quórum calificado, cumplen estos requisitos y seguirán aplicándose en lo que no sean Contrarias a la Constitución, mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales”*

Es claro que esta disposición cuarta transitoria, que persigue evitar inconstitucionalidades sobrevinientes por faltar el respectivo quórum calificado exigido para ciertos contenidos de jerarquía legal, no agota ni ha agotado su virtualidad con motivo de la entrada en vigor de la Constitución, sino que rige también respecto de nuevas reformas y preceptos que se introduzcan en la Constitución<sup>46</sup>. Así, aquellas disposiciones contenidas en leyes simples que se hallaban vigentes al tiempo de entrada en vigor del artículo 8° ya comentado subsistirán mientras no se dicten los correspondientes cuerpos normativos. Por ejemplo, el artículo 282 del Código Orgánico de Tribunales contempla acuerdos secretos que subsistirían bajo la aplicación de la mencionada disposición cuarta transitoria.

No obstante lo anterior, se ha planteado la idea de que la normativa formulada en leyes simples que contemplan modalidades de secretos o reservas no podría subsistir – a pesar de lo dispuesto en la cuarta transitoria – en razón de ser contrarias a la Constitución y tal supuesta contrariedad derivaría de negar específicamente el Principio de la Transparencia. Discrepamos de semejante análisis porque éste importa olvidar que la Constitución en su artículo 8° en comento no sólo consagra dicho principio sino que también reconoce cuatro límites al mismo. Luego, si las normas legales que contemplan situaciones de reserva o secreto hallan fundamento último en alguno de los cuatro límites constitucionales al Principio de la Transparencia, nadie podrá argumentar que aquellas disposiciones legales contravienen la Constitución. Sin ir más lejos y, según

<sup>42</sup> Artículo 66, inciso 3°, Constitución Política de la República.

<sup>43</sup> Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículo 5°, inciso 1°.

<sup>44</sup> Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículo 21°.

<sup>45</sup> Ministro señor Enrique Navarro Beltrán, quien señala: “Corrobora lo anterior la circunstancia de que la Ley 20.285, sobre acceso a la información pública, señale de manera circunstanciada – en su artículo 21 – las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, disposición esta última a la que además puede atribuírsele el carácter de interpretativa del artículo 8° constitucional”, Consideración I, Sentencia de 25 de Agosto de 2009, Rol N° 1.288-2008, Tribunal Constitucional.

<sup>46</sup> Así lo explica con contundente argumentación el Dictamen N°48302/2007, parte II, emitido por Contraloría General de la República.

veremos en el caso particular a que se refiere la Sección III de este estudio, muchas de estas normas de jerarquía legal que contemplan secretos o reservas se reconducen a derechos garantizados en la misma Constitución Política, lo que resulta precisamente coherente con el segundo límite contemplado en el mismo artículo 8° de la Constitución que alude a “*los derechos de las personas*”. Luego, no existe la pretendida inconstitucionalidad de preceptos legales que contemplan secretos o reservas y que llevaría a impedir la aplicación de la disposición cuarta transitoria a éstos. No es suficiente al efecto invocar el argumento de que el Principio de la Transparencia se halla formulado en las Bases de la Institucionalidad de la Constitución, puesto que en este mismo capítulo se explica que el bien común civil presupone el pleno respeto de los derechos y garantías establecidas por la Constitución (artículo primero, inciso 4°) y que la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana (artículo 5°, inciso segundo).

A nuestro juicio, esta interpretación que defendemos viene adecuadamente refrendada por la misma Ley de Transparencia que establece que, 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 20.050, que establecen secreto o reserva respecto de determinados actos o documentos, por las causales que señala el artículo 8° de la Constitución Política<sup>47</sup>.

Por último, cabe recordar que la Ley de Transparencia<sup>48</sup> ordena que los órganos de la Administración del Estado mantengan un índice actualizado de los actos y documentos calificados como secretos o reservados en sus oficinas. El Consejo de la Transparencia en ejercicio de su potestad reglamentaria externa ha regulado dicho índice confiriendo a este último el carácter de público<sup>49</sup>.

#### **II.3.4. Objeto Material**

El objeto material del derecho subjetivo en estudio viene constituido por toda la información correspondiente a actos públicos de los órganos del Estado, en los términos antes indicados. Asimismo, es preciso observar que el Estado queda obligado a dar acceso a los actos y resoluciones, pero no se halla obligado a la producción de información en el sentido de tratarla, organizarla y procesarla según las necesidades del sujeto activo. Asunto diverso es que un órgano del Estado tenga como cometido precisamente la organización de información o la elaboración de estadísticas, caso en el cual se hallará obligado a proporcionar el resultado de dicha función pública al solicitante.

El objeto material se extiende a información correspondiente a actos públicos de los órganos del Estado. Para estos efectos, la información comprende: i) la decisión o acto mismo del órgano estatal; ii) los fundamentos de dicho acto, lo cual a nuestro juicio comprende tanto la parte expositiva y los considerandos de la respectiva decisión (en tanto estas categorías resultan predicables unívoca o análogamente en atención a la naturaleza del acto), así como los antecedentes fácticos mediatizados en antecedentes documentarios o probatorios que motivaron la respectiva decisión. En este sentido, la Ley de Transparencia es clara en cuanto alude a: “los documentos que les sirvan de

---

<sup>47</sup> Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículo 1° transitorio.

<sup>48</sup> Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículo 23°.

<sup>49</sup> Instrucción General N°3 del Consejo de la Transparencia. El mencionado índice, de conformidad al apartado I.1.d) debe señalar el fundamento legal y la respectiva causal de secreto o reserva.

sustento o complemento directo y esencial”; y iii) los procedimientos empleados para la dictación del respectivo acto o resolución. Es relevante destacar que los procedimientos, en su propia estructura, se hallan afectados a los principios de transparencia y publicidad por mandato legal<sup>50</sup>. De esta forma, los procedimientos deben ser por sí mismos transparentes, circunstancia a la cual se añade su publicidad en cuanto dan lugar a una decisión de un órgano estatal de conformidad con lo prescrito por el artículo 8 de la Constitución y artículo 5 de la Ley de Transparencia.

Ha de tenerse presente que a las tres formas de información descritas, la propia Ley de Transparencia ha añadido una fórmula residual al disponer que es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, a menos que esté sujeta a las excepciones que constituyen límites al Principio de la Ley de Transparencia<sup>51</sup>

### **II.3.5. Sujeto Afectado por Entrega de Información Solicitada**

En rigor estamos ante una relación jurídica trilateral, puesto que además de la intervención de los sujetos activo y pasivo antes descritos, existe una tercera persona que es aquella que puede resultar afectada por la entrega o difusión de la información solicitada. Esta tercera persona se denomina “*persona a que se refiere o afecta la información correspondiente*”<sup>52</sup> y puede, en cuanto tal, adoptar tres actitudes una vez requerida: i) aceptar la solicitud de información; ii) no deducir oposición, con lo cual se entiende que accede a la entrega de la información requerida; y iii) deducir oposición a la entrega de la misma<sup>53</sup>. Si esta tercera persona adopta las actitudes i) y ii), se entiende que accede a la publicidad de la información solicitada. En consecuencia, deberá el sujeto pasivo resolver si realizará la entrega de la información solicitada, lo que deberá hacer salvo que medie una causal de reserva o secreto.

Por contraste, si esta tercera persona adopta la actitud iii), esto es, deduce una oposición en tiempo y forma, el órgano estatal requerido quedará impedido de proporcionar la información solicitada, salvo que medie una resolución en contrario del Consejo de Transparencia. La oposición resulta procedente toda vez que la solicitud verse sobre información que pueda afectar derechos de terceros. Éstos podrán ejercer su derecho de oposición dentro del plazo de tres días hábiles contado desde la fecha de notificación. La oposición deberá ser escrita y requerirá expresión de causa<sup>54</sup>.

Por tanto, el sujeto activo ante i) una denegatoria por el sujeto pasivo de la petición de información o ii) ante una oposición interpuesta en tiempo y forma, tendrá derecho a recurrir al Consejo de la Transparencia solicitando amparo a su derecho de acceso a la información<sup>55</sup>.

### **II.3.6. Causa**

Se ha señalado que el ejercicio de este derecho subjetivo por parte de un sujeto activo “no requiere expresión de causa ni acreditar una calidad especial”<sup>56</sup>.

---

<sup>50</sup> Artículo 4°, Ley 19.880 que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado.

<sup>51</sup> Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículos 5°, inciso 2°, y 10°, inciso segundo.

<sup>52</sup> Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículo 20°.

<sup>53</sup> Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículo 20°.

<sup>54</sup> Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículo 20°.

<sup>55</sup> Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículo 24°.

<sup>56</sup> En este sentido, Jorge Álvarez Vásquez, “El Derecho de Acceso a la Información desde una Perspectiva Constitucional”, pg. 76, Revista Escuela de Derecho, Universidad del Mar, 2006.

Respecto de la legitimación activa nuestros tribunales han concluido, bajo la antigua legislación de transparencia, que el acceso a la información pública permite realizar “el legítimo ejercicio del control social sobre los agentes del Estado y la esfera pública tratándose de antecedentes que tienen como fundamento el interés de la comunidad”<sup>57</sup> y que, desde tal punto de vista, no se requieren exigencias de legitimación activa.

### **II.3.7. Formalidades**

La solicitud se efectuaría mediante un procedimiento desformalizado para agilizar la gestión. Aquélla debe presentarse por escrito o mediante sitios electrónicos y deberá contener ciertas menciones mínimas, las que en el evento de faltar darán lugar a un plazo de subsanación. Vencido éste sin que se hayan producido las complementaciones requeridas, se tendrá al solicitante por desistido de su petición<sup>58</sup>.

Ante una solicitud pueden presentarse oposiciones o bien tener lugar la concurrencia de alguna causal de reserva o secreto. En ambas circunstancias la autoridad pública que opera como sujeto pasivo deberá formular la negativa por escrito o por cualquier medio, incluyendo los electrónicos. Esta negativa deberá ser fundada, especificando la causal legal invocada y las razones que motiven su decisión<sup>59</sup>.

## **III. LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS COMO LÍMITE AL PRINCIPIO DE LA TRANSPARENCIA EN LA ACTIVIDAD ESTATAL**

El segundo límite al Principio Jurídico de la Transparencia, contemplado en el inciso segundo del artículo 8 de la Constitución, se refiere a “*los derechos de las personas*”. Esta frase tiene la trascendental función de evitar que, bajo la invocación del principio jurídico de la transparencia, resulten conculcados derechos de terceros. En efecto, esta frase ha sido correctamente interpretada como comprensiva de - al menos - los derechos de jerarquía constitucional como los contemplados en tratados internacionales vigentes en nuestro país<sup>60</sup>.

Las mal denominadas “excepciones” a la Transparencia en realidad no son excepciones sino antes bien límites. En efecto, la excepción es disruptiva y odiosa en tanto puede constituir fuente de arbitrariedades, mientras que los límites son internos e intrínsecos al respectivo principio o derecho y, por tanto, necesarios para la ordenación de la vida en sociedad. Así, un exceso transparencia puede ser lesivo para ciertos derechos fundamentales y esto es precisamente lo que consideró el Constituyente al consagrar el nuevo artículo 8 de la Constitución. En este sentido, cabe recordar las palabras del Ministro del Tribunal Constitucional, señor Mario Fernández Baeza, quién señalara:

---

<sup>57</sup> Sentencia Rol N°585-2003 de la Corte de Apelaciones de Santiago, considerando 8.

<sup>58</sup> Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículo 12°.

<sup>59</sup> Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículo 16°.

<sup>60</sup> En este sentido, Miguel Ángel Fernández González, “El Principio Constitucional de Publicidad”, pg. 153, Revista de Derecho Público, Vol. 69, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.



“Que la causal de excepción a la publicidad “los derechos de las personas” que el inciso segundo del artículo 8° de la Carta establece, debe entenderse estrictamente vinculada a lo dispuesto en el inciso cuarto, parte final, del artículo 1° de la misma Constitución, que dispone: “con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”, como requisito para que el Estado esté “al servicio de la persona humana” y promueva “el bien común”, creando “las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible”<sup>61</sup>

La Corte Interamericana en el caso Claude Reyes y Otros vs. Chile estableció que las restricciones (causales de reserva o secreto) establecidas legalmente han de ajustarse a un objetivo permitido por la Convención Americana<sup>62</sup>. En tal sentido, el artículo 13.2. contemplado en dicha Convención permite que se impongan restricciones a la Transparencia destinadas a asegurar “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás”, entre otras causales que se mencionan.

Esta causal de los “*derechos de las personas*” también haya eco en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Esta disposición contempla como causal de limitación: “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás”. En el mismo sentido, el artículo 19, párrafo 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 10, numeral 2, de la Convención Europea de Derechos Humanos que alude a “la protección de la reputación o de los derechos ajenos”.

### III.1. ¿QUÉ SON LOS “DERECHOS DE LAS PERSONAS”?

Esta fórmula empleada por la Constitución y reiterada por la Ley de Transparencia opera como límite intrínseco al principio jurídico de la Transparencia. De allí que resulta de la mayor trascendencia analizarla y establecer sus alcances.

La primera duda que surge a quién analice esta fórmula es si ésta resulta ser tautológica, toda vez que, por definición, sólo las personas tienen derechos<sup>63</sup>. Luego, indicar que el límite al principio de la transparencia consiste en “*los derechos de las personas*” pareciera, a primera vista, incurrir en un pleonasma carente de prolijidad jurídica. No obstante lo anterior, somos de la opinión que el Constituyente utilizó dicha formulación con una intención muy clara: otorgar la mayor amplitud lógica a los derechos que podrían operar como límite interno del mentado principio. Esta máxima amplitud lógica tiene un doble fundamento: i) por una parte, guardar coherencia con los derechos fundamentales que contempla la Constitución, puesto que aquéllos resultan asegurados por dicho cuerpo normativo a “*todas las personas*”<sup>64</sup>; y ii) evitar que, por la vía de constreñir el titular, hubiese derechos que no pudieran operar como límites del principio de la transparencia. Así, por ejemplo, la Constitución de 1925 aseguraba derechos a “*todos los habitantes de la República*”, dando lugar a diversas controversias

<sup>61</sup> Voto en contra del Ministro del Tribunal Constitucional señor Mario Fernández Baeza, numeral 8°, en sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1051-08-CRR.

<sup>62</sup> Para una síntesis de este caso, véase Miguel Ángel Fernández González, “El Principio Constitucional de Publicidad”, pgs. 160-164, Revista de Derecho Público, Vol. 69, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

<sup>63</sup> Confrontar, Jacques Maritain, “Lecciones Fundamentales de Filosofía Moral”, pgs. 186 y stes., Biblioteca Argentina de Filosofía, Buenos Aires, 1966. En el mismo sentido, Octavio Nicolás Derisi, “Los Fundamentos Metafísicos del Orden Moral”, pg. 203, Editorial El Derecho, Buenos Aires, 1980.

<sup>64</sup> Artículo 19, Capítulo III, Constitución Política de la República.

acerca de quiénes eran los sujetos titulares de los respectivos derechos asegurados. Una de tales controversias versaba acerca de si las personas jurídicas domiciliadas en Chile eran o no habitantes de la República.

En síntesis, la fórmula “*los derechos de las personas*” exhibe la mayor amplitud lógica tanto desde el punto de vista del titular (la persona) como desde la perspectiva del objeto (el derecho).

La siguiente consideración que procede realizar es dar cuenta de la triple acepción del término “derecho”, noción analógica por excelencia y respecto del cual hemos de distinguir tres significaciones principales: i) **derecho en sentido de lo justo** (lo adecuado a otros, lo debido a ellos), donde lo justo debido puede estar constituido por acciones u omisiones o por cosas (bienes tangibles e intangibles), según corresponda en cada situación; ii) **derecho en sentido de derecho subjetivo**. Si bien el derecho - en su acepción de lo justo - es debido a otro, también resulta exigible por ese otro y, por tanto, lo justo debido opera como objeto de una facultad moral de ese otro. Esta facultad moral para exigir lo justo adeudado es lo que denominamos derecho subjetivo; y iii) **derecho en sentido normativo**, esto es, en su acepción de normas jurídicas o sistema de leyes que constituyen fuentes de derechos.

Atendido que modernamente la acepción i) resulta muy poco empleada, parece razonable interpretar que la fórmula “*derechos de las personas*” corresponde a la significación de derecho en un sentido subjetivo.

El derecho subjetivo se estructura sobre la base de dos elementos: i) un poder moral para exigir algo, y ii) una materia sobre el cual recae dicho poder moral. Estos elementos nos resultarán útiles para caracterizar, en la Sección III.3, los derechos comerciales o económicos a que alude la Ley de Transparencia.

En cuanto a la noción de derecho subjetivo empleada por la Constitución, es preciso dar cuenta de las siguientes notas distintivas:

1. Los derechos fundamentales son reconocidos por el Estado, luego no son conferidos por la Carta Fundamental ni por autoridad pública alguna. La explicación de lo aseverado se halla en que los derechos emanan de la naturaleza humana<sup>65</sup>, esto es, se ostentan por la sola circunstancia de pertenecer al género humano. De allí que estos derechos fundamentales son anteriores al Estado en un sentido no cronológico sino que ontológico. Esto significa que los derechos fundamentales promueven y garantizan formas del bien humano a los integrantes de una sociedad civil o política por la vía de conferir a las personas prerrogativas de actuación destinadas a la consecución de aquéllas<sup>66</sup>.

2. Los derechos fundamentales no se hallan afectos a un *numerus clausus* determinado por la Constitución o por tratados internacionales ratificados por Chile. La explicación de esta apertura del catálogo de los derechos fundamentales radica en lo señalado en el numeral primero precedente, esto es, la pluralidad de bienes humanos que la creciente complejización de la vida humana en sociedad va reclamando. Cada uno de estos bienes humanos resulta conocido, estudiado y finalmente positivizado (explícita o

---

<sup>65</sup> Artículo 5, Capítulo I, Constitución Política de la República.

<sup>66</sup> Carlos I. Massini Correas, “El Concepto de Derechos Humanos: Dos Modelos de Comprensión y Fundamentación”, pg. 38, Ius Publicum N°6, Santiago, 2001.

implícitamente, según los casos) en función de las necesidades de la persona en su vida en sociedad.

3. Los derechos fundamentales deben interpretarse en armonía con los principios contemplados en el Capítulo I de la Constitución que colectivamente reciben la denominación de Bases de la Institucionalidad. Estos principios revisten carácter jurídico; por tanto, son preceptos rectores, operativos, coactivos y que contribuyen a una mejor interpretación no sólo del texto constitucional sino que también de toda la legislación subyacente a la Carta Fundamental.

4. Todos los derechos fundamentales han sido reforzados a través de la especial garantía del artículo 19 N°26 de la Constitución, que impide que aquéllos sean afectados en su esencia o que se impida su libre ejercicio;

5. Ninguno de los derechos fundamentales es ilimitado, en el sentido que carezca de límites internos en el poder moral que lo define para su ejercicio o en la materia sobre la que aquél recae. La vida en sociedad civil exige considerar tales límites a los derechos y éstos pueden hallarse en dos estados: i) de normalidad constitucional, y ii) de excepción constitucional.

Esto es relevante para una adecuada comprensión del inciso segundo del artículo 8° de la Constitución que consagra el principio jurídico de la transparencia. En efecto, según hemos explicado, este precepto constitucional da cuenta de un derecho subjetivo implícito: el derecho a solicitar acceso a la información pública, esto es, alcanzar un conocimiento cierto y razonablemente completo de la actividad estatal, que resulte debido de conformidad con la Constitución y las leyes. Este derecho subjetivo implícito<sup>67</sup>, que denominaremos Derecho al Acceso a la Información Pública (DAIP), presenta todas y cada una de las características antes anotadas para los derechos subjetivos constitucionales. Particularmente relevante es la característica quinta mencionada (la negación del carácter ilimitado del derecho subjetivo constitucional en atención a sus límites) para la comprensión del DAIP, puesto que éste tiene entre sus propios límites genéricos los demás derechos de las personas. De conformidad con el artículo 8 de la Constitución, estos demás derechos de las personas operan como límites internos genéricos al DAIP en cuanto resultan especificados a través de alguna forma de reserva o secreto. Las reservas o secretos constituyen los opuestos de la transparencia. Luego, para establecer los límites específicos del DAIP no basta con que nos hallemos ante un derecho de las personas determinado sino que resulta esencial la concurrencia en éste de un contenido normativo consistente en alguna forma de reserva o secreto. Será, por tanto, objeto de particular estudio el establecer en cada derecho de las personas si hay materia para considerar una reserva o secreto. En atención a la necesidad de la concurrencia de ciertas jerarquías normativas antes explicadas para configurar una reserva o secreto, resulta claro que éstos no pueden emanar de normas infralegales, entre las cuales hallamos las reglamentarias, administrativas, jurisdiccionales, convencionales u otras semejantes.

Los *derechos de las personas* que operan como límites al DAIP pueden clasificarse en tres órdenes normativos:

---

<sup>67</sup> Se ha sentenciado que el artículo 8 de la Constitución “*ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla*”. Claude Reyes, Marcel y Otros contra Chile.

- i) derechos fundamentales, tanto explícitos como implícitos, contenidos en la Constitución Política de la República;
- ii) derechos fundamentales, tanto explícitos como implícitos, contemplados en tratados internacionales ratificados por Chile y que se hallen vigentes; y
- iii) otros derechos consagrados por preceptos infraconstitucionales, pero que exhiban la jerarquía normativa requerida (al menos ley de quórum calificado). Esta jerarquía resulta necesaria para instituir un límite específico al derecho de acceso a la información pública. Respecto de la procedencia de este último orden normativo, estimamos que éste resulta confirmado por lo dispuesto por la Ley 19.880 al emplear la fórmula de “*los derechos de las personas*” para designar los derechos que las personas tienen en sus relaciones con la Administración. Ese legislador cierra una detallada enumeración de tales derechos, disponiendo en la última letra (i)) lo siguiente: “*Cualesquiera otros [derechos] que les reconozcan la Constitución y las leyes*”<sup>68</sup>. Luego, los derechos de las personas no sólo comprenden los derechos fundamentales indicados en i) y ii) sino que también derechos establecidos en leyes. Concordante con lo anterior, el Reglamento de la Ley de Transparencia preceptúa: “Se entenderá por tales [derechos de las personas] aquéllos que el *ordenamiento jurídico* atribuye a las personas en título de derecho y no de simple interés” (el destacado es nuestro)<sup>69</sup>. El empleo del término “*ordenamiento jurídico*” por el Reglamento constituye una prueba adicional de que los derechos a que hacemos referencia no sólo han de exhibir jerarquía del orden i) y ii) sino que también comprenden derechos infraconstitucionales emanados de leyes que tengan, al menos, la calidad de quórum calificado.

Los derechos fundamentales admiten múltiples clasificaciones, en las cuales no nos detendremos por exceder el objeto de este estudio. Alejandro Silva Bascañán contrapone los derechos de igualdad a los derechos de libertad. Enrique Evans de la Cuadra distingue entre derechos de la personalidad, derechos del pensamiento libre, derechos de la seguridad jurídica, derechos del desarrollo en el medio social y derechos del patrimonio<sup>70</sup>. Sergio Díez Urzúa categoriza los derechos fundamentales en derechos de la persona, derechos civiles, derechos políticos y derechos económicos, sociales y culturales<sup>71</sup>.

Más allá de las diversas clasificaciones que se puedan realizar de los derechos fundamentales, es preciso ocuparse del contraste normativo entre derecho e interés.

### III.2. DERECHO E INTERÉS: ¿UN DILEMA PENDIENTE?

Cabe recordar que el Tribunal Constitucional en una importante sentencia<sup>72</sup> se encargó de analizar en profundidad los conceptos de “derechos de las personas” y los de “intereses de terceras personas”<sup>73</sup>.

<sup>68</sup> Artículo 17°, letra i), Ley 19.880 que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado.

<sup>69</sup> Reglamento de la Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículo 7 N°2.

<sup>70</sup> Enrique Evans de la Cuadra, “Los Derechos Constitucionales”, Tomo I, pgs. 31-32, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, 2da edición actualizada.

<sup>71</sup> Sergio Díez Urzúa, “Personas y Valores. Su Protección Constitucional”, pgs. 106-107, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.

<sup>72</sup> Sentencia Rol N°634-2006 del Tribunal Constitucional, sección V, considerandos 16 a 23.

Observa dicha sentencia, en su considerando decimooctavo, que *interés* – en un sentido jurídico - es una “situación jurídica que se ostenta en relación con la actuación de otra persona y que conlleva la facultad de exigirle, a través de un procedimiento administrativo o judicial, un comportamiento ajustado a derecho”. De la noción expuesta extrae el Tribunal Constitucional que “el interés en el ámbito jurídico no se identifica necesariamente con la noción tradicional de derecho entendida como derecho subjetivo”<sup>74</sup>. Sin embargo, “la noción de interés representa una categoría reconocida progresivamente por los ordenamientos normativos para la protección de bienes jurídicos que no pueden ampararse de la misma forma que los derechos subjetivos tradicionales”<sup>75</sup>. Luego, el Tribunal Constitucional da cuenta de diversos pasajes en los cuales la Constitución reconoce la existencia de intereses dignos de protección jurídica para concluir que no sólo los denominados intereses supraindividuales sino que también los intereses individuales legítimos pueden ser objeto de reconocimiento y protección por el orden jurídico. Estos intereses individuales legítimos deben entenderse comprendidos dentro de un enfoque amplio del concepto “derecho”<sup>76</sup>; de lo contrario se estaría interpretando restrictivamente el artículo 1º, inciso cuarto, de la Constitución sino que, además, se estaría desconociendo el respaldo constitucional de un sinnúmero de normas legales que consagran la protección jurídica de intereses<sup>77</sup>. De lo expuesto concluye el Tribunal Constitucional que el límite al principio jurídico de la transparencia formulado, a través de la publicidad, por el artículo 8, inciso segundo, de la Constitución, consistente en “los derechos de las personas”, permite colegir que: “la expresión “derechos” está siendo utilizada en el mismo sentido amplio que en el artículo 1º, inciso cuarto, de la Carta Fundamental, comprendiendo tanto la protección de derechos subjetivos o derechos en sentido estricto cuanto de intereses legítimos”<sup>78</sup>. Luego, el término “derechos de las personas” comprende también *intereses legítimos*.

El Reglamento de la Ley de Transparencia emitido por el Ministerio de la Secretaría General de la Presidencia se encarga de contraponer los derechos de las personas y los simples intereses de las personas<sup>79</sup>. A fin de dar coherencia a la antes comentada sentencia del Tribunal Constitucional con la precisión que realiza el referido Reglamento, debe concluirse que lo que éste denomina “*simple interés*” corresponde a un interés no legítimo y que, como tal, no resulta merecedor de protección jurídica y, por tanto, malamente podría operar como límite del principio jurídico de la transparencia.

Es interesante destacar que la doctrina ha visto en el término “interés” una acepción general consistente en una “ventaja de orden pecuniario o moral que importa para una persona el ejercicio de un derecho o acción. El interés puede ser actual o eventual, material o moral”<sup>80</sup>. De esta forma, la doctrina también reconoce una asociación entre derecho e interés, desde el momento en que esta última noción indica la existencia de un derecho cuyo ejercicio importa una ventaja pecuniaria o moral<sup>81</sup>.

---

<sup>73</sup> Fórmula empleada por el hoy derogado inciso undécimo del artículo 13º de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

<sup>74</sup> Sentencia Rol N°634-2006 del Tribunal Constitucional, sección V, considerando 19.

<sup>75</sup> Sentencia Rol N°634-2006 del Tribunal Constitucional, sección V, considerando 19.

<sup>76</sup> Sentencia Rol N°634-2006 del Tribunal Constitucional, sección V, considerando 21.

<sup>77</sup> Sentencia Rol N°634-2006 del Tribunal Constitucional, sección V, considerando 22.

<sup>78</sup> Sentencia Rol N°634-2006 del Tribunal Constitucional, sección V, considerando 23.

<sup>79</sup> Reglamento de la Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículo 7 N°2.

<sup>80</sup> Henri Capitant, “Vocabulario Jurídico”, pg. 327, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986.

<sup>81</sup> Black’s Law Dictionary, pg. 812, West Publishing Co., 1990. Interest: “the most general term that can be employed to denote a right, claim, title, or legal share in something.”

Por otra parte, según algunos el término *interés* sería opuesto a *derecho*, según quedó planteado en el Informe de la Comisión Mixta que conocía del Proyecto de Ley sobre Probidad. Sin embargo, resulta clara la interpretación del Reglamento en cuanto a oponer derechos e intereses, puesto que el simple interés no es más que un interés carente de la legitimidad que confiere un derecho subyacente. Por contraste, un interés legítimo resulta identificable con un derecho.

### III.3. LOS DERECHOS DE CARÁCTER COMERCIAL O ECONÓMICO COMO LÍMITE AL PRINCIPIO DE LA TRANSPARENCIA EN LA ACTIVIDAD ESTATAL

Hemos de ocuparnos de una categoría especial de “*los derechos de las personas*” que resulta enunciada por la Ley de Transparencia. Dispone este cuerpo normativo que constituyen causales de secreto o reserva las siguientes:

“2. 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”<sup>82</sup>.

Debemos advertir que la técnica legislativa empleada en este numeral de la Ley de Transparencia ha generado dudas en el sentido de si el precepto en comento constituía una norma interpretativa de la Constitución<sup>83</sup>, declarándose finalmente por mayoría de votos de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados que el mentado precepto carecía de semejante sentido interpretativo. Esta aproximación contrasta con lo sostenido por los Ministros del Tribunal Constitucional, señores Navarro y Venegas, en su prevención a la sentencia pronunciada por ese Tribunal con fecha 10 de julio de 2008, Rol N°1.051 (control preventivo del proyecto de Ley de Acceso) y con la disidencia del Ministro señor Fernández Baeza formulada en esa misma sentencia.

A nuestro juicio el adverbio “*particularmente*” está empleado en su sentido de individualidad y distinción<sup>84</sup>. En otras palabras, dicho adverbio denota algo singular o individual como contrapuesto a lo universal o general. En efecto, las hipótesis normativas que vienen a continuación de la voz “*particularmente*” constituyen singularizaciones de la causal de secreto o reserva formulada previamente en términos universales como “*derechos de las personas*”. De ello se sigue que las singularizaciones en comento quedan lógicamente inscritas en las nociones de “*persona*” y “*derecho*” antes explicadas. En efecto, las especies deben ajustarse a los respectivos géneros y, por tanto, cabe predicar de los “*derechos de carácter comercial o económico*” lo que ya se ha expuesto de los “*derechos de las personas*”.

Así, hemos de afirmar que los derechos de las personas de carácter comercial o económico dan cuenta de derechos subjetivos reconocidos – explícita e implícitamente – en la Constitución y en tratados internacionales, así como de derechos subjetivos que

<sup>82</sup> Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículo 21 N°2.

<sup>83</sup> Véase, Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, referido al proyecto de ley, segundo trámite constitucional, sobre acceso a información pública, en Boletín N°3.773-06, del 08 de mayo de 2007, pg. 40.

<sup>84</sup> Confrontar, Diccionario de la Lengua Española, pg. 1146, Tomo 8, Madrid, 2001.

operativicen los anteriores, en tanto y en cuanto estos últimos se hallen en leyes orgánicas constitucionales, leyes de quórum calificado o leyes que se encuentren acogidas a la disposición cuarta transitoria de la Constitución. Asimismo, comprenden bajo la expresión “*derechos*” no sólo derechos subjetivos sino que también intereses supraindividuales e intereses individuales legítimos, de conformidad con la acertada interpretación efectuada en la materia por el Tribunal Constitucional.

Señalado lo anterior, cabe advertir que la especie de derechos de las personas mencionada en la parte final del artículo 21 N°2 de la Ley de la Transparencia se distingue del resto de los derechos de las personas por el derecho mismo y no por sus titulares. En efecto, los titulares indicados por el artículo 8 de la Constitución son los mismos que los señalados por el artículo 21 N°2 de la Ley de Transparencia, esto es, todas las personas.

La diferencia entre el artículo 8 de la Constitución y la disposición de la Ley de la Transparencia en comento se halla en el derecho mismo. Cabe recordar que un derecho subjetivo, según hemos indicado, se define sobre la base de dos elementos: i) un poder moral para exigir algo, y ii) una materia sobre la cual recae dicho poder moral. Este segundo elemento, es decir la materia, objeto o carácter de tales derechos, es el que ha empleado la Ley de Transparencia para singularizar este subconjunto de derechos de las personas y contraponerlo al resto de ellos. Luego, se da la paradoja de que la Ley de Transparencia no hace distinción alguno por concepto del poder moral, que es el elemento propiamente especificante de un derecho subjetivo, sino que lo hace en función de la materia. En consecuencia, procederemos en el capítulo siguiente a determinar la materia u objeto referidos indagando qué es lo comercial y qué es lo económico.

### **III.3.1. Lo Comercial y Lo Económico como Objeto de los Derechos Mencionados en la Ley de Transparencia**

La búsqueda de la especificidad de la materia u objeto de los derechos en estudio – lo comercial y lo económico - es de singular importancia, puesto que permitirá determinar qué categorías de derechos subjetivos serán alcanzados por el artículo 21 N°2 de la Ley de Transparencia y, por tanto, podrán operar como límites al principio jurídico de la transparencia.

#### **III.3.1.1. Equivocidad del Vocablo Comercio**

Siendo el vocablo comercio un término que presenta significativas equivocidades, resulta necesario preguntarse qué es el comercio y en cuál de sus varias acepciones ha sido empleado por la Ley de la Transparencia para efectos del precepto localizado en el artículo 21 N°2, parte final.

En una perspectiva etimológica, la voz comercio guarda relación con la irrupción del contrato de compraventa como el principal de los contratos<sup>85</sup>, desplazando las permutas,

---

<sup>85</sup> Así lo plantea Luis de Molina al conferir al contrato de compraventa la cualidad de “contrato por excelencia” y calificarlos como “el más frecuente”. Véase, Molina, Luis de, “Teoría del Justo Precio”, Disputa 336, “De la Compra-Venta”, numeral 1°, pg. 113, Editorial Nacional, Madrid, 1981.

los cambios y las donaciones. Es tal la fuerza con que irrumpió el contrato de compraventa en las economías dinerarias, que la voz latina “commercium” – que significa comercio, tráfico, negocio – nace de la integración de las partículas “cum” (con) y “merx” (derivado de “mercor”, esto es, comprar y vender). En el derecho romano “merx” significaba el acto de comprar, puesto que “merx” era precisamente la cosa objeto del contrato de compraventa. De esta manera, el término comercio puede ser etimológicamente explicado como “con compra” o “con mercancía”. Esta vinculación entre compraventa y comercio ha perdurado en los siglos y quedó recogida en las Etimologías de San Isidoro de Sevilla, cuando éste afirma: “El nombre de comercio deriva de “mercancías”, denominación que aplicamos a las cosas que se pueden vender”<sup>86</sup>. Más tarde, en la España del siglo XVI, se acuña el verbo “mercar” como sinónimo de vender, poniendo en evidencia las relaciones entre mercancía, compraventa y comercio.

Del comercio se han efectuado muchas descripciones, siendo la principalmente aceptada aquélla que lo conceptualiza como *una actividad de intermediación con fines de lucro, generalmente consentida por las respectivas partes, consistente en entregar a los consumidores los productos o mercaderías que se adquieren de fabricantes o mayoristas a cambio de un cierto provecho o ganancia.*

A continuación, analizamos las principales notas constitutivas de esta definición:

**Actividad.** Comercio y negociación habitualmente son empleados como sinónimos, puesto que negocio es lo contrario del ocio y se da el nombre de negociar al de comerciar puesto que esta última actividad, al estar cargada de preocupaciones, resulta extraña al ocio<sup>87</sup>.

**Intermediación.** La intermediación constitutiva del comercio puede ser clasificada en intermediación “meramente económica”, por una parte, y en intermediación “económica y jurídica”, por otra. En la intermediación meramente económica el intermediario adquiere algún derecho sobre los bienes que demanda para luego ofertarlos a los consumidores, esto es, se hace parte en los contratos que permiten la intermediación, vgr., las empresas bancarias celebran contratos de captación y luego de hacerse dueñas de los fondos captados, aquéllas celebran contratos de colocación. A diferencia, en la intermediación económica y jurídica, el comerciante no es parte en los contratos que ponen en contacto al productor/mayorista con el comerciante/minorista/consumidor, resultando un ejemplo paradigmático el corredor de propiedades. Así, la intermediación es siempre económica y, en ocasiones, adicionalmente jurídica.

**Con fines de lucro.** El lucro es de la esencia del comercio y lo distingue de otras formas de intermediación que pueden realizarse con otros propósitos, por ejemplo, comprar para donar u otras fórmulas destinadas a practicar la caridad.

De esta manera, el objeto del comercio es la producción de riqueza mediante el referido intercambio de bienes y servicios; este intercambio usualmente se verifica mediante dinero, de allí que el dinero se coloca “entre” los cambios y consiste, además, el dinero en el fin del comercio, al ser aquél representativo del lucro en las economías dinerarias.

---

<sup>86</sup> Sevilla, San Isidoro de, “Etimologías”, Tomo I, Libro V, 25,35, pg. 527, Editorial BAC, Madrid, 1993.

<sup>87</sup> El término latino “negotium” revela la contraposición entre negocio (“neg-otium”), esto es, la negación del ocio y el ocio (“otium”). Para un contraste entre actividad económica y actividad contemplativa (ocio fecundo), véase, Josef Piper, “Leisure. The Basis of Culture”, pg.3 y ss., Liberty Fund, Indianápolis, 1999.



Es por ello que, desde antiguo, el Estagirita ha afirmado que “...ya que el dinero es el elemento básico y el término del [inter]cambio”.<sup>88</sup>

No nos ocuparemos de los argumentos éticos que validan la práctica del comercio, por estimarlo innecesario a los efectos del presente estudio; si bien cabe destacar que este asunto fue cuidadosamente analizado por los más grandes teólogos juristas y resuelto favorablemente, en tanto y en cuanto que la finalidad del comercio no sea la obtención de un lucro desordenado o carente de razonabilidad<sup>89</sup>.

**Generalmente consentida.** Esta actividad de intermediación se caracteriza por ser generalmente consentida por las respectivas partes y, por tanto, desde una óptica jurídica se materializa a través de multitud de formas convencionales, sean traslaticias del dominio o no. En consecuencia, resulta un error limitar esta intermediación a ciertas formas contractuales en particular. Incurre en esta imprecisión el propio Diccionario de la Lengua Española al explicar el comercio como: “Negociación que se hace comprando y vendiendo o permutando géneros o mercancías”<sup>90</sup>. Si bien es cierto que la compraventa y la permuta suelen ser las convenciones más comunes en el comercio, no por ello son las únicas mediante las cuales puede llevarse a cabo esta especie de intermediación. Si bien nuestro derecho positivo no ha definido qué ha de entenderse por comercio, la jurisprudencia nacional emitida por los Tribunales Ordinarios de Justicia ha recogido, en forma constante, variaciones de la definición antes comentada del Diccionario de la Lengua Española.<sup>91</sup>

Hemos señalado que esta forma de intermediación es generalmente consentida para oponerla a otras modalidades de intermediación claramente involuntarias - estas son las conmutaciones involuntarias o “ekousión”, según la terminología aristotélica - , como ocurre, por ejemplo, en el caso de los daños injustamente inferidos que se conmutan o “cambian” por la compensación económica correspondiente a la víctima de aquéllos. Decimos que el comercio es generalmente consentido a fin de resaltar que, excepcionalmente, las transacciones comerciales pueden revestir un cierto carácter forzoso, lo cual puede ocurrir, en algún grado, como efecto del dirigismo contractual o, más radicalmente involuntarias, en el caso de ciertas técnicas del orden público económico en virtud de las cuales la autoridad pública ordena la celebración de ciertas convenciones o determina todo o parte de los contenidos de las mismas, constriñendo la autonomía privada que suele presidir las actividades mercantiles.

**Productos o Mercaderías.** En cuanto a los bienes ofertados en el mercado, debe observarse que existe una distinción de antigua data entre comercio e industria, no obstante que desde la óptica de la Economía Política el comercio es una rama de la industria. Al analizar Domingo de Soto<sup>92</sup> el comercio se refiere a dos clases de

<sup>88</sup> Aristóteles, “Política”, 1257b, pg. 71, Editorial Gredos, Madrid, 1999.

<sup>89</sup> Santo Tomás de Aquino, “Suma de Teología” 2-2, Cuestión 77, Artículo 4, pgs. 598 y stes., Editorial BAC, Madrid, 1990, seguido por Domingo de Soto, “De la Justicia y del Derecho”, Tomo III, Libro VI, Cuestión II, Artículo 2, pgs. 543 y stes., Editorial Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968 y también por Luis de Molina, “Teoría del Justo Precio”, Disputa 336, “De la Compraventa”, numeral 3º, pg. 129, Editora Nacional, Madrid, 1981. Afirma Santo Tomás de Aquino: “No obstante, el lucro, que es el fin del tráfico mercantil, aunque en su esencia no entrañe algún elemento honesto o necesario, tampoco implica nada vicioso o contrario a la virtud. Por consiguiente, no hay obstáculo alguno a que ese lucro sea ordenado a un fin necesario o aún honesto, y entonces la negociación resultará lícita.”

También defiende la necesidad del comercio, aunque desde una óptica más bien sociológica, Johannes Althusius, “Política” (1603), pg. 85, Liberty Fund, Indianapolis, 1995.

<sup>90</sup> Diccionario de la Lengua Española, pg. 365, Espasa Calpe, Vigésima Edición, Madrid, 1992.

<sup>91</sup> A modo de ejemplo, véase, “Price’s (South American Ltd) con Impuestos Internos”. Corte de Apelaciones de Valparaíso, 13 de Noviembre de 1945, Considerando 4º.

<sup>92</sup> Domingo de Soto, “De la Justicia y del Derecho”, Tomo III, Libro IV, Cuestión II, Artículo 2, pg. 544, Editorial Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968.

negocios: comercio e industria, radicando la distinción entre uno y otro en el hecho de que en el primero hay simple intermediación, en tanto que en la industria hay, adicionalmente, transformación del bien intermediado; por ello concluye el teólogo jurista señalando que la industria es, en verdad, un arte mecánico. Esta distinción ha sido recepcionada por el Derecho chileno en una antigua norma legal<sup>93</sup>, en algunas sentencias judiciales<sup>94</sup> y perdura en una reciente disposición de la Ley de Propiedad Industrial<sup>95</sup>.

El distingo entre comercio e industria no se muestra de interés para efectos de interpretar la disposición en análisis de la Ley de Transparencia, puesto que tanto el comercio como la industria constituyen actividades económicas y el artículo 21 N°2 de dicho cuerpo normativo refiere a “*derechos de carácter comercial o económico*”. Más aún, otras legislaciones como la antimonopólica se han encargado de eliminar el distingo entre comercio e industria para fines operativos<sup>96</sup>, distingo que tampoco ha demostrado utilidad desde la perspectiva de los antiguos preceptos que han proscrito los monopolios<sup>97</sup>. Prueba de lo anterior es que las legislaciones antimonopolios promulgadas en Chile hacen, invariablemente, remisión a las actividades del comercio y de la industria en el sentido de constituir todas ellas ámbito de aplicación de sus preceptos<sup>98</sup>. Más aún, el Decreto Ley 211, de 1973, que contiene el principal cuerpo normativo vigente en Chile para la defensa de la Libre Competencia, se encargó de mencionar expresamente, en su antiguo artículo cuarto, inciso primero, - hoy modificado en su redacción - que aquél regía sobre las actividades comerciales e industriales, advirtiendo que también se aplicaba a las labores extractivas y de servicios. De esta forma, se había buscado disipar toda duda acerca de que tanto las actividades comerciales como las industriales quedaban capturadas por la voz “comercio”.

**Consistente en entregar a los consumidores los productos o mercaderías que se adquieren de fabricantes o mayoristas.** Sobre este aspecto es preciso advertir que modernamente suele distinguirse entre comercio mayorista y minorista. Por tanto, a este punto esta definición puede considerarse imprecisa toda vez que limita el concepto de comercio sólo a aquella intermediación entre fabricantes/mayoristas y consumidores. La entrega a que se refiere esta noción puede tener lugar a través de un mercado (sentido económico) o fuera de mercado. Esto último resulta predicable respecto de aquellos productos o mercancías que por su singularidad carecen de un mercado en el cual sean ofertados y demandados con cierta habitualidad.

---

<sup>93</sup> Decreto N°194 de 20 de Febrero de 1954, emanado del Ministerio de Economía de Chile: “Industria es el conjunto de actividades desarrolladas en fábricas, plantas o talleres destinados a la elaboración, reparación, conservación, transformación, armadura, confección, envasamiento de sustancias, productos o artículos, en estado natural o ya elaborados o para la prestación de servicios, tales como molineras, tintorerías, acabados o terminación de artículos.”

<sup>94</sup> A modo de ejemplo, véase, “Commercial Investment Co. Ltd of Chile con Herrera”. Corte de Apelaciones de Talca, 26 de Enero de 1931, considerandos 11° y 12°.

<sup>95</sup> Artículo 36, inciso segundo, Ley 19.039 de Propiedad Industrial: “Para estos efectos, la expresión industria se entenderá en su más amplio sentido, incluyendo a actividades tales como: manufactura, minería, construcción, artesanía, agricultura, silvicultura y la pesca.”

<sup>96</sup> Cabe recordar que la interpretación inicial de la Sherman Act de los Estados Unidos de América (1890), efectuada por los tribunales de justicia, estableció erróneamente que “el comercio viene a continuación de la fabricación y no es una parte de ésta”, por lo cual ciertas restricciones que afectaban la libertad en la industria manufacturera de bienes no quedaron comprendidas bajo el ámbito de aplicación de dicha ley al categorizarse como “industria” y no corresponderse con la voz “comercio” (United States v. E.C. Knight, 1895). Dos años más tarde, los tribunales de justicia reemplazaron esta definición restrictiva de comercio por una más amplia que incluía la industria y las demás fases productivas de la actividad económica (United States v. Trans-Missouri Freight Association).

<sup>97</sup> Existe una larga tradición en este sentido, que está descrita por Joseph Manuel Domínguez Vicente, “Curia Filípica”, Tomo II, Cap. I, N° 38, pg. 15, Madrid, 1790. Dicha tradición remite a las Leyes de la Recopilación (Lex 5, tit. 8, lib. 9 Recop.) y a las Siete Partidas (Lex 2, tit. 7, part. 5).

<sup>98</sup> Artículo 172, inciso 1°, de la Ley 13.305 (1959) y antiguo Artículo 4, inciso 1°, del Decreto Ley 211 (1973). Este último estuvo en vigor hasta la reforma efectuada al Decreto Ley 211 por la Ley 19.911, la cual fue publicada en el Diario Oficial con fecha 14 de Noviembre de 2003.

### III.3.1.2. Otras Nociones Jurídicas de Comercio

Es preciso consignar que el Derecho suele emplear, adicionalmente a la expuesta, una acepción demasiado amplia y otra demasiado estricta de comercio, ninguna de las cuales resulta apropiada para una adecuada conceptualización de la voz “comercio” empleada por la Ley de Transparencia para describir un límite al principio jurídico de la transparencia.

Se presenta demasiado lata para los fines señalados, aquella acepción donde el término “comercio” alcanza su significación típicamente romana: la comerciabilidad en cuanto designa bienes que pueden ser objeto de relaciones jurídicas privadas. Por tanto, comercio significa el conjunto de actividades referidas a bienes susceptibles de ser objeto de las indicadas operaciones jurídicas<sup>99</sup>. Luego, un derecho de carácter comercial, bajo esta acepción lata, significaría cualquier derecho referido a bienes que pueden ser objeto de relaciones jurídicas privadas. Esta acepción peca por exceso para efectos de la Ley de Transparencia, puesto que desde una perspectiva de la materia u objeto de un derecho subjetivo comprendería virtualmente cualquier derecho, en circunstancias que de la fórmula empleada por el artículo 21 N°2, parte final, resulta claro que se quiso aludir a una categoría específica de derechos. En efecto, el uso por dicha disposición del adverbio “*particularmente*” precediendo a los “*derechos de carácter comercial o económico*” es indicativo de que con esta frase se pretendió aludir sólo a ciertos derechos que interesan a la Ley de Transparencia.

En la misma línea de raciocinio, resulta claro que la fórmula empleada por la Ley de Transparencia en cuanto ámbito de aplicación material no corresponde a los actos de comercio definidos por el Código de Comercio<sup>100</sup>, puesto que la mercantilidad de éstos se refiere a las actividades económicas privadas que reseña el artículo tercero del Código de Comercio y los actos y contratos que los profesionales de dichas actividades celebran para el ejercicio de las mismas son mercantiles por accesión a dicha actividad<sup>101</sup>. El comerciante del Código de Comercio obedece a una noción constreñida por requisitos de habitualidad y capacidad jurídica, aunque a partir de la Revolución Francesa dicha concepción tiende a ser reconducida a las características objetivas de los actos de comercio que realiza. Asimismo, es manifiesto que la noción de comercio no puede quedar reducida a las actividades estrictamente comerciales por oposición a las industriales ni limitada a las que desarrollen los privados.

En síntesis, queda en evidencia que la voz “*comercial*” empleada por el artículo 21 N°2, parte final, de la Ley de Transparencia no se agota en las actividades de intermediación en cuanto opuestas a las industriales, ni ha de ajustarse a la noción romana de comerciabilidad, demasiado amplia en cuanto alude a todas las relaciones jurídicas privadas y demasiado estrecha, en cuanto excluye las relaciones jurídicas mercantiles públicas. En efecto, los derechos de carácter comercial también pueden proceder de

<sup>99</sup> Jean Guyenot, “Derecho Comercial”, Vol. I, pgs. 27-28, Ediciones Jurídicas Europa- América, Buenos Aires, 1975.

<sup>100</sup> Artículo 3, Código de Comercio de la República de Chile.

<sup>101</sup> Juan Esteban Puga Vial, “El Acto de Comercio. Crítica a la Teoría Tradicional”, pg.112, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

relaciones jurídicas públicas, según quedó de manifiesto en la historia de la tramitación de la Ley de Transparencia<sup>102</sup>.

De lo expuesto concluimos que el vocablo comercio, para efectos del precepto de la Ley de Transparencia en estudio, corresponde a la noción generalmente aceptada del mismo y que ha sido analizada al inicio de este capítulo. Así, se entiende por comercio las actividades de intermediación realizadas con fines de lucro, generalmente consentidas por las respectivas partes, consistentes en entregar a los consumidores los productos o mercaderías que se adquieren de fabricantes o mayoristas a cambio de un cierto provecho o ganancia.

Considerando la equivocidad expuesta del término comercio y algunas restricciones emanadas de la definición generalmente aceptada que comentáramos, es que las modernas constituciones<sup>103</sup> y legislaciones antimonopólicas<sup>104</sup> han tendido a reemplazar el vocablo “comercio” por la expresión “*actividades económicas*”. El artículo 21 N°2, parte final, de la Ley de Transparencia resolvió salvar la equivocidad que rodea la voz “comercial” a través del empleo del término “económico”. Las voces “comercial” y “económico” se hallan vinculadas en el referido precepto por la conjunción “o”, surgiendo la pregunta de si esta conjunción ha sido empleada por el Legislador de la Transparencia en forma disyuntiva o a modo de equivalencia. Nos inclinamos por la primera alternativa, puesto que si bien a nuestro juicio la finalidad del Legislador de la Transparencia era salvar las equivocidades que el término “comercial” podía producir si era mencionado en forma aislada, la gran amplitud conceptual exhibida por la voz “económico” en comparación con el alcance del término “comercial” no permite afirmar un empleo sinonímico de tales voces. Este contraste de amplitud conceptual ya ha sido empleado por una reciente directiva de la Comunidad Europea<sup>105</sup>. En el siguiente capítulo quedará de manifiesto la mayor amplitud nocional del término “económico” por oposición a “comercial”.

### **III.3.1.3. Lo Económico: ¿Una Nueva Perspectiva del Ámbito Material de los Derechos de las Personas?**

Los extravíos sufridos por diversas legislaciones como consecuencia de la equivocidad del vocablo “comercio” movieron a los juristas del siglo pasado a la búsqueda de definiciones más operativas. Una solución fue acudir a la noción de lo económico que, si bien superaba los problemas planteados por la voz comercio, introducía nuevas dudas acerca de los límites de lo económico. Para mayor claridad, procede distinguir los bienes económicos de las actividades económicas.

#### **III.3.1.3.1. Los Bienes Económicos**

---

<sup>102</sup> Moción Parlamentaria de los Senadores Hernán Larraín Fernández y Jaime Gazmuri Mujica. Fecha 04 de enero, 2005. Cuenta en Sesión 23, Legislatura 352, Senado. Proyecto de Ley, artículo 1°, 4.d) “Cuando puedan lesionar intereses comerciales u otros de tipo económicos, ya sean públicos o privados”, pg. 9, en Historia de la Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 20 de agosto de 2008.

<sup>103</sup> Artículo 19 N°21 de la Constitución Política de la República de Chile.

<sup>104</sup> Artículos 1° y 4° del Decreto Ley 211.

<sup>105</sup> Directiva 2005/29/Comunidad Europea, cuyo artículo 14.2 define *comerciante* como “cualquier persona física o jurídica que, en las prácticas comerciales contempladas en la presente Directiva, actúe con un propósito relacionado con su actividad económica, negocio, oficio o profesión, así como cualquiera que actúe en nombre del comerciante o por cuenta de éste” (el subrayado es nuestro).

Es preciso observar que no todo bien humano apetecido es por ello económico. Para que un bien humano revista el carácter de económico se requiere al efecto la concurrencia de ciertas notas copulativas: a) exterioridad, puesto que los bienes humanos internos no son objeto de la Economía, b) mensurabilidad de los bienes, esto es, su aptitud para ser valorados pecuniariamente, c) utilidad de uso<sup>106</sup>, puesto que hay bienes externos con los cuales nos relacionamos por otros motivos, v.gr., simplemente por goce estético. Esta tercera nota dependerá de la amplitud que se desee conferir a la voz utilidad; si seguimos a los filósofos clásicos, sólo ciertos bienes exteriores son útiles, y d) escasez, acompañada de demanda, esto es, insuficiencia de tales bienes en relación con la demanda actual por los mismos.

Si la necesidad a satisfacer ha de ser colmada con bienes exteriores y la cantidad disponible de éstos es insuficiente para la adecuada satisfacción de esa necesidad, tales bienes adquirirán valor económico, valor que será susceptible de medición por la vía de la cuantificación dineraria. Sólo aquellos bienes que exhiben valor económico, esto es, “la significación que unos concretos bienes o cantidades parciales de bienes adquieren para nosotros, cuando somos conscientes de que dependemos de ellos para la satisfacción de nuestras necesidades”<sup>107</sup>, han de ser llamados “bienes económicos”. Es preciso recordar que un bien no económico puede transformarse en un bien económico en dos situaciones:  $\alpha$ ) en el evento que disminuya la cantidad disponible de ese bien, manteniéndose constante la necesidad por dicho bien, y  $\beta$ ) en el evento que se incremente la necesidad a satisfacerse por ese bien, vgr., aumento de la población, manteniéndose constante la cantidad disponible de ese bien.

Es preciso observar que sólo algunos de los denominados bienes económicos tienen la aptitud de dar inmediata satisfacción a una necesidad humana. El resto de los bienes económicos obtienen su calidad de tales del hecho de hallarse vinculados por nexos causales entre sí y con los bienes que dan inmediata satisfacción a necesidades humanas. En otras palabras, gran cantidad de los bienes económicos son tales en cuanto que sirven para la elaboración de otros bienes que tienen la aptitud de inmediatamente satisfacer necesidades humanas. Así, los campos de trigo y los molinos que trituran el trigo son bienes económicos en tanto y en cuanto el trigo triturado sirva para la elaboración del pan y éste continúe siendo un bien económico (supuesto, naturalmente, que el trigo no sirva para otra cosa que la elaboración de pan), dotado de la capacidad de satisfacer directamente una necesidad humana determinada. De allí, que los bienes económicos que dan satisfacción directa e inmediata a necesidades humanas, sean llamados bienes económicos “del primer orden”, y los restantes bienes económicos correspondan a “otros órdenes” (segundo, tercero, cuarto, etc.), según se alejen de la necesidad humana que, mediatamente, a través de otros bienes complementarios han de colmar<sup>108</sup>. Así, la cualidad de bien de un bien económico de orden superior está condicionada por el hecho de que se disponga de sus respectivos bienes complementarios de orden inferior y por el hecho de que ninguno de estos últimos

---

<sup>106</sup> Santo Tomás de Aquino, “Comentario a la Ética a Nicómaco”, Libro V, Lección IX, pg. 285, Ediciones CIAFIC, Argentina, 1983. Señala este autor: “Mas este algo que mide todo verdaderamente es la necesidad, o indigencia o demanda de las cosas, que contiene todas las cosas cambiables en cuanto son ellas capaces de remediar la humana necesidad; pues las cosas no se aprecian según la dignidad de su naturaleza, ya que de otro modo un ratón, que es un animal sensible, sería de mayor precio que una perla, que es una cosa inanimada, sino que a las cosas se les imponen su precio en la medida en que los hombres las necesitan para su uso. Signo de esto, es que si los hombres nada necesitaran, no habría cambio alguno, y lo mismo sucedería si no tuvieran necesidades semejantes, vale decir, de estas cosas, pues no darían lo que tienen a cambio de aquello que no necesitan.”

<sup>107</sup> Karl Menger, “Principios de Economía Política”, pgs. 102 y 103, Unión Editorial, Madrid, 1983.

<sup>108</sup> Karl Menger, “Principios de Economía Política”, pg. 51 y ss., Unión Editorial, Madrid, 1983.

pierda la calidad de bien económico. La calidad de bien económico puede perderse porque se descubra que un determinado bien no es apto para satisfacer una determinada necesidad, vgr., se descubre que una planta carece de la propiedad curativa que se le había atribuido, o porque se proscriba el consumo de un determinado bien por probarse adictivo, vgr., el consumo de ciertos fármacos. Si existe uno o más apetentes por un mismo bien económico, que formalizan su apetencia en términos dinerarios o por equivalentes en otros bienes económicos, podremos decir que hay demanda y si existe uno o más oferentes del bien económico apetecido, que formalizan su voluntad por enajenar la propiedad o ciertos usos del bien económico ofrecido en términos dinerarios o por equivalentes en otros bienes económicos, diremos que hay oferta. La interacción entre quiénes exteriorizan su apetencia por ese bien económico, en términos dinerarios o su equivalente, y quiénes exteriorizan su oferta en atención a que conseguirán otros bienes apetecidos con los dineros o equivalentes obtenidos, da lugar a los intercambios y cuando éstos se tornan habituales, tiene lugar la formación de los mercados económicos.

De esta interrelación entre bienes económicos nace la interrelación entre mercados y la conocida referencia a las diversas fases productivas. En efecto, mientras más próxima se halla una fase productiva del consumidor, más cerca se encuentra el bien económico procesado en esa fase productiva del bien económico del primer orden, del cual aquél arranca su calidad de bien económico (supuesto que no reciba su calidad de bien económico por causa de un bien del primer orden diferente). De lo señalado se colige que las fases productivas son tales en cuanto el bien económico a que refieren no pierda su calidad de bien económico.

### **III.3.1.3.2. Actividades Económicas**

Los bienes económicos dan lugar a actividad humana exteriorizada cuyo objeto es la obtención de los mismos, esto es, actividades económicas. En la medida que tales actividades económicas trasponen los límites de la mera subsistencia o autoabastecimiento y se desarrollan intercambios o conmutaciones de excedentes, puede darse lugar a la formación de mercados. Los mercados revisten algunas características: la primera es una cierta permanencia o habitualidad en la demanda y oferta de un bien económico; y la segunda, es que no resulta necesaria la materialidad del mercado, en el sentido de que oferentes y demandantes pueden concurrir sin que se encuentren presencialmente entre sí y sin que los bienes negociados se encuentren a la vista de los oferentes y demandantes respectivos.

Las referidas “actividades económicas”, en una acepción lata, pueden ser conceptualizadas como las correspondientes a aquellas actividades propiamente humanas - es decir, guiadas por intelecto y voluntad - que realizan personas, naturales o jurídicas, sobre bienes económicos en busca de la apropiación o utilización de los mismos, con el objeto de resolver el problema de la escasez, esto es, aquél que busca dar satisfacción a necesidades ilimitadas con recursos escasos.

Quizás una de las mejores definiciones de actividad económica es la que señala que ésta corresponde a “toda actividad humana que modifica el conjunto de medios útiles y escasos a disposición de un sujeto (individuo o grupo social) para los fines de la vida.”<sup>109</sup>

---

<sup>109</sup> Francisco Valsecchi, “¿Qué es la Economía?”, pg. 16, Ediciones Macchi, Vigésima Edición, Buenos Aires, 1996.

Así, la actividad económica en cuanto estudiada y sistematizada por la Economía<sup>110</sup>, da lugar a la eficacia económica, esto es, la eficacia con que se logra una mayor utilidad con un menor esfuerzo<sup>111</sup>. En nuestra opinión, más preciso resulta afirmar que la eficacia económica consiste en alcanzar la mayor productividad con el insumo de menores costos. Los recursos empleados que se eliminan de nuestra disposición se llaman “costos”, en tanto que los recursos obtenidos como consecuencia de la anterior eliminación y que ingresan a nuestro ámbito de disposición se denominan “productos”. En este sentido, la actividad económica es actividad propiamente humana relacionándose con bienes exteriores, útiles y escasos, en una forma tal que éstos le reporten al autor de dicha actividad la mayor utilidad posible.

La multiplicidad de actividades económicas emprendidas por pluralidad de personas da lugar a un proceso económico, cuyos estadios han sido denominados fases productivas y corresponden, en su formulación más simple, a las fases de producción, distribución (mayorista y minorista) y consumo. Esta descripción semeja bastante a la que contenía el antiguo artículo cuarto del Decreto Ley 211<sup>112</sup>. Es conveniente observar que estas fases productivas, desde una óptica jurídica y en economías dinerarias, se vinculan a través de los intercambios y la multiplicidad de intercambios permite la formación de mercados, los cuales asumen diversas formas y estructuras.

La actividad económica no puede ser reducida a los cambios o al tráfico mercantil, puesto que aquélla puede consistir en conductas de autoabastecimiento o bien en conductas de intercambio. Una reducción de la actividad económica a los cambios o conmutaciones conduciría a exigir una suerte de alteridad en la actividad económica - análoga a la que resulta esencial para la configuración del Derecho -, con lo cual el estudio de la actividad de un solitario Robinson Crusoe en procura de la satisfacción de sus necesidades ilimitadas quedaría entregada a otras ciencias, diversas de la Economía. Ciertamente, éste no es el caso; las actividades económicas pueden o no estar caracterizadas por la alteridad. Sólo aquellas actividades económicas donde exista alteridad interesan al Derecho y, por tanto, dan lugar a derechos de carácter económico.

La actividad económica admite dos grandes modalidades en función de su finalidad: i) el mero consumo para la autosubsistencia y ii) el intercambio o tráfico. Así, por ejemplo, la libre competencia reglada por el Decreto Ley 211 tiene por ámbito material sólo una modalidad de actividades económicas: aquéllas que se refieren al intercambio de bienes, en tanto se realicen a través de mercados. De esto se sigue que los bienes que no pueden ser comercializados ni intercambiados en términos absolutos<sup>113</sup>, tampoco podrán ser objeto de tutela por el Derecho de la Libre Competencia.

---

<sup>110</sup> La Ciencia Económica es en parte teórica, en parte práctica y en parte productiva, según explica José M. J. Cravero, “El Tomismo en la Filosofía Contemporánea de la Economía”, pgs. 65 y stes, Ediciones de la Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 1997.

<sup>111</sup> Julio Meinvielle, “Conceptos Fundamentales de la Economía”, pg. 23, Editorial Nuestro Tiempo, Buenos Aires, 1953.

<sup>112</sup> La frase “actividades económicas”, había sido ejemplificada por el Legislador Antimonopólico a través del antiguo artículo cuarto del Decreto Ley 211, cuyo inciso primero, aludía al ejercicio de actividades económicas tales como las actividades extractivas, de producción o industriales y de distribución o comercio en sentido estricto, así como las de servicios.

<sup>113</sup> Esta imposibilidad de comerciabilidad (res extra-commercium) afecta a ciertos bienes que no pueden ser objeto de relaciones jurídicas privadas, sea por su naturaleza o bien por su destino, según se encarga de recordarlo el artículo 1464 N°1 del Código Civil chileno. No debe confundirse la in comerciabilidad con la inalienabilidad de un bien. Ciertos derechos políticos y atributos de la personalidad no admiten comerciabilidad, v.gr., el derecho a voto o el derecho a la vida (este último se halla mal formulado, puesto que, en realidad, se trata del derecho a que me respeten la vida que ya tengo).

No abordaremos en el presente estudio, por exceder los límites del mismo, las diversas posiciones que se han perfilado en relación con el objeto formal y específico de la Economía<sup>114</sup>. En nuestra opinión, puede caracterizarse lo económico de la siguiente manera: “es en general económico el comportamiento humano enderezado a conseguir bienes materiales externos, contando, por una parte, con medios también provistos de esa índole, pero que son escasos y, por otra parte, con unos medios internos - las capacidades físicas e intelectuales del hombre - donde se da, asimismo, la nota de la escasez”<sup>115</sup>. En esta última descripción se precisa la escasez de los denominados factores y recursos productivos y se aclara la naturaleza de los bienes que trata la Economía. Sólo allí donde hay escasez y demanda puede existir valor económico y, por tanto, valoración pecuniaria, puesto que el precio es la medida de la escasez entregada a la estimación común del respectivo mercado.

Sin embargo, no toda forma de escasez es susceptible de evaluación pecuniaria; la escasez ha de predicarse de un bien dotado de exterioridad al ser humano y que exhiba algún grado de mensurabilidad, que es lo que la descripción transcrita ha denominado “materialidad”.

A ese sentido amplio de lo económico, tan debatido al guardar relación con la definición del objeto formal de la Economía, cabe contraponer una acepción más estricta y más operativa que sirva al precepto en estudio de la Ley de Transparencia.

En efecto, los derechos de carácter económico deben tener por objeto alguna forma de actividad económica, sea ésta de autosustento o de intercambio. Así, estas actividades para ser calificadas de económicas deben versar, a su vez, sobre bienes económicos, esto es, escasos, externos y que exhiban algún grado de mensurabilidad.

Asumiendo que haya intercambio, éste puede o no dar lugar a mercados en un sentido económico. La noción de mercado exige un intercambio habitual o dotado de cierta permanencia en el tiempo, esto es, un ámbito ideal o físico en cual interactúan con cierta habitualidad la oferta y la demanda por uno o más bienes económicos específicos. En este sentido, es correcto afirmar que existen ciertos bienes respecto de los cuales no existe mercado en un determinado país o región, lo cual no significa que nunca nadie haya demandado tales bienes, sino que si ello ocurre, acontece muy esporádicamente, no dando lugar a una demanda y oferta habitual o más o menos permanente y, por tanto, no procede hablar de mercado en un sentido estricto. La exigencia de que el mercado esté dotado de alguna permanencia exhibe muy antigua data; así San Isidoro de Sevilla afirmaba: “De donde la designación de “mercado” dada a la reunión de numerosas personas que suelen vender o comprar.”<sup>116</sup>. De allí que no todo intercambio dé lugar a un mercado en un sentido económico.

La habitualidad en los intercambios da lugar desde el punto de vista de las personas a la aparición de las empresas y desde el punto de vista de las mercaderías a la formación de los mercados.

Las actividades económicas que destacan como prototípicas son la producción, el comercio y la distribución de bienes y servicios. Estas actividades económicas en estricto rigor no tienen por objeto inmediato la solución del problema económico, sino más bien lo buscan solucionar indirectamente por su dependencia y subordinación a las

---

<sup>114</sup> Véase, Domingo Valdés Prieto, “Libre Competencia y Monopolio”, pgs. 335-346, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.

<sup>115</sup> Antonio Millán Puelles, “Economía y Libertad”, pg. 142, Conf. Española Cajas de Ahorro, Madrid, 1974.

<sup>116</sup> San Isidoro de Sevilla, “Etimologías”, Tomo I, Libro V, 25, 35, pg. 527, Editorial BAC, Madrid, 1993.



conductas humanas que efectivamente buscan solucionar dicho problema. En otras palabras, la actividad misma de producir no satisface las necesidades del productor, puesto que éste requiere obtener un pago por las unidades producidas, con parte del cual podrá satisfacer sus necesidades y con otra parte remunerará los factores productivos implicados en tal producción. En consecuencia, la actividad de producir es un medio indirecto para satisfacer las necesidades del productor.

La libertad económica descansa sobre la posibilidad de elegir medios para alcanzar el fin económico que se ha propuesto una persona, sea ésta oferente o demandante y en este último caso, intermedio o final. Una vez determinado ese fin es necesario que los bienes económicos revistan también la calidad de bienes jurídicos (es decir no adolezcan de objeto ilícito) y que las actividades económicas desplegadas no se opongan a la moral, las buenas costumbres, el orden público ni a la seguridad nacional). La prosecución de ese fin económico exige la existencia de una libertad jurídica para determinar los medios que han de emplearse en los procesos de autoabastecimiento o de intercambio, medios que también son bienes económicos y jurídicos a la vez. Esta libertad jurídica es la que confiere la propiedad privada no sólo sobre los bienes finales consumibles, sino que también sobre los medios de producción y sobre el propio trabajo.

En síntesis, un derecho de *carácter comercial* resulta muy restringido en contraste con un derecho de *carácter económico*. El carácter comercial aparece como demasiado estricto puesto que dicho vocablo es entendido como la actividad del intermediador, esto es, el conjunto de actividades económicas que causan la circulación de los bienes desde los productores hacia los consumidores. Luego, la actividad comercial es una parte de la actividad económica, en tanto que la actividad económica importa una referencia a la solución del problema económico, sea que éste sea atendido por la vía del autosustento o del intercambio y sea que éste último se desarrolle o no a través de mercados. En cualquier caso, lo económico comprende todas las fases productivas, que se extienden desde la producción hasta el consumo, pasando por el comercio y la industria en todas sus formas. De lo expuesto se podría concluir que lo “*comercial*”, en su acepción antes comentada, resulta subsumible en la expresión “*económico*” de que se vale la Ley de Transparencia en su artículo 21 N°2. En otras palabras, se confirma que el término “*económico*” está empleado como género de lo “*comercial*”, según resulta de las siguientes consideraciones:

- i) una *actividad económica* por contraposición a una *actividad de intermediación*, que caracteriza el comercio. La primera comprende toda forma de autosustento y de intercambio, sea éste productivo, extractivo, comercial, industrial o para consumo;
- ii) una *actividad económica*, por contraposición a una *actividad comercial*, no necesariamente importa lucro. La primera comprende toda forma de autosustento y de intercambio. Sólo en los intercambios puede existir el lucro, como bien explicara el Estagirita, por contraste con las actividades de autosustento donde por definición no puede haber lucro. Luego, no es de la esencia de las actividades económica el lucro, en tanto que sí lo es de la esencia en las actividades comerciales, según quedó de manifiesto en la primera definición analizada de comercio, que es la generalmente aceptada.
- iii) una actividad económica puede ser individual o colectiva en su desarrollo y mediar o no convenciones en la ejecución de la misma. Así, el autosustento

no requiere convenciones, en tanto la actividad comercial las requiere y por ello éstas son generalmente consentidas por las respectivas partes.

Retornando al análisis del artículo 21 N°2, parte final, de la Ley de Transparencia, conviene recordar que existen dos grandes categorías de objetos sobre los que pueden versar los derechos subjetivos de carácter económico: i) actividades económicas, y ii) bienes económicos.

Los principales derechos subjetivos constitucionales cuyo objeto es la actividad económica son los contemplados por el artículo 19 N°21 de la Carta Fundamental, que ampara el derecho a desarrollar actividades económicas lícitas, y por el artículo 19 N°16 de la Constitución, que tutela la libertad de trabajo.

En cuanto a los principales derechos subjetivos constitucionales cuyo objeto recae sobre bienes económicos es necesario aludir al artículo 19, numerales 23, 24 y 25, que dan cuenta del derecho a la propiedad y de propiedad. Éstos se extienden a la propiedad industrial, intelectual, de las ideas, de los datos personales y de la información y respecto de ellos convergen diversas legislaciones, tales como las que emplean dichos nombres, en tanto que respecto de la información cobra especial relieve la legislación de mercado de valores que contempla varias categorías de información.

Podría estimarse que los bienes económicos tutelados por el derecho de propiedad intelectual - en su acepción lata comprensiva de la propiedad industrial e intelectual - sólo guardan relación con las garantías constitucionales vinculadas a las propiedades tuteladas constitucionalmente antes indicadas. Lo anterior no es así, puesto que existen ciertos atentados contra las propiedades intelectual e industrial que constituyen prácticas reprochadas por la legislación de competencia desleal, toda vez que permiten a un competidor mejorar su posición competitiva obteniendo una desviación de clientela. Así lo ha conceptualizado el Legislador de Propiedad Intelectual al preceptuar: *“Asimismo, esta ley tipifica las conductas consideradas desleales en el ámbito de la protección de la información no divulgada”*<sup>117</sup>.

Como puede observarse, tales prácticas reprochadas constituyen actividades económicas ilícitas toda vez que pugnan con la moral y el orden público, pero se relacionan con ciertos bienes económicos, tales como la información no divulgada. Así, queda en evidencia la estrecha relación entre actividades económicas y bienes económicos.

De esta forma, las legislaciones que protegen los bienes inmateriales, esto es, las realidades producidas por el intelecto humano y que a través de medios adecuados se hacen perceptibles y utilizables en las relaciones jurídicas, se ocupan de la propiedad de los mismos. En consecuencia, la legislación de competencia desleal se hace cargo de conductas que, por medios ilegítimos, persigan desviar clientela de un agente del mercado<sup>118</sup>. Entre tales medios ilegítimos empleados para capturar clientela se halla el acceder indebidamente a un secreto empresarial, esto es, apoderarse de un bien inmaterial tutelado por la Ley de Propiedad Intelectual. Acreditada que se halle la propiedad sobre esa información comercial o económica, las conductas que realice un competidor actual o potencial para apoderarse o emplear ilícitamente aquella información constituyen un atentado contra el derecho constitucional a desarrollar cualquier actividad económica que asegura no sólo que la competencia sea libre sino que también ésta sea desarrollada en forma leal.

---

<sup>117</sup> Artículo 1, inciso segundo, en relación con artículo 42, letra b), ambos de la Ley 19.039 sobre Propiedad Industrial.

<sup>118</sup> Artículo 3° de la Ley 20.169 que Regula la Competencia Desleal.

Atendido el amplio espectro normativo que abren la actividad económica y los bienes económicos, destinaremos la siguiente sección a tratar el derecho fundamental a desarrollar cualquier actividad económica lícita contemplado en el artículo 19 N°21 de la Constitución Política de la República.

### **III.4. EL DERECHO A DESARROLLAR CUALQUIER ACTIVIDAD ECONÓMICA Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO JURÍDICO DE LA TRANSPARENCIA**

Cabe recordar que un derecho subjetivo se estructura sobre la base de dos elementos: i) un poder moral para exigir algo, y ii) un objeto o materia sobre el cual recae dicho poder moral. Atendida la fórmula empleada por el artículo 21 N°2 de la Ley de Transparencia, en el capítulo precedente hemos procedido a clarificar la materia u objeto de los derechos subjetivos allí referidos, esto es, a determinar el alcance del *carácter comercial o económico* de los mismos. Al efecto, hemos distinguido las actividades económicas y los bienes económicos como la principal distinción que surge de la materia económica.

Lo ya señalado respecto de las actividades económicas resulta predicable del derecho a desarrollar cualquier actividad económica contemplado en el artículo 19 N°21 de la Constitución. Por consiguiente, en el presente capítulo omitiremos analizar la materia de este fundamental derecho subjetivo para centrarnos en su otro elemento estructurante: la facultad moral que lo especifica y que permite, por tanto, distinguirlo de los demás derechos de carácter económico.

#### **III.4.1. Facultad Moral Especificante del Derecho a Desarrollar Cualquier Actividad Económica**

La garantía constitucional contenida en el inciso primero del Artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República prescribe a la letra:

**“La Constitución asegura a todas las personas: 21.° El derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen”.**

Este precepto constitucional contiene la formulación positiva de un importantísimo derecho subjetivo público emanado de la naturaleza humana y, por tanto, anterior al Estado y sus organismos<sup>119</sup>. Dicha prioridad ontológica no es óbice para que este derecho pueda ser regulado e incluso limitado por las causas previstas por el Constituyente y según los términos en que tales causas resulten especificadas legislativamente.

El derecho a desarrollar cualquier actividad económica se halla reconocido por la Constitución Política de la República y asegurado a toda persona, sea natural o jurídica, - con la excepción del Estado y sus organismos, que en función de su especial naturaleza se hallan afectos a un régimen especial - no pudiendo en caso alguno ser dicho derecho afectado en su esencia ni impedido su libre ejercicio<sup>120</sup>. La importancia de este principio radica en que es una importantísima concreción del Principio de

<sup>119</sup> Sentencia Rol N°280 del Tribunal Constitucional, del 20 de octubre de 1998, considerandos 19° y 21°.

<sup>120</sup> Artículo 19 N°26 de la Constitución Política de la República.

Subsidiariedad y, por tanto, el soporte fundamental de la iniciativa privada en el orden económico.

En cuanto a la facultad moral especificante de la garantía constitucional en estudio, cabe observar que se trata de un derecho subjetivo y, por tanto, de una facultad que puede ejercitarse o no. En otras palabras, no existe una obligación jurídica de ejercitar este derecho en determinadas circunstancias, como sí acontece, por ejemplo, con las potestades públicas conferidas por la Constitución y las leyes, que constituyen una suerte de poder-deber. En razón de lo señalado es que este derecho subjetivo ha sido denominado en doctrina “la libertad para desarrollar cualquier actividad económica”. Esta libertad es de orden social o política y consiste en el atributo para determinar, con independencia respecto de otras autoridades públicas o privadas y de otras personas públicas o privadas si se opera o no y en el evento de hacerlo el cómo, cuándo y dónde se realizan actividades económicas, sea que tal operación entrañe actividad normativa (autonomía privada y heteronomía pública), sea que comprenda actividad extranormativa<sup>121</sup>. En efecto, este derecho es una forma específica de la libertad que el artículo primero, inciso primero, primera frase, de la Constitución Política reconoce a todas las personas y que el principio de subsidiariedad (artículo primero, inciso tercero, de la Constitución) preserva a las personas privadas ante la creciente actividad económica desplegada por el Estado a través de sus organismos, de empresas públicas y de sociedades estatales. Cabe recordar lo resuelto sobre el particular por el Tribunal Constitucional: “Que las normas del Capítulo I de nuestra Constitución constituyen un marco de carácter valórico y conceptual que vienen a limitar la acción del Estado dentro de la sociedad, abriendo el mayor campo posible a la iniciativa de los particulares”<sup>122</sup>.

La facultad moral que da forma al derecho a desarrollar cualquier actividad económica es de gran amplitud toda vez que emplea el verbo rector “*desarrollar*”, esto es, apunta al progreso y crecimiento de una comunidad humana en su dimensión económica. Desarrollar, en este contexto, no es otra cosa que desplegar una actividad económica en todos sus contenidos y formas, por lo cual resulta equivalente a iniciar y llevar a cumplido término una actividad destinada a resolver el problema económico. Luego, se trata de una libertad de iniciación, progreso y crecimiento en actividades económicas. Captar en toda su plenitud esta libertad exige algunas precisiones conceptuales que pasamos a señalar.

La primera observación se refiere a los factores productivos que cabe emplear de conformidad con este derecho. Ya había puesto de relieve un jurista integrante de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución la necesidad de considerar una disposición que “asegure la libertad para desarrollar actividades económicas, porque el principio, si bien se incluye, adolece de imprecisión dentro de la libertad genérica de trabajo”<sup>123</sup>. A nuestro juicio, el origen de la imprecisión anotada radica en que la libertad para desarrollar actividades económicas excede con creces el ámbito de la libertad de trabajo, puesto que esta última alude tan sólo al factor productivo “trabajo” en particular, en tanto que la primera libertad mencionada comprende el empleo de todos los factores productivos (trabajo, capital y recursos naturales). Desde esta perspectiva ha de reconocerse la superioridad conceptual y normativa de la Constitución

---

<sup>121</sup> Domingo Valdés Prieto, “Libre Competencia y Monopolio”, pg. 126, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.

<sup>122</sup> Sentencia Rol N° 167, de 6 de abril de 1993, del Tribunal Constitucional, considerando 10°.

<sup>123</sup> Comisionado señor Raúl Bertelsen, Sesión 388 de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución.

de 1980 que estableció la garantía del artículo 19 N°21 en forma separada de la libertad de trabajo, alejándose de los modelos preexistentes<sup>124</sup>.

La segunda observación se refiere a las fases productivas que alcanza el desarrollo de una actividad económica. Siguiendo lo planteado en las sesiones pertinentes de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, procede afirmar que este derecho comprende tres modalidades de libertad económica: i) libertad de producción, ii) libertad de comercio y iii) libertad de trabajo<sup>125</sup>. La Corte de Apelaciones de Santiago ha sentenciado que esta garantía: “a la que se le ha llamado de libre iniciativa o de libertad de empresa, es de contenido vasto, ya que comprende la libre iniciativa y la prosecución indefinida de cualquier actividad económica, sea productiva, comercial, de intercambio o de servicio”<sup>126</sup>. Estimamos que las fases productivas comprendidas por el derecho subjetivo constitucional en análisis son las de producción y extracción, distribución en sus modalidades de mayorista y minorista y consumo. El intercambio se haya presente en todas ellas y es precisamente aquél el que da lugar a la distinción y segmentación de tales fases. En efecto, si analiza una economía sin intercambio ni cambio, por ejemplo, una de autoabastecimiento, podrá decirse que hay producción y consumo, pero éstas coexisten en un mismo sujeto de derecho de tal forma que no tiene sentido ni utilidad diferenciarlas. Los servicios son tan sólo una clase de bienes económicos de naturaleza intangible y no constituyen en sí mismos una fase productiva.

La tercera observación se refiere a la naturaleza de las actividades que resultan comprendidas bajo la expresión actividades económicas, sean éstas primarias, secundarias o terciarias. Las actividades económicas a que alude esta garantía constitucional presentan la mayor amplitud<sup>127</sup> y prueba de ello es que aquéllas van precedidas del término “*cualquiera*”; por tanto, las actividades económicas no se agotan ni constituyen sinónimos de actividades lucrativas ni de actividades empresariales, como erróneamente han sostenido algunos autores y, desafortunadamente, alguna jurisprudencia. En efecto, la libertad cautelada por el Artículo 19 N°21 de la Constitución resulta aplicable a toda actividad económica, sea que ésta se desarrolle con una finalidad de autoabastecimiento, de cambio o de intermediación y sea que esta última modalidad tenga lugar fuera o dentro de mercados. En efecto, no todos los bienes que se intercambian dan lugar a la formación de mercados, según muestra la experiencia.

Las actividades económicas tuteladas por el mencionado precepto constitucional pueden clasificarse en lucrativas y no lucrativas<sup>128</sup>, así como en empresariales y no

---

<sup>124</sup> Con anterioridad a la Constitución de 1980 el derecho a desarrollar cualquier actividad económica resultaba inferido de la libertad de trabajo e industria. Recuérdese lo restringido de la noción de industria en comparación con el concepto de actividades económicas, según explicamos en el capítulo precedente.

<sup>125</sup> Comisionado señor Roberto Guerrero, Sesión 384 de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución.

<sup>126</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 25 de mayo de 1996, Rol N° 4.017-95.

<sup>127</sup> “[El señor Bertelsen] Cree que es más amplio establecer: “La libertad para desarrollar cualquier actividad económica”. O sea - agrega -, para crear una empresa extractiva, una industria manufacturera, una empresa de transportes, una sociedad de comercio, una sociedad de prestación de servicios, etc... El señor Ortúzar (Presidente) considera evidente que, al reconocerse como garantía constitucional la libre iniciativa privada para desarrollar actividades económicas, se está haciendo mención de las actividades industriales o comerciales...[El señor Bertelsen] añade no puede [el Estado] conculcar la libertad personal para desarrollar cualquier tipo de actividad económica, ya sea extractiva, productiva o de comercialización...”(Sesión 388, de 27 de Junio de 1978, de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución).

<sup>128</sup> Enrique Navarro Beltrán, “Notas sobre el Contenido Esencial del Derecho a Empezar Cualquier Actividad Económica”, Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Año III, N°3, pg. 27, Santiago, 1999. Concluye lúcidamente este jurista que: “el bien jurídico protegido no se encuentra en modo alguno restringido a las actividades lucrativas”. Este aserto se haya confirmado por la circunstancia de que actividades económicas de autoabastecimiento también resultan tuteladas por el artículo 19 N°21 de la Constitución.

empresariales<sup>129</sup> y todas ellas quedan amparadas por el inciso primero del artículo 19 N°21 de la Constitución. De allí que la actividad económica desarrollada por una fundación, que carece de fines de lucro, queda tutelada por el precepto indicado.

Se ha debatido si las actividades empresariales son por esencia de naturaleza lucrativa. Desde un punto de vista doctrinario pareciera resultar de la esencia de una actividad empresarial el carácter lucrativo, aún cuando ciertas definiciones positivas de empresa contempladas en nuestro orden jurídico prescinden de dicho carácter lucrativo<sup>130</sup>.

Se ha tendido a ver en las actividades empresariales el principal contenido – pero ciertamente no el único – de esta garantía constitucional, caracterizándose aquéllas como: “la más alta expresión de la iniciativa privada en el tráfico mercantil dentro de un Estado de Derecho”<sup>131</sup>

¿Cuál es la esencia de esta libertad tutelada constitucionalmente y por ello sustraída, en su esencia, al Legislador? Dar con la esencia de esta libertad resulta el asunto más fundamental de la misma: sólo así sabremos hasta dónde puede avanzar el Legislador con su afán regulatorio y hasta dónde podrían las autoridades públicas hacerse eco de los límites genéricamente señalados por el Constituyente sin transgredir la crucial garantía del artículo 19 N°26 de la Constitución Política de la República. Sobre el particular se han construido algunas interpretaciones:

- i) La libertad ha de ser la misma para todos los agentes que se dedican al mismo género de actividad económica y esto constituiría la esencia de la garantía en comento y, por tanto, muro infranqueable al Legislador. Se ha criticado esta visión por descansar sobre la igualdad y no sobre la libertad; así, podría preservarse la igualdad y reducirse la libertad hasta lo irrisorio para cada categoría de agentes o empresas que se dedican al mismo rubro de actividad, sin por ello vulnerar la libertad en su esencia. Para ilustrar lo anterior recurrimos a las palabras del gran filósofo del derecho Rafael Fernández Concha, quien señalara: “La ley no debe hacer acepción de personas, y, por lo tanto, tiene que imponer igual castigo a todos los responsables de faltas iguales. De aquí, empero, no se deduce que la pena haya de ser una misma para todos, pues esto, en vez de igualdad en el castigo, puede traer suma desigualdad”<sup>132</sup>. En efecto, la conclusión es que la igualdad no es suficiente si a través de ella se perpetra una injusticia consistente en negar este derecho fundamental. En consecuencia, la igualdad no puede constituir la esencia de esta garantía.
- ii) Nuestra interpretación es que la esencia de la libertad para desarrollar cualquier actividad económica es una libertad de orden social o política, que consiste en el atributo para determinar, con independencia respecto de otras autoridades públicas o privadas y de otras personas públicas o privadas, si se desarrolla una actividad económica o no y en el evento de hacerlo, determinar el cómo, cuándo y dónde se realizan actividades económicas, sea que el desarrollo de las mismas entrañe actividad normativa (autonomía privada y heteronomía pública), como actividad

---

<sup>129</sup> El distingo entre actividades económicas no empresariales y actividades económicas empresariales ya había sido formulado por el Comisionado señor Bertelsen, en Sesión 388 de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución. Confrontar, Eduardo Soto Kloss, “La Actividad Económica en la Constitución Política de la República de Chile”, pg. 123, *Ius Publicum* N°2, Santiago, 1999.

<sup>130</sup> Domingo Valdés Prieto, “Libre Competencia y Monopolio”, pgs. 489-490, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006. Véase, las definiciones de empresa contempladas en el artículo 3 del Código del Trabajo y en los Tratados de Libre Comercio suscritos entre la República de Chile y Estados Unidos de México, así como entre la República de Chile y Corea del Sur.

<sup>131</sup> Sentencia del Tribunal Supremo Español, Sala 4a, de fecha 21 de Febrero de 1984.

<sup>132</sup> Rafael Fernández Concha, “Filosofía del Derecho”, Tomo II, pgs. 332 y 333, Editorial Tipografía Católica, Barcelona, España, 1888.

extranormativa. Atendido que la libertad preservada constitucionalmente es una libertad política, ha de ser una libertad caracterizada por dos órdenes genéricos de restricciones: las regulaciones y los límites propiamente tales. Mientras las regulaciones tienen por objeto indicar el cómo (requisitos y condiciones) ha de ejercitarse la libertad para desarrollar actividades económicas (prohibición relativa o imperativa de requisitos), los límites propiamente tales buscan demarcar ámbitos más allá de los cuales no es posible ejercitar dicha libertad, ni siquiera cumpliendo determinados requisitos y condiciones (prohibición absoluta). La pregunta por cuáles son las regulaciones y limitaciones de la libertad para desarrollar actividades económicas es una pregunta que formulada en abstracto no admite sino una respuesta abstracta. Sólo si la pregunta se especifica por la vía de indicar precisamente de qué actividad económica se trata, v.gr., desarrollar una industria de salmonicultura, se podrá responder con todo detalle cuáles son las regulaciones y limitaciones. Estas consideraciones sobre las restricciones a las que se halla afecto el derecho a desarrollar cualquier actividad económica no pugnan con que el objeto de este derecho sea una libertad, puesto que tal como hemos afirmado la libertad para desarrollar una actividad económica es una libertad política y como tal, sujeta a restricciones. En tal sentido, creemos que yerran quienes estiman que “un contenido esencial que incluye límites no es, en modo alguno, un contenido esencial”<sup>133</sup>. En efecto, la esencia es aquello que hace que una cosa sea lo que es y no lo que carece de límites; así, todas las cosas del universo visible exhiben límites y no por ello carecen de esencia. Sin embargo, la pregunta fundamental guarda relación con cuál es la esencia y qué es el libre ejercicio de este derecho para determinar hasta dónde puede avanzar el Legislador sin vulnerar la garantía constitucional formulada en el artículo 19 N° 26. Sobre el particular es preciso observar que no existe fórmula para armonizar la garantía de la libertad para desarrollar cualquier actividad económica con un sistema centralmente planificado<sup>134</sup>, puesto que ello significaría afectar tal derecho en su esencia e impedir totalmente su ejercicio. La clave radica en distinguir la limitación de un derecho de la supresión del mismo: en virtud del orden público puede limitarse un derecho, pero no suprimirlo o impedir totalmente su ejercicio, que es el equivalente operativo de su supresión. Asimismo, ha de recordarse que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos que emanan de la naturaleza humana, según impera el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución Política de la República. De este precepto constitucional se sigue que una autoridad pública carece de potestades para desconocer las garantías constitucionales, entre ellas la del artículo 19 N°21 en estudio, que evidentemente corresponden a derechos emanados de la naturaleza humana.

### **III.4.2. Límites del Derecho a Desarrollar Cualquier Actividad Económica**

La garantía constitucional contenida en el artículo 19 N°21 no ampara ni podría amparar una libertad económica ilimitada para desarrollar actividades económicas. Ello, sin perjuicio de las razones de texto que conducen a tal conclusión, es una consecuencia lógica de las limitaciones inherentes a la naturaleza humana: no puede residir en un sujeto limitado una libertad ilimitada. Toda persona humana - y por tanto toda persona jurídica, que es efecto de aquélla - es por naturaleza limitada; luego, su libertad, que es un atributo de la persona humana ha de ser limitada, puesto que el obrar sigue al ser y el

<sup>133</sup> Manuel Aragón Reyes, “Libertades Económicas y Estado Social”, pg. 29, Ed. McGraw Hill, Madrid, 1995.

<sup>134</sup> En tal sentido no resulta la Constitución Política de la República compatible con cualquier sistema económico y, por tanto, carece de sentido pretender una absoluta neutralidad económica del sistema de principios, derechos y garantías previsto en nuestra Carta Fundamental.

modo de obrar sigue al modo de ser. Las limitaciones emanadas de la naturaleza humana pueden ser visualizadas en dos planos: la naturaleza humana en forma abstracta, que está afecta a todas las limitaciones propias de la misma, esto es, carácter de medio de la libertad para la consecución de fines, búsqueda ineludible de la felicidad, restricciones temporales, espaciales y físicas y, por otra parte, las limitaciones emanadas del carácter político de nuestra naturaleza humana, que nos llevan a coordinarnos en una vida en sociedad, vida que requiere un orden, una autoridad pública y una búsqueda del bien común político.

Desde el punto de vista del texto del inciso primero del artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República, la libertad económica exhibe límites, que son el orden público, la moral y la seguridad nacional. Las actividades correspondientes al mentado derecho a desarrollar actividades económicas son lícitas en tanto aquéllas no transgredan alguno de dichos límites que el Constituyente ha fijado genéricamente y cuya determinación sólo corresponde a un juez en un debido proceso.

Estos límites se proyectan sobre todas las formas de libertad para desarrollar actividades económicas; así, por ejemplo, no son patentables las invenciones cuya explotación comercial deba impedirse necesariamente para proteger el orden público, la seguridad del Estado, la moral y las buenas costumbres, entre otras<sup>135</sup>.

### **III.4.3. Regulación del Derecho a Desarrollar Cualquier Actividad Económica**

Dichas actividades económicas lícitas han de ajustarse a las normas legales que regulen dicha garantía, esto es, la substancia de la regulación específica de una actividad económica ha de hallarse en una ley. En consecuencia, no caben regulaciones de la libertad para desarrollar cualquier actividad económica que se efectúen en forma substantiva por normas infralegales<sup>136</sup>.

La garantía del inciso primero del artículo 19 N°21 se proyecta en una diversidad de ámbitos jurídicos en los cuales las respectivas libertades de desarrollo de actividades económicas resultan reguladas por leyes generales, esto es, transversales a pluralidad de industrias, v.gr., libre competencia, competencia leal, protección del consumidor, o por leyes sectoriales, esto es, referidas a industrias específicas, v.gr., actividad bancaria, actividad cambiaria, actividad de mercado de valores, actividad eléctrica, actividad sanitaria, etc.

Así, la garantía del artículo 19 N°21 inspira, ampara y rige una gran variedad de bienes jurídicos conexos al sistema de iniciativa privada que establece nuestra Constitución Política. Si bien es cierto que esa variedad de bienes jurídicos tienen en común el que todos ellos tutelan una libertad económica, dentro de ciertos límites y en ordenación al bien común económico, no resulta procedente olvidar que cada uno de esos bienes jurídicos difiere en modalidades, contenidos, características y regulaciones de esa libertad.

Al amparo de esta fundamental garantía constitucional emergen legislaciones especializadas y que dan cuenta de formas particulares de este derecho fundamental. Así, hemos de destacar: i) el derecho a competir libremente, esto es, a realizar libremente intercambios en los mercados; ii) el derecho a competir lealmente, esto es, a

<sup>135</sup> Artículo 38, Ley 19.039 de Propiedad Industrial.

<sup>136</sup> Comisionada señora Bulnes, Sesión 338 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, quién señalara: “el Estado, a través de disposiciones administrativas y simples reglamentos, ha impedido definitivamente el desarrollo de actividades económicas”. También sentencia Rol N°167, de 6 de abril de 1993, del Tribunal Constitucional, considerandos 12° y 14°.



realizar intercambios en los mercados sin sufrir actos contrarios a la buena fe o las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persigan desviar clientela de un agente del mercado; y iii) el derecho de protección de los consumidores.

Podría parecer inadecuado este aserto si pretendemos aplicarlo a la legislación que regula la competencia desleal puesto que parecería que ésta no tutela una libertad sino que constituye un mero límite a una libertad. No obstante lo anterior, si observamos esta legislación desde la óptica de lo tutelado veremos que en realidad busca asegurar la competencia leal o, si se prefiere, que al ejercitar una persona su libertad de competencia no sufra deslealtades por parte de los demás competidores. Así resulta que lo cautelado es una competencia sin deslealtades, esto es, una modalidad de libertad de competencia. Como acertadamente ha señalado un jurista: “un buen derecho de la competencia desleal tenderá a aumentar la calidad de la competencia y, por ende, a hacerla más libre”<sup>137</sup>.

Las libertades económicas pueden ser ejercitadas por cualquier persona – natural o jurídica - en forma individual o mediante cualquier clase de asociación lícita. Con todo, ya hemos advertido que las personas jurídicas que integran el Estado se hallan sometidas a un régimen de excepción que está contemplado en el inciso segundo del artículo 19 N°21 de la Constitución y cuyo fundamento descansa en la circunstancia de que el Estado es un ente de naturaleza accidental cuyas atribuciones no son naturalmente las de actuar como empresario, sino que ello sólo puede acontecer excepcionalmente como una exigencia del principio de subsidiariedad y cumpliéndose las exigencias de forma (artículo 19 N°21, inciso segundo) y las de fondo (artículo 1°, inciso tercero). Ello da lugar al Principio de Restricción de las Actividades Empresariales del Estado, puesto que éstas se hallan preeminente y naturalmente reservadas a los privados. El Estado está naturalmente llamado a conducir la sociedad civil al bien común político antes que a desarrollar actividades económicas. Si esto último es realizado por el Estado, ello es consecuencia de una falencia en el desarrollo de la iniciativa privada que, en el extremo y una vez agotados todos los medios razonables para crear y promover las condiciones que permiten la intervención de los particulares, ha de ser suplida por el Estado. Este auxilio del Estado es transitorio y, por su naturaleza, ha de terminarse tan pronto se reinicie la iniciativa privada en el rubro intervenido.

#### **III.4.4. Relaciones entre el Principio Jurídico de la Transparencia y la Libertad para Desarrollar Cualquier Actividad Económica.**

La garantía que contempla el derecho a desarrollar cualquier actividad económica puede no sólo ser conculcada por personas regidas por el derecho privado sino que también por personas regidas por el derecho público. Entre estas últimas se hallan el Estado y sus organismos, con la particularidad de que éstos podrían vulnerar la garantía constitucional en comento bajo el pretexto dar cumplimiento a la función pública y específicamente a los principios de la transparencia y publicidad administrativas.

---

<sup>137</sup> Tomás Menchaca Olivares, “Libre Competencia y Competencia Desleal en la Ley N° 20.169. ¿Existe Contradicción entre Ambas Disciplinas?”, pg. 31, en “Competencia Desleal”, Editor: Marcos Antonio González Iturria, Cuadernos de Extensión Jurídica N° 14, Universidad de los Andes, 2007.

A fin de evitar este conflicto, el propio Constituyente dispuso, a través del artículo 8, inciso segundo, que una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de actos y resoluciones estatales, así como de sus fundamentos y procedimientos, cuando la publicidad afectare los derechos de las personas. Así, la afectación del derecho a desarrollar una actividad económica, previsto en el artículo 19 N°21 de la Constitución, activada a través de una reserva o secreto legal, opera como límite al principio jurídico de la transparencia. En otras palabras, el principio jurídico de la transparencia cesa en su aplicación ante una hipótesis de afectación del derecho a desarrollar cualquier actividad económica, en tanto y en cuanto esta afectación se halle establecida a través de una reserva o secreto legal.

Este sistema de límites al principio jurídico de la transparencia, basado en la afectación de derechos de las personas y diseñado por el artículo 8 de la Constitución, constituye la especificación de un límite de carácter más general contemplado en el inciso segundo, primera parte, del artículo 5 de la Constitución Política. Dispone este precepto: “*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*”. La soberanía se ejercita a través de las autoridades públicas establecidas por la Constitución; luego, las autoridades públicas han de ejercer todas y cada una de sus potestades cuidando que éstas no excedan sus límites, entre los cuales se hallan los derechos esenciales emanados de la naturaleza humana. Según hemos visto, uno de los derechos esenciales emanados de la naturaleza humana es precisamente el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita y, por tanto, éste opera como límite respecto de la actividad de las autoridades públicas. Esta actividad comprende la función pública que resulta informada por pluralidad de principios, entre los cuales se halla el principio jurídico de la transparencia. En consecuencia, el principio jurídico de la transparencia tiene como límite el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita y se puede arribar a esta conclusión desde el artículo 5, inciso segundo, como desde el artículo 8, inciso segundo, ambos de la Constitución.

El Legislador de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado también había anticipado un potencial conflicto entre la función pública de la Administración del Estado – sentido lato del artículo 1° de dicho cuerpo normativo – que había de cumplir con la “*transparencia y publicidad administrativas*”, por una parte y, por otra, con el deber de respetar “*el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica en conformidad con la Constitución Política y las leyes*”<sup>138</sup>. Por ello esta disposición advierte que la Administración del Estado deberá observar tales principios – transparencia y publicidad -, pero cuidando que el cumplimiento de los mismos en el desarrollo de la función pública no importe una vulneración del derecho para realizar cualquier actividad económica de conformidad con la Constitución Política y las leyes. Subyace a esta advertencia del Legislador de Bases Generales de la Administración del Estado una consideración de límites, esto es, que los principios de transparencia y publicidad administrativas no pueden ser aplicados en formas que conculquen el derecho a desarrollar cualquier actividad económica.

De lo expuesto se sigue que los secretos y reservas necesarios para desarrollar actividades económicas lícitas resultan implícitamente tutelados por esta disposición. Si se observa bien, estamos ante el reverso y el anverso de un mismo límite, puesto que aquella tutela implícita establecida por la Ley de Bases Generales de la Administración

---

<sup>138</sup> Artículo 3, inciso segundo, Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

del Estado no es otra que la misma protección que formula explícitamente el artículo 21 N°2 de la Ley de la Transparencia por la vía de reconocer un límite al principio jurídico de la transparencia. Así, la función pública en lo concerniente al principio jurídico de la transparencia cesa antes de configurar vulneraciones del derecho a desarrollar una actividad económica lícita o, puesto en otros términos, prevalece este último derecho por sobre el principio jurídico de la transparencia en un escenario de conflicto entre ambos. El conflicto entre el principio jurídico de la transparencia y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica necesariamente ha de plantearse en términos de una reserva o secreto que resulte indispensable respetar para asegurar el ejercicio de este derecho versus la publicidad de los contenidos de esa reserva o secreto. Si el ejercicio de una determinada libertad económica no requiriese mantener reserva o secreto alguno, no existiría dificultad en dar completa y total aplicación al principio jurídico de la transparencia en relación con aquella actividad económica.

Conviene advertir que los derechos esenciales emanados de la naturaleza humana, garantizados por la Constitución Política como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, no sólo operan como límite del principio jurídico de la transparencia sino que también existe un deber de promoción de los mismos. Dispone al efecto, el inciso segundo, segunda parte, del artículo 5 de la Constitución: “*Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*”. Del precepto transcrito se sigue que las autoridades públicas infraconstitucionales se encuentran bajo un deber positivo de rango constitucional. Este deber positivo consiste en una obligación de hacer cuyo objeto consiste en que las mentadas autoridades públicas han de ejercitar sus respectivas potestades públicas en forma coherente y armónica con el mejor ejercicio de los mencionados derechos esenciales emanados de la naturaleza humana, velando por la máxima operatividad de los mismos y evitando toda perturbación, entramamiento o entorpecimiento de aquéllos. Este deber de promover el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita alcanza a toda autoridad pública infraconstitucional y particularmente a aquéllas cuya misión es cautelar el principio jurídico de la transparencia, esto es, el Legislador de la Transparencia, el Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República que emite el Reglamento de la Ley de Transparencia y el Consejo de la Transparencia, entre otros.

Si alguna autoridad pública infraconstitucional ordenase dar aplicación al principio jurídico de la transparencia a la totalidad de la información relativa a una determinada actividad económica, en circunstancias que el desarrollo de ésta exigiese mantener ciertas reservas o secretos, dicha resolución podría ser equivalente a prohibir esa actividad económica. Esta hipótesis, de configurarse, podría activar una antigua disposición de nuestro Código Penal que sanciona al empleado público que “*prohibiere un trabajo o industria que no se oponga a la ley, a las buenas costumbres, seguridad y salubridad pública*”<sup>139</sup>. En efecto, una forma de prohibir una industria puede consistir en la emisión de una resolución por un funcionario público mediante la cual establezca exigencias, supuestamente fundadas en el principio jurídico de la transparencia, que resulten incompatibles con el desarrollo de una determinada actividad económica o tornen imposible la realización de ésta.

---

<sup>139</sup> Código Penal, artículo 158 N°2.

En síntesis, la mencionada libertad para desarrollar actividades económicas ha de ser respetada por el Estado y sus organismos en su doble faz de límite y de objeto de promoción, sea que aquéllos actúen en cuanto autoridades públicas, sea que obren en cuanto competidores o empresarios. Así, el Estado puede conculcar este derecho fundamental contemplado en el artículo 19 N°21 de la Constitución Política bajo dos modalidades:

- a) **en cuanto autoridad pública:** i) al lesionar este derecho fundamental especificando limitaciones que no correspondan al orden público, la moral o la seguridad nacional; por ejemplo, resolviendo el Consejo de la Transparencia que el principio jurídico de la transparencia constituye un contenido de orden público y que, por tanto, opera como un límite al ejercicio del derecho a desarrollar cualquier actividad económica; ii) al establecer regulaciones a dicho derecho cuya substancia provenga de alguna autoridad pública infralegal, v.gr., el Consejo de la Transparencia regula el derecho a desarrollar cualquier actividad económica sin contar al efecto con una norma legal que contemple la substancia de la regulación impuesta por aquella autoridad pública; iii) al establecer regulaciones al derecho a realizar cualquier actividad económica que afecten la esencia de este derecho o impidan su libre ejercicio, v.gr., el Consejo de la Transparencia dicta resoluciones que ordenan develar reservas o secretos indispensables para el ejercicio de un determinado derecho a desarrollar cualquier actividad económica; y iv) al establecer regulaciones al derecho a realizar cualquier actividad económica que resulten incoherentes o desarmónicos con el deber de promoción de este derecho o perturben o entorpezcan su libre ejercicio. Así, por ejemplo, el Legislador de la Transparencia ordena a los competidores de una determinada industria entregar información relativa a su actividad económica a ciertas autoridades públicas en formatos que importen desagregaciones y estadísticas no estándares y cuya elaboración resulta onerosa para los suministradores de información; y
- b) **en cuanto competidor:** al obtener el Estado, sus organismos o sus empresas privilegios que permitan a estas últimas competir en condiciones más ventajosas, quebrando por tanto la igualdad de oportunidades que es la base de la libre competencia. Ejemplos de esta hipótesis podrían consistir en una lesión del derecho fundamental a desarrollar cualquier actividad económica por la vía de que las empresas públicas del Estado o las sociedades estatales, en cuanto competidores, se beneficien: i) de una transferencia indebida a favor de aquéllas de secretos o reservas que se hallen en poder de autoridades públicas, o ii) del revelamiento a una industria en general de los mencionados secretos o reservas que se hallen en poder de autoridades públicas bajo el pretexto de dar cumplimiento al principio jurídico de la transparencia.

En atención a lo expuesto, el principio jurídico de la transparencia y el derecho a desarrollar una actividad económica interactúan en las siguientes formas: i) la Ley de Transparencia puede actuar como norma reguladora de la garantía contemplada en el inciso primero del artículo 19 N° 21 (“*respetando las normas legales que la regulen*”), en cuanto alcance a ciertos agentes económicos públicos y privados; ii) las autoridades públicas responsables del principio jurídico de la transparencia deben promover (“*es deber de los órganos del Estado (...) promover tales derechos*”) la garantía contemplada en el inciso primero del artículo 19 N° 21, lo cual importa cumplir con lo dispuesto en el artículo 5, inciso segundo, de la Constitución, y iii) el inciso primero del

artículo 19 N°21 opera como norma delimitadora del principio jurídico de la transparencia en cuanto constituye un límite extrínseco a esta última. Esta delimitación brota de la esencia del derecho a desarrollar una actividad económica, de forma tal que los contenidos de éste que resultan sustraídos al principio de la transparencia no son otros que los secretos y reservas necesarios para ejercitar este derecho de carácter económico. Así, el principio jurídico de la transparencia cesa ante los secretos o reservas necesarias para ejercitar el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, operando éste como límite del mentado principio. A continuación detallaremos las funciones i) y iii).

#### **III.4.4.1. Función Reguladora de la Ley de Transparencia respecto del Derecho a Desarrollar cualquier Actividad Económica**

Respecto de la función regulatoria, es de recordar que la garantía constitucional del artículo 19 N° 21 debe ser ejercitada con pleno respeto a las normas legales - entre ellas la Ley de Transparencia - que la regulen. La regulación sólo puede ser llevada a cabo por el Legislador y no podría ser tolerada una regulación infralegal, ni siquiera por delegación, puesto que de conformidad al artículo 61, inciso segundo, de la Constitución el Legislador no puede delegar sus potestades en estas materias. Es preciso aclarar que la regulación nunca podrá afectar este derecho en su esencia ni impedir su libre ejercicio mediante condiciones o requisitos.

La exigencia de que las limitaciones a los individuos han de estar fundadas en la ley es propia de un orden jurídico caracterizable como un Estado de Derecho y corresponde a una de las directivas de la Escuela del Jus Naturae, que posteriormente fue incorporada a las modernas constituciones políticas de las repúblicas civilizadas<sup>140</sup>.

Conviene detenerse un instante en el alcance de la voz regular que, en nuestra opinión, significa “colocar en orden una cosa”<sup>141</sup>, en la especie un derecho fundamental. El orden asignado en el caso en comento no puede ser otro que la recta disposición de los derechos fundamentales hacia el bien común político. “Colocar en orden” equivale a ordenar, esto es, encaminar hacia un fin y este fin no puede ser otro que el del bien común político, única meta hacia el cual el Legislador puede legítimamente imperar una conducta, de conformidad con el artículo primero, inciso cuarto, de la Constitución. Por tanto, la regulación sólo puede estar orientada hacia una constructiva armonización del derecho fundamental en cuestión con el bien común de la sociedad civil, al tenor de la descripción que del bien común político realiza el propio artículo primero, inciso cuarto, de la Constitución.

La Ley de Transparencia ha normado en forma indirecta la actividad económica de las autoridades públicas y de competidores públicos al establecer determinados estándares de transparencia que aquéllos han de cumplir en su actividad.

Sobre el particular conviene recordar lo establecido en la sección II de este estudio en cuanto a que las denominadas empresas del Estado y las sociedades estatales deben cumplir ciertos deberes de transparencia activa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2, inciso 3°, y artículo 10 transitorio, ambos de la Ley de Transparencia.

En el caso de las autoridades públicas y órganos estatales alcanzados por el artículo 2 de la Ley de la Transparencia se les aplicarán las disposiciones correspondientes de este cuerpo normativo a sus respectivas actividades económicas.

---

<sup>140</sup> Giorgio Del Vecchio, “Los Principios Generales del Derecho”, pg. 86, Editorial Bosch, Barcelona, 2a edición, 1948.

<sup>141</sup> Diccionario de la Lengua Española, “Regular”, 2da acepción, pg. 1246, Vigésima Primera Edición, Madrid, 1992.

### **III.4.4.2. Función Limitativa del Artículo 19 N°21 respecto del Principio Jurídico de la Transparencia**

Es importante observar que el principio jurídico de la transparencia no se halla comprendido entre los límites del artículo 19 N°21 – moral, orden público y seguridad nacional –, de forma que aquél no opera como límite del derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita. La realidad es exactamente la contraria: el derecho a desarrollar cualquier actividad económica constituye un límite al principio jurídico de la transparencia y no viceversa. La prueba de lo señalado se encuentra en las disposiciones ya comentadas: artículos 5 y 8 de la Constitución Política, artículo 21 N°2 de la Ley de Transparencia, artículo 3, inciso segundo, de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado y Código Penal, artículo 158 N°2.

En cuanto a la función limitativa, cuyo objeto es acotar o ceñir un importante derecho fundamental implícito, cual es el formulado en el artículo 8 de la Constitución Política de la República, cabe observar que la propia Carta Fundamental alude como límite a los “derechos de las personas”. Entre éstos se halla la garantía constitucional contenida en el artículo 19 N° 21, inciso primero, de la Constitución consistente en el derecho a desarrollar cualquier actividad económica.

El Constituyente, con gran acierto, ha previsto un eventual conflicto entre el principio jurídico de la transparencia y el derecho a desarrollar una actividad económica y ha resuelto salvarlo por la vía de conferir preeminencia a este último en atención a su trascendencia para la libertad en su vertiente económica.

Este límite ha sido especificado por el Legislador de la Transparencia a través del artículo 21 N°2 de la Ley N°20.285.

Surge, entonces, la pregunta de a qué autoridad pública concierne la especificación de los límites del principio jurídico de la transparencia, los que deben estructurarse a través de reservas o secretos por mandato constitucional. Del propio tenor del artículo 8, inciso segundo, de la Constitución resulta claro que tal especificación corresponde al Legislador, en los términos y con los requisitos explicados en la Sección II precedente de este estudio. De allí que, en caso alguno, compete a la Administración del Estado la formulación específica de tales límites.

Estos límites no son otros que los secretos y reservas establecidos legislativamente y cuya revelación afecte derechos de carácter comercial o económico, entre los cuales se cuenta el derecho a desarrollar cualquier actividad económica. El fundamento último de la existencia de este límite arranca de la circunstancia de que el Legislador de la Transparencia no puede, en conformidad a lo preceptuado por el artículo 19 N°26 de la Constitución Política, afectar los derechos en su esencia ni imponer condiciones que impidan su libre ejercicio. Esto guarda coherencia con el ya explicado inciso segundo del artículo 8 de la Constitución.

Así, las libertades económicas para ser ejercitadas requieren la preservación secreta o reservada de cierta información económica. Tales libertades que constituyen la esencia normativa del derecho fundamental tutelado por el artículo 19 N°21 de la Constitución se hallan especificadas, en forma general, por las legislaciones protectoras de la libre

competencia, de la competencia leal y de los consumidores y, en forma particular, por la respectivas leyes sectoriales o propias de cada mercado.

### **III.5. LA LIBERTAD DE COMPETENCIA MERCANTIL COMO LÍMITE AL PRINCIPIO JURÍDICO DE LA TRANSPARENCIA**

Según advertíamos, la libertad de competencia mercantil es una forma específica de aquella libertad económica tutelada por el artículo 19 N°21 de la Carta Fundamental. Las notas especificantes de la libertad de competencia mercantil dan cuenta que ésta tiene por objeto desarrollar actividades económicas lícitas referidas a: i) intercambios voluntarios y ii) en tanto que estos intercambios tengan lugar a través de mercados<sup>142</sup>. Respecto de esta competencia mercantil el orden jurídico ha buscado, a través de legislaciones específicas, cautelar su libertad, su lealtad y su resguardo a los consumidores. No nos haremos cargo de la multitud de derechos subjetivos que podrían configurarse en relación con cada ámbito sectorial o industrial (sentido económico) y que constituyan casos particulares del derecho a desarrollar la competencia mercantil, sino que antes bien aludiremos genéricamente a este último para simplificar el análisis correspondiente.

De la misma forma como el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita, formulado constitucionalmente en el artículo 19 N°21, opera como límite al principio jurídico de la transparencia, también los derechos subjetivos de carácter económico que constituyen aplicación general o sectorial de dicha libertad económica actúan como límites externos al principio jurídico de la transparencia. En efecto, la competencia mercantil constituye una forma de libertad económica especificada en los términos antes señalados cuyo desarrollo suele exigir la preservación de cierta información con carácter secreto o reservado. De allí que esta información secreta o reservada, en tanto cumpla con las exigencias normativas desarrolladas en la Sección II de este estudio, activa el límite del derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita en su forma de competencia mercantil, límite que opera respecto del principio jurídico de la transparencia por mandato del artículo 8 de la Constitución.

A nuestro juicio, la información desempeña un doble rol en el ámbito de la libre competencia.

**I) Primera función de la información. Ciertos grados de información son indispensables para el funcionamiento de la ley de la oferta y la demanda y, por tanto, ciertas manipulaciones de aquélla pueden constituir ofensas monopólicas.**

El bien jurídico libre competencia también considera la información como un elemento que, bajo determinadas circunstancias, puede resultar esencial para la preservación de la libertad de competencia mercantil.

Ya se había advertido por uno de los antiguos órganos antimonopólicos creados por el Decreto Ley 211, de 1973, que:

---

<sup>142</sup> Esta conclusión se obtiene de los artículos 1 y 2 del Decreto Ley 211, de 1973; del artículo 3 de la Ley 20.169 de 2007 que Regula la Competencia Desleal y del artículo 1 de la Ley 19.946 de 1997 sobre Protección de los Derechos del Consumidor.

“Corresponde a la oferta y la demanda regular los mercados, sin interferencia de la autoridad, salvo para cautelar la debida transparencia con que deben actuar los entes económicos del respectivo mercado, de modo que prevalezcan solamente las firmas más eficientes en beneficio de los usuarios o consumidores. Los agentes económicos deben determinar claramente el precio o tarifa de cada uno de los productos y servicios que comercialicen, precio que debe ser público para todos los interesados, y establecer condiciones de venta precisas, generales, razonables, no discriminatorias y públicas. La falta de transparencia de la variable precio en un mercado esencialmente competitivo, constituye un atentado a la libre competencia. La ocultación de precios puede conducir a impedir toda política de optimización de la transparencia del mercado y puede ser la condición para establecer prácticas más lesivas, como el acuerdo de precios, la discriminación de ellos o el reparto de cuotas del mercado.”<sup>143</sup>

En efecto, se ha visto que la falta de publicidad en las condiciones de venta de un producto, lo que incide en el conocimiento que los agentes partícipes en el respectivo mercado relevante han tenido de aquéllas, constituye una ofensa antimonopólica<sup>144</sup>. Se desprende de un fallo de la Comisión Resolutiva que la información entregada en el mercado relevante debe ser veraz y completa. Esto significa que todo aquél que busque informarse tenga acceso a los términos de la venta, o del contrato que sea del caso, en las mismas condiciones que el resto de los agentes interesados. En otras palabras, nadie debe obtener una ventaja en el mercado por ser beneficiario de un trato discriminatorio como el antes descrito.

Según ya anunciábamos, la doctrina económica ha desarrollado extensamente la noción de transparencia, condición “sine qua non” del modelo de competencia perfecta. Entienden los economistas por transparencia de mercado una medida del conocimiento, que existe en un mercado determinado, de toda información relevante para que oferentes y demandantes adopten sus decisiones. Ahora bien, cuando este conocimiento es perfecto y completo la transparencia se presenta en su máxima medida, lo que por definición ocurre en el paradigma de la competencia perfecta.

De lo anterior se sigue que quien desarrolla actividades económicas ocupando una posición dominante y administra, en forma discriminatoriamente arbitraria, la información relativa a las condiciones de venta, disminuye la competitividad en la respectiva fase productiva. La disminución de competitividad se produce en la medida que el discriminador ejercite su poder de mercado y tal ejercicio sea abusivo por no hallarse objetivamente justificado.

Sobre el particular la Comisión Resolutiva, en su Resolución N°202, sentenció: “(...) un productor o competidor no puede discriminar injustificadamente entre sus compradores, ni ocultarles la información necesaria para que tomen sus decisiones, adecuada y oportunamente, ni inducirlos a error, ni a ellos ni a terceros, con informaciones erradas o falsas (...)”.

---

<sup>143</sup> Dictamen N°1032 emitido por la Comisión Preventiva Central el 3 de abril de 1998. En un sentido semejante puede consultarse también las Resoluciones N°349, N°381 y N°415, todas de la Comisión Resolutiva, y el Dictamen N°928/78 de la Comisión Preventiva Central.

<sup>144</sup> Resolución N°202 de la Comisión Resolutiva, comentada por Domingo Valdés Prieto en “La Discriminación Arbitraria en el Derecho Económico. Especialmente en la Legislación Antimonopólica”, pgs. 127-130, Santiago de Chile, Editoriales Conosur, 1992 y LexisNexis, 2000. También, Resolución N°75 de la Comisión Resolutiva.



**II) Segunda función de la información. Ésta puede ser objeto de la oferta y la demanda, lo que resulta explicado por la circunstancia de que la información, bajo determinadas circunstancias, es considerada también un bien económico.**

Atendido el creciente grado de división del trabajo que caracteriza las sociedades contemporáneas, resulta cada vez más fuerte la brecha entre información “técnica” o altamente especializada y, por tanto, reservada a expertos e información “vulgar”, esto es, accesible a legos. Esta distinción tiende a ser coincidente con las categorías de información privada e información pública.

Para que una información revista la calidad de bien económico es preciso que sea escasa y útil; luego, si esa información pasa al dominio público dejará de constituir un bien económico. De esta forma, resulta esencial distinguir entre información privada e información pública, puesto que sólo la primera, confluyendo las dos características anotadas, podrá ser considerada un bien económico.

La información pública es aquélla que se encuentra en poder del mercado en general o de ciertas industrias, por contraposición a la información privada que es la que se halla en poder de una o pocas personas. Esta distinción ya había sido formulada por el teólogo jurista Luis de Molina al verificar la existencia de dos tipos de conocimiento en los sujetos económicos: i) aquél que poseen todas las personas de una comunidad social y que, por esta razón, debe considerarse patrimonio común de todos, y ii) aquél conocimiento particular que un determinado sujeto económico puede tener de las cosas por razones particulares<sup>145</sup>. Resultan destacables los análisis efectuados por Luis de Molina para determinar en qué casos puede un comerciante emplear lícitamente el conocimiento particular para maximizar sus beneficios<sup>146</sup>. Una muestra de información privada es la que puede obtenerse de una cotización de precios respecto un bien homogéneo, puesto que incluso en esta clase de bienes se observan dispersiones de precios<sup>147</sup>.

Desde una perspectiva económica se ha considerado que un mercado de la información no regulado sería incapaz de proveer en forma adecuada los bienes que incorporan ideas o desarrollos del intelecto humano. De lo anterior se sigue la proposición planteada por ciertos economistas consistente en que las autoridades públicas deben intervenir el mercado de la información y que esta intervención podría asumir tres modalidades: i) provisión estatal de información; ii) subsidios públicos para la provisión privada de información, y iii) la creación o protección de derechos relacionados a la información. Así, una información privada puede constituir un bien valioso y como tal requerir protección jurídica. Para alcanzar la mencionada protección, dicha información suele ser tutelada bajo una doble perspectiva: a través del derecho fundamental a desarrollar cualquier actividad económica lícita y mediante el derecho de propiedad en todas sus formas constitucionales. La tutela que observamos bajo esta doble perspectiva se presenta en forma complementaria antes que alternativa. En efecto, en primer lugar la información constitutiva de bienes económicos y que resulta vinculada a derechos de carácter económico queda amparada por los derechos constitucionales a la propiedad y de propiedad en todas sus formas (entre éstos se halla la propiedad intelectual, la cual,

<sup>145</sup> Luis de Molina, “La Teoría del Justo Precio”, Disputa 354, N°3 y 5, Editora Nacional, Madrid, 1981.

<sup>146</sup> Luis de Molina, “La Teoría del Justo Precio”, Disputa 354, N°1, 2 y 3, Editora Nacional, Madrid, 1981.

<sup>147</sup> George J. Stigler, “The Economics of Information”, pg. 214, The Journal of Political Economy, Vol. 69 N°3 (1961), The University of Chicago Press: “Price dispersion is a manifestation – and, indeed, it is the measure- of ignorance in the market. Dispersion is a biased measure of ignorance because there is never absolute homogeneity in the commodity if we include the terms of sale within the concept of the commodity.”

en un sentido lato, es también comprensiva de la propiedad industrial<sup>148</sup>). Acreditada que se halle la propiedad sobre esa información privada, las conductas que realice un competidor actual o potencial para apoderarse o emplear ilícitamente aquella información constituyen un atentado contra el derecho constitucional a desarrollar cualquier actividad económica que proteje no sólo que la competencia sea libre sino que también ésta sea desarrollada en forma leal.

La información privada, dotada de valor económico, es objeto de múltiples y paradójicas regulaciones. A modo ilustrativo, en ciertas ocasiones aquélla debe ser revelada por mandato de autoridad pública y en otras circunstancias, aquélla debe ser preservada confidencial también por exigencias normativas.

El mandato de revelar información privada y económica opera, por ejemplo, respecto de aquélla constitutiva de hechos esenciales y que las sociedades anónimas abiertas deben comunicar a la Superintendencia de Valores y Seguros, a las bolsas de valores y al mercado en general. Lo mismo acontece con los requerimientos de revelar información, aunque esta vez con una difusión limitada, que tengan lugar en un proceso de investigación conducido por un tribunal competente, de conformidad con la legislación aplicable. Cabe consignar entre los casos de obligación de revelar información, el que hemos analizado en la Sección II de este estudio y que alcanza a las autoridades públicas allí indicadas por mandato del artículo 8 de la Constitución Política de la República y de la Ley de Transparencia.

El mandato o el derecho, según corresponda, de preservar confidencial información privada y económica opera, por ejemplo, ante los hechos esenciales reservados que tienen por finalidad, precisamente, proteger a una sociedad anónima abierta del perjuicio que se seguiría para ésta de revelar información esencial relativa a negociaciones en curso con carácter inmediato, sin esperar a la conclusión de las mismas. En la misma línea conceptual hallamos información privada y económica cuya reserva o secreto resultan indispensables para el ejercicio de la libertad de competencia mercantil y, por tanto, aquéllos operan como límite del principio jurídico de la transparencia. Si se observan bien estos ejemplos, podrá concluirse que ambos casos buscan salvaguardar el derecho a desarrollar una actividad económica lícita contemplado en la Carta Fundamental.

Si bien el dilema de qué información ha de ser revelada y a quiénes debe ser entregada es de antigua data, pudiendo rastrearse su problemática hasta Cicerón<sup>149</sup>, podemos afirmar que la libre competencia requiere que cierta información que denominaremos genéricamente como “estratégica” sea tratada como “secreto empresarial”.

De esta forma arribamos a la paradoja del bien jurídico tutelado libre competencia que, por una parte, exige ciertos grados de transparencia proscribiendo opacidades y la difusión de información falsa o discriminatoria y, por otra parte, protege a los agentes económicos en cuanto a la custodia de su información estratégica.

La actividad económica de intercambio a través de mercados se estructura sobre la base de información privada que puede llegar a ser muy sensible en función de las oportunidades comerciales, la velocidad de los negocios, los costos de cada competidor, las características y necesidades específicas de cada cliente, entre otros múltiples factores. De allí que el Constituyente y el Legislador de la Transparencia hayan razonado con acierto y precisión al prever que ciertas entregas de información pueden

---

<sup>148</sup> Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (Acuerdo ADPIC), según el cual éste comprende tanto los derechos de propiedad industrial como los derechos de autor y derechos conexos.

<sup>149</sup> Cicerón, “De los Deberes”, 3, XII.

llegar a ser muy dañosas para ciertos competidores y para el proceso competitivo mismo, puesto que pueden reducir o incluso anular, en ciertos casos, la aptitud para obtener un determinado negocio o lograr un determinado cliente.

En efecto, si un competidor estuviese obligado a difundir toda la información de que dispone respecto de una determinada actividad económica, aquél sería privado del fruto de años de inversión, estudio, dedicación y experiencia. Esta privación, además de constituir un atentado contra la propiedad del competidor, le impediría en la práctica participar en el respectivo mercado relevante y, por tanto, desarrollar una actividad económica lícita. Más aún, dicho competidor carecería de incentivos para realizar a futuro inversiones y estudios sobre un determinado negocio, así como para reunir talentos en los recursos humanos que dicho emprendimiento exija. Así, si la información estratégica, constitutiva de los denominados secretos empresariales, se tornase pública contra la voluntad de su dueño, la libertad de competencia mercantil se haría ilusoria y con ello el precepto constitucional que contempla el derecho a desarrollar una actividad económica lícita devendría en una mera norma programática.

Observamos que puede haber información estratégica generada por el mismo competidor o bien generada por un tercero. En este último caso deberá distinguirse si la información generada por un tercero puede o no ser empleada por un competidor y para ello deberá considerarse la vía de obtención de dicha información por el competidor.

Quién ha producido información valiosa deberá o mantenerla en secreto o reserva o bien transferirla adoptando los resguardos jurídicos para evitar que aquélla sea transmitida a terceros que no han contratado con el productor de la misma. Por tanto, incluso en esta última hipótesis la información debe ser transferida en forma limitada para evitar que devenga en un bien que se halle en poder del mercado o de una industria en general<sup>150</sup>.

No obstante lo anterior, existen ciertos bienes resultantes del esfuerzo intelectual que pueden ser explotados sin necesidad de revelarlos o hacerlos públicos. En ciertas legislaciones, un inventor puede dudar entre acoger su secreto a una protección de patente, lo que implica divulgarlo y gozar de protección por un cierto período de tiempo o bien seguirlo explotando en forma secreta de conformidad con ciertas legislaciones estatales<sup>151</sup>. Así, existe información privada y que, además, resulta esencial para el desarrollo del negocio del propio titular de esa información. Por regla general esta información no está a la venta puesto que resulta determinante para el negocio; como excepciones se hallan los casos de cierre de operaciones y liquidación de activos o bien una situación de fusión, en la cual la respectiva ecuación de canje considera como activos esta información del negocio.

No puede obviarse la circunstancia de que una determinada información privada no sólo es un relevante activo de un competidor o de una empresa, sino que su empleo- en tanto se mantenga secreto- puede guardar directa relación con el poder competitivo de una empresa y, por tanto, hallarse vinculada con la participación de mercado que ostenta una determinada empresa.

Atendido lo expuesto, la Ley de Transparencia ha considerado que el principio jurídico de la transparencia halla como límite precisamente la información estratégica o constitutiva de reserva o secreto empresarial y, para ello, ha aludido a los derechos económicos, donde el primero y fundamental de aquéllos es el derecho a desarrollar

---

<sup>150</sup> Por ello el Legislador de Propiedad Industrial conceptualiza una invención como nueva en tanto no exista anteriormente en el estado de la técnica y entendiéndose por éste todo lo que haya sido divulgado o hecho accesible al público, en cualquier lugar del mundo, mediante las formas diversas allí descritas. Véase artículo 33 de la Ley 19.039 sobre Propiedad Industrial y artículo 33 del Decreto Supremo 236/2005 del Ministerio de Economía. Resulta interesante recordar que esta última disposición señala que para determinar el nivel inventivo se considerará el grado de conocimiento que exista en el respectivo sector de la técnica.

<sup>151</sup> Este dilema se produce en Estados Unidos de América, donde un inventor puede acogerse a una protección de patente federal o invocar un secreto comercial bajo normas estatales o de common law.

actividades económicas lícitas y cuya principal especie es la libertad de competencia mercantil.

#### **IV. RESERVAS O SECRETOS VINCULADOS A LA LIBERTAD DE COMPETENCIA MERCANTIL**

Existe un gran número de situaciones previstas normativamente en las cuales conjuntamente con establecerse obligaciones y deberes de difundir y entregar a ciertas autoridades públicas o privadas, al mercado o a la sociedad en general determinada información, se contempla el cese de las mismas. Este cese de las mencionadas obligaciones puede ser temporal o perpetuo y da lugar, en un sentido jurídico, al establecimiento de “reservas o secretos”. Estas reservas o secretos constituyen multitud y sus causas resultan tan variadas como la tutela de derechos referidos a la honra, el patrimonio o, incluso, los afectos, entre otros. Por ello, señalaba Francesco Carrara al analizar la vulneración de los secretos y reservas, que:

“Ante la ciencia y las legislaciones contemporáneas, el título de *revelación de secretos* presenta diversas formas, que son tan diferentes en su esencia, que es mejor decir que constituyen otras tantas *especies* delictuosas, enteramente distintas, que aunque accidentalmente se expresen con idénticas palabras materiales, nada tienen de común una con otra en sus respectivas condiciones jurídicas”<sup>152</sup>.

En efecto, la variedad de especies delictuosas – penales e infraccionales - corresponde a la variedad de secretos y reservas susceptibles de ser vulneradas y esta variedad, a su vez, obedece a la variedad de derechos y bienes jurídicos que se busca tutelar mediante la custodia de cierta información. De allí que los secretos y reservas exhiben una vasta y multiforme regulación en el orden jurídico, comprensiva del ámbito penal<sup>153</sup> e infraccional, destacando en este último lo antimonopólico<sup>154</sup>, lo represivo de la competencia desleal<sup>155</sup>, lo societario<sup>156</sup> y lo relativo al mercado de valores<sup>157</sup>, entre otros.

Los secretos y reservas pueden emanar de normas jurídicas de diversa jerarquía, pudiendo éstas ser emitidas por autoridades públicas, por autoridades privadas o por simples particulares. Correspondientes a estos emisores, procede distinguir las siguientes relaciones jurídicas potencialmente configuradoras de secretos y reservas:

- a) entre un empleador y sus empleados;
- b) entre los socios de un negocio o emprendimiento;
- c) entre una sociedad (persona jurídica) y directorio (órgano máximo de administración);

---

<sup>152</sup> Francesco Carrara, “Programa de Derecho Criminal”, Vol. II, Cap. VII, pg. 443, Editorial Temis, Bogotá, 1986.

<sup>153</sup> Artículo 284 del Código Penal.

<sup>154</sup> Artículo 39, letra h), del Decreto Ley 211.

<sup>155</sup> Artículos 3 y 5 de la Ley que Regula la Competencia Desleal.

<sup>156</sup> Artículo 43 de la Ley de Sociedades Anónimas.

<sup>157</sup> Artículos 165, 85 y 59 de la Ley de Mercado de Valores.

- d) entre una empresa y alguna contraparte comercial, tales como competidores, proveedores y clientes;
- e) entre una empresa y alguna contraparte no comercial. En esta última hipótesis pueden inscribirse las relaciones de una empresa con órganos del Estado, las cuales son regidas por la Ley de Transparencia. Así, si la difusión de información sensible afectase derechos de carácter comercial o económico de la respectiva empresa, ello activaría reservas o secretos de conformidad con el artículo 21 N°2 de la Ley de Transparencia.

En las secciones precedentes nos hemos ocupado del principio jurídico de la transparencia que genera obligaciones para los órganos del Estado de difundir cierta información (Sección II) y de los derechos de las personas referidos a las actividades económicas – particularmente el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita y su principal especie, el derecho a la libertad de competencia mercantil - que operan como límites al mencionado principio (Sección III). Estos límites consistentes en los mencionados derechos constituyen causales de reservas o secretos de la información, precisamente con miras a evitar una afectación de los derechos de las personas. Así, las reservas o secretos en comento constituyen formas específicas de tutelar derechos de las personas que podrían verse amagados por una aplicación excesiva del principio jurídico de la transparencia.

Cabe advertir que, en esta sección, no pretendemos ocuparnos de todas las formas de reserva o secreto que se observan en las legislaciones tutelares de la libertad de competencia mercantil, cuya vastedad se extiende desde los cuerpos normativos generales, tales como el Decreto Ley 211, la Ley que regula la Competencia Desleal y la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor, hasta las legislaciones sectoriales que dan cuenta de industrias y rubros económicos específicos, sino que antes bien tratar el secreto comercial o empresarial desde la perspectiva de la libre competencia mercantil.

#### **IV.1. SECRETOS COMERCIALES O EMPRESARIALES**

Revisaremos algunos desarrollos doctrinarios, legales y jurisprudenciales que, aunque fragmentarios, pueden contribuir a una mejor conceptualización de lo que es un secreto comercial o empresarial.

Para establecer la materia de un secreto comercial o empresarial es preciso diferenciar dos clases de información: i) información que resulta esencial para el desarrollo de la actividad económica misma o negocio del propio titular de esa información y ii) información que resulta constitutiva de un nuevo producto que, por alguna razón, no se ha comercializado aún, permaneciendo en secreto o reservado. En situaciones en las cuales la actividad económica consiste en la explotación de un solo producto, este distinguo puede tornarse irrelevante.

A continuación, realizaremos un somero repaso de ciertos hitos doctrinarios y jurisprudenciales en Estados Unidos de América, Alemania y España, para luego ocuparnos muy brevemente del “secreto empresarial” establecido por la Ley de Propiedad Industrial chilena.

#### IV.1.1. Situación en Estados Unidos de América

Entre los secretos comerciales que cabe mencionar, la jurisprudencia estadounidense ha destacado los registros y planes de un competidor, la lista de sus clientes actuales y prospectivos, registros de costos y otros datos necesarios para la conducción de su negocio<sup>158</sup>.

Asimismo, en los Estados Unidos de América, luego del importante caso Peabody versus Norfolk (1868) quedó claro que una persona que inventa o descubre y mantiene en secreto un proceso de manufacturación, sea que éste haya sido patentado o no, es titular de un interés propietario sobre aquél. Este interés propietario será protegido por los tribunales contra quién, violando un contrato y quebrantando la confidencialidad consiguiente, resuelva aplicar aquél en su propio beneficio o en el de terceros.

Más allá de las innumerables teorías que otorgan protección legal a los secretos comerciales, los tribunales estadounidenses – bajo la influencia de la legislación de patentes, derechos de autor y marcas comerciales – enfatizan que los secretos comerciales se hallan sujetos a protección de propiedad intelectual<sup>159</sup>.

En estos casos se ha resuelto que la revelación o uso de la información correspondiente a un secreto comercial por parte de un órgano estatal, que le ha sido entregada por una empresa privada, puede constituir una expropiación de propiedad intelectual y, por tanto, quedar dicha revelación o uso dar lugar a una compensación de conformidad con la Constitución. Lo anterior es particularmente claro en aquellos casos en los cuales la información correspondiente a un secreto comercial fue entregada a un órgano estatal bajo garantía de confidencialidad y luego fue empleada o revelada por éste, lo que claramente constituye una expropiación que debe ser compensada. Sin embargo, la situación es diversa si la referida información fue voluntariamente entregada a un órgano estatal sin la prevención de confidencialidad<sup>160</sup>.

Asimismo, otro grupo de sentencias ha tratado los secretos comerciales bajo la perspectiva de que su vulneración constituiría un quebrantamiento de una relación de confianza, óptica que tiene la ventaja de garantizar tutela jurídica incluso en un escenario de falta de acreditación de la propiedad sobre el secreto comercial<sup>161</sup>.

En forma paralela al desarrollo de una legislación destinada a proteger los secretos comerciales, emergió en los Estados Unidos de América una jurisprudencia tutelar de las ideas. Ésta proporcionó protección para aquellas personas que, sea que estuviesen participando en los negocios mismos o no, generaban ideas de negocios. También los tribunales consideraron que aquellas ideas quedaban amparadas como una forma de propiedad intelectual. Así, se resolvió que una persona es propietaria de sus ideas y, por tanto, se halla habilitada para exigir reparación de daños causados por la apropiación o uso de una idea original, concreta, útil y que es revelada en circunstancias en las cuales resulta razonable una compensación por su uso<sup>162</sup>. En esta misma línea de protección de ciertas ideas, han resultado protegidas las recetas médicas de un veterinario que habían sido subrepticamente copiadas<sup>163</sup> y la publicación de conferencias inéditas de un distinguido cirujano<sup>164</sup>.

---

<sup>158</sup> Albert Pick-Barth Co. v. Mitchell Woodbury Corp. (1932).

<sup>159</sup> Cincinnati Bell Foundry Co. v. Dodds (1887) y Ruckelshaus v. Monsanto Co. (1984).

<sup>160</sup> Ruckelshaus v. Monsanto Co. (1984).

<sup>161</sup> E.I. Du Pont De Nemours Powder Co. v. Masland (1917).

<sup>162</sup> Hamilton Nacional Bank v. Belt (1953).

<sup>163</sup> Yovatt v. Winyard (1820).

<sup>164</sup> Abernathy v. Hutchinson (1825).

Una importante definición de secreto comercial y que, a nuestro juicio, también incluiría secretos de ideas de negocios es la siguiente: “información, incluyendo una fórmula, modelo, compilación, programa, aparato, método, técnica o proceso que: 1) derive un valor económico independiente, sea potencial o actual, de la circunstancia de no ser generalmente conocido o fácilmente investigable por medios adecuados, y 2) es el objeto de razonables esfuerzos para mantener su secreto”<sup>165</sup>.

De la definición expuesta se extrae que una información para ser constitutiva de un secreto comercial debe ser escasa, esto es, no debe hallarse en el conocimiento generalizado de una industria o un mercado. En otras palabras, debe tratarse de conocimiento privado y no público.

Podría ocurrir que otros agentes arribasen en forma paralela al mismo secreto comercial, situación que no destruye el secreto comercial en la medida que quienes lo han obtenido no sean demasiado numerosos. Si quienes acceden a dicho secreto comercial son muy numerosos ese conocimiento deviene de privado en público.

En consecuencia, si un secreto comercial ha sido patentado o el diseño de un producto ha sido aplicado y éste comercializado, aquél ha pasado a ser de conocimiento público y no podrá ser considerado secreto. No obstante lo cual podría hallarse protegido de diversas formas.

Por otra parte, no existe secreto comercial en caso que la información supuestamente constitutiva de aquél puede ser fácilmente investigable por medios permitidos<sup>166</sup>.

La jurisprudencia estadounidense ha tendido a restringir el uso del término “secreto comercial” a información que es empleada en el propio negocio y otorga a éste una oportunidad de obtener una ventaja sobre los competidores que no la conocen o no la utilizan. En lo referente a las ideas de negocios propuestas a un negocio resultan generalmente tratadas en forma separada al secreto comercial. En ambas categorías – secreto comercial y secreto de ideas de negocio - se exige algún grado de novedad, esto es, que la información no sea de conocimiento común.

El secreto comercial y el secreto de ideas, tales como símbolos comerciales, patentes, derechos de autor y otros desarrollos del intelecto, pueden ser cedidos o licenciados.

En síntesis, los secretos comerciales y secretos de ideas de negocios han resultado protegidos en los Estados Unidos de América sobre tres bases: i) quebrantamiento de un contrato o de una obligación de confidencialidad; ii) impropiedad del método de obtención o indagación de un secreto o una idea; y iii) uso de un secreto comercial o de una idea que sabidamente ha sido revelada por una persona diversa de su propietario.

#### **IV.1.2. Situación en Alemania**

De conformidad con la doctrina alemana, los secretos empresariales susceptibles de tutela son los referidos al mercado, esto es, ha de tratarse de secretos cuya finalidad es fortalecer la capacidad empresarial ante otros competidores. Si eso no ocurre estos secretos podrán denominarse secretos comerciales por contraposición a los secretos empresariales.

---

<sup>165</sup> Uniform Trade Secrets Act, adoptada en al menos treinta y cinco de los estados integrantes de Estados Unidos de América.

<sup>166</sup> Van Products Co. v. General Welding & Fabricating Co. (1965).

También la doctrina alemana distingue entre secretos de la empresa e información empresarial no pública.

Un secreto comercial está constituido por cualquier información comercial o económica que sea escasa y, por tanto, un bien económico, sea que se halle en forma de: i) una invención, v.gr., una maquinaria o proceso; ii) una idea comercial o industrial, v.gr., el concepto de un nuevo producto o una publicidad particular; o iii) una compilación de información, v.gr., una lista de clientes o de proveedores.

#### **IV.1.3. Situación en España**

La jurisprudencia española ha considerado que la información constitutiva de secretos comerciales o empresariales puede referirse a técnicas de la empresa, sistemas de producción, estrategias y tácticas de mercado, listas de clientes, programas informáticos, procedimientos de producción, proyectos de construcción, conceptos comerciales, bocetos, libros de muestra, recetas médicas, proyectos de máquinas con peso, medidas, fuerza, condiciones económicas, etc. Particular atención ha recibido el know-how en el contrato de franquicia<sup>167</sup>, en cuanto que aquél constituye un secreto toda vez que corresponde a un conocimiento o conjunto de conocimientos técnicos que no son de dominio público y que son necesarios para la fabricación o comercialización de un producto, para la prestación de un servicio o para la organización de una unidad o dependencia empresarial, por lo que procuran a quien los domina una ventaja sobre los competidores que se esfuerza en conservar evitando su divulgación.

Morón, interpretando el sistema español, ha definido los secretos empresariales como toda información relativa a cualquier ámbito, parcela o esfera de la actividad empresarial, esto es, en su sentido industrial, comercial o estructural u organizativo, cuyo mantenimiento en reserva proporciona a su poseedor una evidente mejora, avance o ventaja competitiva<sup>168</sup>.

Se ha estimado por la doctrina española que la noción de secretos empresariales resulta más amplia que la de secretos industriales y que, por tanto, resulta más acertado el empleo de aquel término. Debe existir un interés económico por preservar la información en calidad de secreta. La información objeto de apoderamiento debe ser reservada no pública y para cuya adquisición es necesario realizar estrategias y conductas destinadas a quebrar esa esfera propia y particular.

#### **IV.1.4. Situación en Chile**

Nuestra Ley de Propiedad Industrial contempla una definición de secreto empresarial, según la cual dispone: “*Se entiende por secreto empresarial todo conocimiento sobre productos o procedimientos industriales cuyo mantenimiento en reserva proporciona a su poseedor una mejora, avance o ventaja competitiva*”<sup>169</sup>.

Cabe advertir que la denominación de “secreto empresarial” resulta más amplia que su objeto, puesto que éste se halla acotado a productos o procedimientos industriales. Lo

---

<sup>167</sup> STS 21 de octubre de 2005. Recurso N° 555/1999.

<sup>168</sup> Morón Lerma, “El Secreto de la Empresa: Protección Penal y Retos que plantea ante las Nuevas Tecnologías”, pgs. 66 y stes., Aranzadi, Pamplona, 2002.

<sup>169</sup> Artículo 86 de la Ley 19.039 sobre Propiedad Industrial.



industrial<sup>170</sup>, noción ya antes comentada, corresponde a una parcela de lo comercial (definición generalmente aceptada y que fuera analizada en la Sección III precedente) y, a su vez, lo comercial constituye una parcela de lo económico. De allí que el adjetivo “empresarial” parece inadecuado para describir exclusivamente lo industrial toda vez que induce a pensar que este tipo de secreto comprende todo lo propio de una empresa que, en definitiva, puede corresponder a lo económico en cuanto referido a los intercambios a través de mercados<sup>171</sup>.

Como puede observarse la esencia de este secreto industrial es que proporciona a su titular una mejora, avance o ventaja competitiva; luego, resulta razonable para la preservación del propio proceso competitivo que el principio jurídico de la transparencia no opere a su respecto. Si se aplicase el mentado principio a los “secretos empresariales” de la Ley de Propiedad Industrial nos hallaríamos con que la transparencia vulneraría (“afectaría” en terminología constitucional) el derecho a desarrollar cualquier actividad económica en su forma más habitual: la libertad de competencia mercantil.

Es por ello precisamente que el Legislador de Propiedad Industrial contempló la figura del secreto empresarial antes analizada y ciertas formas de reserva en relación con información entregada al Instituto de Salud Pública o el Servicio Agrícola y Ganadero<sup>172</sup>. Sin embargo, no procede la protección de la reserva relativa a datos de prueba cuando el titular haya incurrido en conductas o prácticas declaradas contrarias a la libre competencia en relación directa con la utilización y explotación de esa información, según decisión firme del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia<sup>173</sup>.

El secreto empresarial – en rigor industrial – puede ser conculcado mediante las siguientes conductas: i) la adquisición ilegítima del objeto del mencionado secreto; ii) la divulgación o explotación del objeto del secreto sin autorización de su titular; iii) la divulgación o explotación del objeto del secreto al que se haya tenido acceso legítimamente, pero bajo deber de reserva. En esta última hipótesis se requiere que la violación del secreto haya sido efectuada con ánimo de obtener provecho, propio o de tercero, o de perjudicar a su titular<sup>174</sup>.

## IV.2. LEGISLACIÓN ANTIMONOPÓLICA NACIONAL

A continuación analizaremos determinados preceptos del Decreto Ley 211, así como ciertas decisiones del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante TDLC) que tratan directa o incidentalmente la problemática de la información reservada o secreta en relación con la libertad de competencia mercantil.

Conviene advertir que observamos en el Decreto Ley 211, al menos, dos grandes categorías de reservas o secretos:

---

<sup>170</sup> Artículo 36, inciso segundo, de la Ley 19.039 sobre Propiedad Industrial.

<sup>171</sup> Cabe advertir que en otro pasaje de la Ley de Propiedad Industrial se alude a “secretos industriales y comerciales”. Confrontar, artículo 32 de la Ley 19.039 sobre Propiedad Industrial.

<sup>172</sup> Artículo 89 de la Ley 19.039 sobre Propiedad Industrial.

<sup>173</sup> Artículo 91, letra a), de la Ley 19.039 sobre Propiedad Industrial.

<sup>174</sup> Artículo 87 de la Ley 19.039 sobre Propiedad Industrial.

#### **IV.2.1. Reservas o Secretos Referidos a la Investigación que Instruye la Fiscalía Nacional Económica.**

Sobre el particular, hallamos dos modalidades de reservas o secretos referidos a una investigación que puede instruir, de oficio o en virtud de denuncias, la Fiscalía Nacional Económica<sup>175</sup> (FNE). La circunstancia de que la publicidad pueda afectar el desarrollo de investigaciones efectuadas por la FNE se halla expresamente tratada en el Decreto Ley 211 y se contempla la posibilidad de que las investigaciones tengan al efecto el carácter de *reservadas* o *secretas*, según pasamos a explicar<sup>176</sup>. Asimismo, la circunstancia de que la publicidad pueda comprometer el desarrollo de las investigaciones efectuadas por la FNE se encuentra tratada en la Ley de Transparencia<sup>177</sup>.

La primera modalidad es la del artículo 39, letra a), inciso segundo, del Decreto Ley 211 que regula la reserva en el procedimiento administrativo investigador, exigiéndose como requisito de validez de la medida que se informe el mencionado carácter reservado al Presidente del TDLC.

La segunda modalidad, contemplada en el artículo 39, letra a), inciso cuarto, es más radical que la anterior, puesto que consiste en que la investigación que la FNE instruye de oficio o en virtud de denuncias no sea comunicada al afectado. Para la validez de la imposición de esta medida, la FNE deberá contar una autorización del TDLC al efecto. La primera modalidad es denominada de *reserva* por el propio legislador antimonopólico, en tanto que la segunda ha sido calificada por el TDLC como de *secreto*. El TDLC ha manifestado que una investigación es *reservada* toda vez que se procede a “delimitar el universo de personas que pueden conocer de ella, lo que hace la diferencia con el *secreto*, que es una exclusión general”<sup>178</sup>, y

#### **IV.2.2. Reservas o Secretos Referidos a Información Estratégica.**

Sólo esta segunda modalidad de reserva o secreto permite arrojar luces sobre el secreto “comercial o empresarial”, que en el ámbito de la libertad de competencia mercantil recibe la denominación de reservas o secretos referidos a información comercial o estratégica. En consecuencia, éstos serán desarrollados con mayor detalle.

El TDLC ha recibido solicitudes relativas a la confidencialidad que ha de dársele a determinadas piezas o documentos recopilados durante una investigación desarrollada por la FNE y acerca de preservar tal confidencialidad una vez incoado el proceso contencioso ante el propio TDLC. Constata el TDLC que durante una investigación administrativa realizada por la FNE como en el curso del proceso jurisdiccional consiguiente “pueden existir antecedentes que, por su naturaleza o condición de

---

<sup>175</sup> Para una descripción funcional de la FNE, véase, Domingo Valdés Prieto, “Independencia de la Fiscalía Nacional Económica: Una Proposición para Garantizarla” en Revista En Foco N°104, Expansiva, Santiago, 2007.

<sup>176</sup> Artículo 39, letra a), incisos segundo y quinto, del Decreto Ley 211. Recuérdese que sobre el particular la FNE había emitido la Resolución N°5 exenta, de fecha 6 de enero de 2003 y publicada en el Diario Oficial de 29 de marzo de 2003, mediante la cual resolvió declarar que las investigaciones efectuadas en virtud de la atribución antes indicada debían tramitarse en forma reservada, tanto en relación con los denunciantes, los denunciados y terceros, sin perjuicio que se diese conocimiento oportuno al afectado del hecho de haberse iniciado una investigación formal a su respecto.

<sup>177</sup> Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículo 21 N°1. Las letras a), b) y c) de dicho numeral contemplan tres hipótesis: desmedro de la investigación o de antecedentes necesarios a defensas judiciales; antecedentes previos a la adopción de una resolución; requerimientos genéricos que distraigan indebidamente a los respectivos funcionarios.

<sup>178</sup> Resolución del TDLC del 13 de abril de 2006, considerando 14, dictada en Rol C N°77-05.

información comercial o estratégica confidencial de alguna de las partes en la causa, puedan poner a ésta en una situación de perjuicio o de desventaja competitiva en caso de hacerse públicos;”<sup>179</sup>. Para estos efectos opera el procedimiento previsto en el artículo 39, letra h), del Decreto Ley 211 y el Auto Acordado N°11/2008 del TDLC, los que procederemos a analizar en cuanto a los criterios adoptados respecto de qué ha considerarse información comercial o estratégica y, como tal, susceptible de reserva o secreto. Así, el TDLC podrá decretar que determinados antecedentes tengan el carácter de secretos o confidenciales<sup>180</sup>.

#### IV.2.2.1. Artículo 39, Letra H), del Decreto Ley 211

El artículo 39, letra h), del Decreto Ley 211 dispone que:

*“Serán atribuciones y deberes del Fiscal Nacional Económico:*

*h) Solicitar a los particulares las informaciones y los antecedentes que estime necesarios con motivo de las investigaciones que practique.*

*Las personas naturales y los representantes de personas jurídicas a los que el Fiscal Nacional Económico **requiera antecedentes o informaciones cuya entrega pudiere irrogar perjuicio a sus intereses o a los de terceros**, podrán solicitar al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que deje sin efecto total o parcialmente el requerimiento.*

*Esta solicitud deberá ser fundada y se presentará a la Fiscalía Nacional Económica dentro de los cinco días siguientes a la comunicación del requerimiento, cuyos efectos se suspenderán desde el momento en que se efectúe la respectiva presentación.*

*El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia conocerá y resolverá dicha solicitud en su sesión más próxima, con informe verbal o escrito del Fiscal Nacional Económico, y su pronunciamiento no será susceptible de recurso alguno.”* (Los destacados son nuestros).

Destacamos que esta disposición del Decreto Ley 211 no se refiere a un caso en el cual la entrega de antecedentes o informaciones pueda afectar una investigación de la Fiscalía Nacional Económica (FNE), sino que corresponde antes bien a situaciones en las cuales la entrega de aquéllos pueda irrogar perjuicio a ciertas personas naturales o jurídicas. En otras palabras, no se trata de una hipótesis subsumible en el artículo 21 N°1 de la Ley de Transparencia, que se ocupa de casos en los cuales la publicidad afecte al debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, sino que de una hipótesis encuadrable en el artículo 21 N°2 de la Ley de Transparencia en cuanto refiere a la afectación de la libertad de competencia mercantil, forma específica del derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita.

En efecto, estimamos que el artículo 39, letra h), corresponde claramente a la hipótesis del artículo 21 N°2 de la Ley de Transparencia, esto es, que afecte derechos de las personas, en relación con su particular materia de *derechos de carácter comercial o económico*. Bajo esta última categoría, se encuentra el derecho a desarrollar cualquier

---

<sup>179</sup> Resolución del TDLC del 13 de abril de 2006, considerando 18, dictada en Rol C N°77-05.

<sup>180</sup> Resolución del TDLC del 24 de mayo de 2006, considerando 4, dictada en Rol C N°60-05.

actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, resultando su más importante aplicación la libertad de competencia mercantil.

Los secretos o reservas referidos a informaciones y antecedentes aludidos por el artículo 39, letra h), del Decreto Ley 211 corresponden a lo que generalizadamente se ha tendido a llamar el secreto o reserva comercial o empresarial.

Las causales de reserva o secreto contempladas en el artículo 39, letra h), del Decreto Ley 211 se refiere a antecedentes o informaciones “*cuya entrega pudiere irrogar perjuicio a sus intereses o a los de terceros*”.

Donde el precepto en comento dice “*entrega*”, debe entenderse que se hace referencia a una entrega a la FNE, ente administrativo auxiliar de la justicia antimonopólica que opera como investigador y acusador público. Sin embargo, esta entrega de información no acaba en la FNE sino que este ente administrativo, a su vez, presentará la información que le resulte útil para fundar sus requerimientos ante el TDLC y éste confeccionará un expediente en el cual, por regla general, se hallará disponible aquella información a las partes del proceso y al público en general atendido el principio jurídico de la transparencia que rige los expedientes que dan cuenta de los procesos judiciales<sup>181</sup>. De esta forma, la letra h) en análisis contempla un procedimiento destinado a conferir a las personas investigadas la certeza de que tan pronto les sea solicitado por la FNE información cuya divulgación pudiere irrogar perjuicios en los términos de aquella disposición, podrán acudir al TDLC a fin de que este órgano jurisdiccional deje parcial o totalmente sin efecto la solicitud de la FNE. Para el pronunciamiento del TDLC será necesario que la persona que solicita se deje sin efecto total o parcialmente el “requerimiento” de la FNE<sup>182</sup>, fundamente su solicitud y la presente ante la FNE dentro de los cinco días siguientes a la comunicación del mencionado “requerimiento”. El TDLC resolverá aquella solicitud, contando al efecto con un informe verbal o escrito de la FNE. Como bien había observado el TDLC, el legislador antimonopólico había omitido un procedimiento análogo para la información o antecedentes que se presenten en un proceso jurisdiccional ventilado ante el propio TDLC y, en tal sentido, el artículo 39, letra h), resulta insuficiente toda vez que sólo se refiere a los procedimientos administrativos investigatorios que conduce la FNE<sup>183</sup>.

Conviene observar que la circunstancia de que el TDLC no acceda a una solicitud de dejar sin efecto el requerimiento de la FNE en cuanto a la entrega de información o antecedentes no importa que éstos no constituyan secretos empresariales, sino que, según emana de la jurisprudencia correspondiente, el perjuicio a sus intereses o a los de terceros puede ser suficientemente mitigado a través de la obligación de reserva que recae sobre la FNE y sus asesores por mandato del Decreto Ley 211.

Cabe observar que la letra h) en comento exige para la activación del mencionado procedimiento que los antecedentes o información cuya entrega es requerida por la FNE pueda causar perjuicios “*a sus intereses o a los de terceros*”.

El artículo 39, letra h), del Decreto Ley 211 alude a “*intereses*” de las personas requeridas por la FNE o de terceros. En armonía con lo explicado en la Sección II de este estudio y que aparece resuelto por el Tribunal Constitucional y el Reglamento de la Ley de Transparencia, estos intereses no pueden corresponder a cualquier forma de interés. En efecto, ha de tratarse de intereses supraindividuales reconocidos por el orden

<sup>181</sup> Artículo 29 del Código de Procedimiento Civil.

<sup>182</sup> No se trata de la voz “requerimiento” en su acepción de demanda mediante la cual la FNE puede iniciar un proceso antimonopólico ante el TDLC destinado a determinar la perpetración de un injusto monopólico.

<sup>183</sup> Resolución del TDLC del 13 de abril de 2006, considerando 19, dictada en Rol C N°77-05.

jurídico o bien de intereses individuales legítimos. Sólo bajo estos términos se logra una equivalencia con la noción de derechos de las personas que constituye el límite genérico establecido constitucionalmente.

El otro aspecto a considerar es quién es el titular de estos intereses que pueden resultar perjudicados con motivo de la entrega requerida por la FNE. De conformidad con la letra h) en estudio, los titulares de aquellos intereses pueden ser las personas naturales y las personas jurídicas requeridas o bien terceros que resulten perjudicados con motivo de la entrega de marras.

#### **IV.2.2.2. Jurisprudencia en Torno a la Letra h) del Artículo 39 del Decreto Ley 211**

A continuación pasaremos revista brevemente a aquellos casos en los cuales el TDLC ha acogido solicitudes de personas que, habiendo sido requeridas por la FNE de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39, letra h), han estimado que la información requerida no debe ser entregada.

##### **A. Solicitud de Telefónica Móviles S.A. (Movistar).**

La FNE se hallaba realizando una investigación reservada relativa al comportamiento de precios a público de los combustibles en la Región de Valparaíso, para lo cual solicitó a Movistar información correspondiente al tráfico de seis número telefónicos, entre el 1 de junio y 30 de septiembre de 2008. Movistar se opuso argumentando que el registro de tráfico telefónico corresponde a información de carácter personal, resguardada por la Ley 19.628 y que dicha entrega puede irrogar perjuicios a sus clientes, quienes no le han autorizado a entregarla, por lo que no está liberada de cuidar de ellos con la debida diligencia. Retrucó la FNE señalando que el artículo 39, letra h), contempla una facultad amplia que también comprende información de la naturaleza indicada y que ésta es necesaria para la investigación en curso y que, finalmente, tanto el artículo 42 del Decreto Ley 211 como el artículo 23 de la Ley 19.628 contemplan medidas de resguardo de la privacidad y su responsabilidad respecto del tratamiento de datos personales. Añadió la FNE que determinó solicitar el tráfico telefónico a las empresas de telefonía y no a los titulares de las cuentas, para resguardar el éxito de la investigación. El TDLC concluyó que, habiendo expirado el plazo establecido para no dar conocimiento del inicio de una investigación a los titulares de los teléfonos objeto del requerimiento de información y que, por tanto, no se comprometía el éxito de tal investigación, resulta menos gravoso para el resguardo de las garantías que protegen la privacidad de las personas el que la FNE requiera dicha información sobre tráfico telefónico directamente a sus titulares, sin perjuicio de lo que se resuelva en caso de que éstos no la entregasen de manera fidedigna<sup>184</sup>.

##### **B. Solicitud de CORPBANCA.**

La FNE se hallaba realizando una investigación de oficio relativa a la eventual fusión entre Distribución y Servicio D&S S.A. y S.A.C.I. Falabella y tiene por objeto determinar los efectos de tal operación en el mercado crediticio, para lo cual solicitó a CORPBANCA información correspondiente. CORPBANCA se opuso argumentando que lo solicitado corresponde a información de la que carece en cuanto a la data y

---

<sup>184</sup> Resolución del TDLC de 29 de diciembre de 2008.

detalle requeridos, puesto que la Ley General de Bancos sólo le obliga a conservar determinada documentación y antecedentes por un plazo de seis años. Retrucó la FNE señalando que información de la naturaleza indicada es necesaria para la investigación en curso y que los antecedentes requeridos no serían sustituibles por los que tiene la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras y que debe contar con antecedentes uniformes para realizar una comparación eficiente de ellos. El TDLC resolvió acoger parcialmente la oposición de CORPBANCA sólo en cuanto el banco no estará obligado a proporcionar información que no tenga, otorgando un plazo de 15 días hábiles contados desde esta resolución para remitir a la FNE esta información y previniendo a este ente administrativo en orden a que habrá de solicitar la información estrictamente necesaria para cumplir con su labor, evitando irrogar costos excesivos a los agentes económicos a los que requiere dicha información<sup>185</sup>.

### **C. Solicitud de A.C. Nielsen Chile Ltda. (Nielsen).**

La FNE se hallaba realizando una investigación relativa a operaciones de concentración de D&S y Cencosud con el objeto de complementar la información ya allegada al TDLC para lo cual requirió datos relativos a ventas totales de los distintos productos que conforman las líneas de bienes comercializados por los supermercados para los años 2004, 2005 y 2006. Nielsen se opuso argumentando que: i) se encuentra obligada por cláusulas de confidencialidad a no proporcionar a terceros información estratégica de sus clientes que solicita la FNE, de forma que hacerlo le ocasionaría perjuicios económicos, puesto que sus clientes no le volverían a contratar; ii) es dueña de la información que recopila, procesa y comercializa, constituyendo el requerimiento un atentado contra su propiedad intelectual, iii) la FNE debe hacer sus propios estudios de mercado o contratarlos con quién los provea; iv) la información puede ser requerida directamente por la FNE a los supermercados investigados; v) el requerimiento de la FNE es discriminatorio toda vez que existen otras empresas o entidades que disponen de la misma información. Retrucó la FNE señalando que el artículo 39, letra h), contempla una facultad amplia que también comprende información de la naturaleza indicada y que ésta es necesaria para la investigación en curso y que no vulnera el derecho de propiedad intelectual su requerimiento porque intentó comprar dicha información y no recibió respuesta; que la información disponible en otras entidades no es sustituible por la requerida y que, finalmente, lo solicitado sería de carácter general para no comprometer la confidencialidad de Nielsen. El TDLC solicitó a Nielsen explicaciones adicionales acerca de qué información no entrega a terceros distintos de quiénes se la proveen y los perjuicios que ello le irrogaría y qué información sí entrega a cambio de precio. Aclaró Nielsen que no entrega, comercializa, vende ni divulga a terceros distintos de los supermercados y sus proveedores fabricantes de productos de consumo masivo ninguna parte de la información solicitada por la FNE, atendido que se trata de información estratégica de ventas y que hacerlo le ocasionaría perjuicios de carácter patrimonial y directo por cuanto perdería su fuente principal de ingresos en Chile.

El TDLC resolvió que la información puede ser obtenida por la FNE directamente de agentes diversos de Nielsen y particularmente de las empresas concernidas en la investigación o de sus proveedores que constituyen la fuente primigenia de los datos en cuestión y puede, por tanto, disponer libremente de ella. Por tanto, el TDLC concluye que la información de ventas de los distintos productos que conforman las líneas de bienes comercializados por los supermercados constituye información estratégica de sus

---

<sup>185</sup> Resolución del TDLC de 21 de junio de 2007. En este mismo sentido, véase Resolución del TDLC de 20 de junio de 2007 (Banco del Estado) y Resolución del TDLC de 20 de junio de 2007 (Banco BICE).

principales clientes, cuya entrega podría ocasionar a Nielsen perjuicios en su relación con estos últimos<sup>186</sup>.

#### **D. Solicitud de Telefónica Móviles de Chile S.A. (TCM).**

La FNE se hallaba realizando una investigación de carácter general del mercado de la telefonía móvil relativa a la oposición a las solicitudes de concesión presentadas ante dicha autoridad pública para operar bajo la figura de “operador móvil virtual”, para lo cual solicitó a TCM información correspondiente a bases de datos que precisen la identidad de los clientes de cada una de las concesionarias de telefonía móvil. TCM se opuso argumentando que la información solicitada en ciertos numerales del oficio de la FNE es estratégica, confidencial y privilegiada y que, adicionalmente, el proporcionarla le ocasionará perjuicios a ella como a sus clientes, con quienes tiene un compromiso de confidencialidad. Retrucó la FNE señalando que la exención solicitada daría lugar a una discriminación puesto que la misma información ya se requirió de las otras dos actuales concesionarias de telefonía móvil; que la reserva de esa información se encuentra garantizada por el artículo 42 y que ésta es necesaria para la investigación en curso y que, finalmente, el requerimiento tiene fuerza de autoridad, por lo cual TCM se encuentra liberada de cumplir el compromiso de confidencialidad con sus clientes.

El TDLC resolvió que resulta atendible la pretensión de TCM en cuanto a mantener en reserva de identidad de sus clientes de mayor relevancia en el mercado de la telefonía móvil, por cuanto la divulgación de esa información estratégica podría ocasionarle perjuicios y que para efectuar una investigación de carácter general del mercado de la telefonía móvil no se vislumbra la necesidad de contar con bases de datos que precisen la identidad de los clientes de cada una de las concesionarias de telefonía móvil. Por lo expuesto el TDLC acogió parcialmente la oposición de TCM, procediendo a modificar el requerimiento de información de la FNE<sup>187</sup>.

Es interesante destacar que, en multiplicidad de casos, el TDLC ha rechazado solicitudes de oposición a los requerimientos de información de la FNE no porque la información requerida no sea sensible o estratégica sino porque ésta se mantiene en reserva de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del Decreto Ley 211, que obliga a los funcionarios y demás personas que presten servicios en la FNE a guardar reserva de todo dato o antecedente de que puedan imponerse con motivo un ocasión del ejercicio de sus deberes, lo cual garantiza que terceros no tengan acceso a la información en cuestión. De esta forma, se abren tres categorías: i) aquella información que el TDLC autoriza que no sea entregada a la FNE en atención a su carácter estratégico o sensible y a que su divulgación irrogaría perjuicios; ii) aquella información que el TDLC autoriza que sea entregada a la FNE a pesar que sea estratégica o sensible, pero bajo las obligaciones de reserva del artículo 42 que impide su divulgación a terceros – sean competidores o clientes –, divulgación que irrogaría perjuicios y considerando que también puede ser mantenida por el TDLC en el procedimiento jurisdiccional que pudiere iniciarse<sup>188</sup>, y iii) aquella información que el TDLC autoriza

<sup>186</sup> Resolución del TDLC de 18 de abril de 2007.

<sup>187</sup> Resolución del TDLC de 7 de noviembre de 2006.

<sup>188</sup> Resolución del TDLC de 30 de diciembre de 2008 (Cencosud S.A.); Resolución del TDLC de 8 de marzo de 2007 (Dial Urbano S.A.), cuyo considerando primero señala: “Que si bien la naturaleza de la información solicitada puede ser calificada como estratégica y que de revelarse públicamente podría causar algún perjuicio tanto a la empresa recurrente como a terceros, existen vías idóneas para mantener la reserva o confidencialidad de dicha información.”; Resolución del TDLC de 20 de junio de 2007 (Polar S.A.) cuyo considerando en tercer párrafo reconoce que la información puede ser calificada como estratégica y amparada bajo el secreto empresarial; Resolución del TDLC de 23 de julio de 2008 (SOCOFAR S.A.), en cuyo considerando séptimo se señala que la FNE debe tomar resguardos tendientes a prevenir riesgos de lesión de bienes jurídicos que nuestro ordenamiento protege, como la honra de las personas, el amparo de la privacidad e intimidad y los secretos industriales.

que sea entregada a la FNE sin restricciones en atención a que su divulgación no irrogaría perjuicios.

#### IV.2.2.3. Auto Acordado N°11/2008 del TDLC

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), a través del ejercicio de su potestad reglamentaria interna, ha dictado el Auto Acordado N°11/2008 sobre Reserva o Confidencialidad de la Información en los Procesos, en adelante el Auto Acordado o AA.

Constata el AA, en el numeral primero de su preámbulo, la vigencia del principio jurídico de la transparencia<sup>189</sup>, observando que un acceso ilimitado a ciertos antecedentes del expediente, tanto a favor de las partes en el proceso como a terceros ajenos a éste, podría acarrear un perjuicio grave a personas determinadas o a la sociedad en general<sup>190</sup>.

Aunque no lo manifieste expresamente el AA, a nuestro juicio éste resulta construido sobre los “derechos de las personas”, límite al principio de la transparencia que ya aparecía mencionado por el artículo 8° de la Constitución y que, según la acertada interpretación desarrollada por el Tribunal Constitucional, comprende no sólo derechos subjetivos (intereses individuales legítimos) sino que también intereses supraindividuales contemplados por el orden jurídico. En efecto, cuando el AA alude a “la sociedad en general” se está refiriendo a intereses supraindividuales, entre los cuales se halla la propia libre competencia, bien jurídico tutelado integrante del orden público económico. En dicha línea, el AA manifiesta que:

*“En los procesos seguidos ante este Tribunal es necesario armonizar de forma adecuada, por un lado, los principios de bilateralidad de la audiencia y la igualdad de armas, y, por otro, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita, el derecho de propiedad, el derecho a la privacidad y la protección de la información personal. Así, se debe procurar evitar que el acceso por competidores o por el público en general a cierta información estratégica o sensible de algún agente de mercado pueda causar un perjuicio grave e ilegítimo a dicho agente o a la libre competencia en general”*<sup>191</sup>.

La información estratégica o sensible resulta descrita por el AA como aquella relativa a: “secretos y/o procesos de producción, propiedad industrial, clientes y proveedores, estrategias de venta y/o marketing y estructuras de costos, que no sean del dominio público, o de cualesquiera otros cuya divulgación o uso pueda ocasionar perjuicios a su titular o a terceros”<sup>192</sup>. Resulta claro que esta descripción es meramente ejemplar, constituyendo la esencia del concepto que se trate de información privada o no pública y cuya divulgación resulte en detrimento de su propietario, de un tercero o de la libre competencia misma.

---

<sup>189</sup> El principio jurídico de la transparencia se reitera en Resolución Primera del Auto Acordado N°11/2008 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

<sup>190</sup> La posibilidad de perjuicio significativo a una persona, empresa o a la libre competencia en general se explicita en Resolución Segunda del Auto Acordado N°11/2008 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

<sup>191</sup> Numeral Tercero del preámbulo del Auto Acordado N°11/2008 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

<sup>192</sup> Resolución Cuarta del Auto Acordado N°11/2008 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.



Este AA distingue entre antecedentes mantenidos bajos “reserva” y bajo “confidencialidad”<sup>193</sup>. Entiende por “reserva” un antecedente que sólo puede ser consultado en el despacho del Tribunal por aquellas partes del proceso que el Tribunal expresamente señale en la respectiva resolución. A diferencia, entiende por “confidencialidad” un antecedente que sólo podrá ser consultado en el despacho del Tribunal por la parte que lo acompañó<sup>194</sup>.

Resulta interesante observar que el AA no emplea la noción de secreto que se halla en la Constitución y en la Ley de Transparencia y que, por otra parte, emplea una terminología diversa de la utilizada en una resolución anterior sobre la materia.

#### **IV.2.2.4. Reformas Introducidas por la Ley 20.361 al Decreto Ley 211 en Materia de Transparencia**

La Ley 20.361, modificatoria del Decreto Ley 211 y publicada en el Diario Oficial el 13 de julio de 2009, introdujo dos nuevas limitaciones al principio jurídico de la transparencia. Éstas no se hallan desarrolladas en el Auto Acordado N°11/2008 sobre Reserva o Confidencialidad de la Información en los Procesos, en atención a que éste fue dictado con anterioridad a la mencionada ley modificatoria.

Estas nuevas limitaciones se contemplan en los incisos tercero y cuarto de la letra a) y en la letra f) del artículo 39 y en los incisos séptimo y octavo del artículo 22, todos del nuevo texto del Decreto Ley 211, los que pasamos a comentar brevemente.

##### **IV.2.2.4.1. Artículo 39, letra a), incisos tercero y cuarto, del Decreto Ley 211:**

*“Asimismo, el Fiscal Nacional Económico podrá disponer de oficio o a petición del interesado que **ciertas piezas del expediente sean reservadas o confidenciales**, siempre que tengan por objeto proteger la identidad de quienes hayan efectuado declaraciones o aportado antecedentes en conformidad al artículo 39bis, o **que contengan fórmulas, estrategias o secretos comerciales o cualquier otro elemento cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular o resguardar la eficacia de investigaciones de la Fiscalía.**”*

*Lo anterior es sin perjuicio que en un proceso en curso y previo traslado, se aplique lo dispuesto en el inciso octavo del artículo 22, o que se ordene por el tribunal otorgar copias de piezas del expediente que no se hayan agregado al proceso, suprimiendo en ellas todas las referencias que pudieren revelar las identidades u objeto de protección aludidos precedentemente.”* (Los destacados son nuestros)

Es importante observar que la FNE puede disponer que ciertas piezas del expediente administrativo sean reservadas o confidenciales y ello puede obedecer a tres razones:

---

<sup>193</sup> Reconoce el TDLC el Principio Jurídico de la Transparencia en lo referente a la formación de los expedientes y da cuenta de las excepciones contempladas en el artículo 34 del Código de Procedimiento Civil. El AA señala que de conformidad al artículo 34 del CPC, excepcionalmente ciertas piezas del expediente no serán agregadas en atención a “su naturaleza” o que “por motivos fundados se manden reservar fuera del proceso”. En este sentido, cabe señalar que el mencionado artículo 34 contempla una limitación al principio jurídico de la transparencia, que se halla abierta, en el sentido que sólo podría ser colmada por una cualquiera de las cuatro causales constitucionales determinadas por el artículo 8 de la Constitución. Si fuese dicho artículo 34 invocado para generar causales diversas de las previstas constitucionalmente, nos hallaríamos ante una inconstitucionalidad.

<sup>194</sup> Resolución Tercera del Auto Acordado N°11/2008 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

- i) proteger la identidad de quiénes participen en un procedimiento de delación compensada, de conformidad con el artículo 39 bis del Decreto Ley 211;
- ii) contengan secretos comerciales cuya revelación pueda lesionar la aptitud competitiva de su titular. En consecuencia, hallamos por vez primera una caracterización del secreto comercial o empresarial realizada por el Legislador Antimonopólico. Luego, se trata de informaciones o antecedentes requeridas por la FNE a particulares y respecto de las cuales éstos o no solicitaron al TDLC que dejase sin efecto el requerimiento o habiéndolo solicitado no obtuvieron del TDLC que dejase sin efecto el requerimiento, todo de conformidad al artículo 39, letra h), y, por tanto, debieron entregar la información requerida por la FNE. Una vez entregada esta información o antecedentes, los particulares todavía pueden solicitar a la FNE que ciertas piezas del expediente permanezcan reservadas o confidenciales de conformidad al artículo 39, letra a).
- iii) resguardar la eficacia de investigaciones de la FNE. Esta última modalidad es semejante en su motivación (eficacia de la investigación de la FNE) a lo ya descrito precedentemente en el capítulo IV.2.1., que regula la reserva y secreto en cuanto al procedimiento administrativo investigador mismo, por contraste con lo dispuesto en la letra a) del artículo 39 en comento que se ocupa de la reserva y confidencialidad en relación con ciertas piezas del expediente administrativo.

El inciso cuarto de la letra a) del artículo en comento, contempla la posibilidad de que copias de ciertas piezas del expediente judicial sean otorgadas por el TDLC suprimiendo referencias en atención a las razones i), ii) y iii) antes expuestas.

Es muy relevante esta formulación de los nuevos incisos de la letra a) del artículo 39, puesto que existe una alusión directa y expresa al derecho a competir libremente, toda vez que se señala: *“pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular”*. En este caso se trata del titular de un derecho fundamental económico: el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita y específicamente a desarrollarla en competencia, esto es, por medio de intercambios a través de mercados.

#### **IV.2.2.4.2. Artículo 22, Incisos Séptimo y Octavo:**

*“A solicitud de parte, el Tribunal podrá decretar reserva respecto de terceros ajenos al proceso o confidencialidad incluso respecto de las demás partes, de aquellos instrumentos que contengan fórmulas, estrategias o secretos comerciales o cualquier otro elemento cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular. Los instrumentos que tengan carácter reservado o confidencial en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo de la letra a) del artículo 39, deberán presentarse siempre en tal carácter por la Fiscalía Nacional Económica y el Tribunal deberá mantener la reserva o confidencialidad de los mismos.*

*Sin perjuicio de lo anterior, de oficio o a petición de parte, el Tribunal podrá ordenar a la parte que corresponda, en cualquier etapa del proceso e incluso como medida para*

*mejor resolver, que prepare una versión pública de instrumento para que las otras partes ejerzan su derecho a objetarlo u observarlo. Si la referida versión pública es insuficiente como antecedente válido para fallar la causa, el Tribunal podrá decretar de oficio y por resolución fundada, el término de la reserva o confidencialidad del instrumento y ordenará ponerlo en conocimiento de las demás partes”.* (Los destacados son nuestros)

Asimismo, ha de señalarse que en esta modificación del Decreto Ley 211 se empleó la misma terminología del Auto Acordado en cuanto se distingue entre reserva y confidencialidad, alejándose de la fórmula utilizada por la Constitución y la Ley de Transparencia que aluden a secreto y reserva.

El inciso séptimo del artículo 22 del Decreto Ley 211 se refiere a la prueba instrumental y, por tanto, se ocupa de trato reservado o confidencial que ha de conferirse, a solicitud de parte, a aquellos instrumentos cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular.

Con la introducción de este nuevo inciso séptimo del artículo 22 del Decreto Ley 211 parece subsanarse la omisión legislativa que el TDLC había observado, en el sentido de faltar un procedimiento análogo al del artículo 39, letra h), para efectos de la información y antecedentes reservados que fueran presentados en un proceso jurisdiccional ventilado ante el TDLC. Ha de recordarse que el artículo 39, letra h), dice referencia exclusiva al procedimiento investigativo conducido por la FNE, en tanto que la disposición en comento se refiere a ciertos instrumentos presentados ante el TDLC.

#### **IV.2.2.4.3. Artículo 39, Letra F), del Decreto Ley 211.**

*“Solicitar la colaboración de cualquier funcionario de los organismos y servicios públicos, de las municipalidades o de las empresas, entidades o sociedades en que el Estado o sus empresas, entidades o sociedades o las municipalidades, tengan aporte, representación o participación, quiénes estarán obligados a prestarla, como asimismo, a proporcionar los antecedentes que obren en sus archivos y que el Fiscal Nacional Económico les requiera, aún cuando dichos antecedentes se encuentren calificados como secretos o reservados, de conformidad a la legislación vigente, caso este último en que se requerirá la autorización previa del Tribunal”* (Los destacados son nuestros).

En este nuevo precepto se trata de antecedentes calificados como secretos o reservados, con la particularidad de que se alude a que esta calificación debió haber sido realizada de conformidad con la legislación vigente. En otras palabras, el origen del secreto o reserva debe hallarse en alguno de los cuatro límites previstos en el artículo 8 de la Constitución Política y desarrollados en el artículo 21 de la Ley de Transparencia. Por tanto, entre estos límites se hallan *los derechos de las personas* y particularmente el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita en su forma específica de libertad de competencia mercantil. En síntesis, los antecedentes solicitados por la FNE pueden corresponder a secretos comerciales, estratégicos o empresariales y es por ello que el legislador ha exigido, en forma previa a su entrega, la autorización del TDLC.

#### IV.2.2.5. Elementos Constitutivos del Secreto o Reserva Comercial Contemplada en el Decreto Ley 211

De lo todo lo expuesto se pueden obtener al menos los siguientes elementos constitutivos del denominado secreto o reserva comercial o estratégico para efectos del Decreto Ley 211:

1. El secreto o reserva comercial o estratégico halla fundamento en el derecho constitucional a desarrollar cualquier actividad económica lícita y en su forma específica de libertad de competencia mercantil. Estos *derechos de las personas de carácter económico* operan como límite al principio jurídico de la transparencia, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 21 N°2 de la Ley de Transparencia y, por tanto, constituyen causales de secreto o reserva;
2. Desde un punto de vista terminológico, los preceptos del Decreto Ley 211 y el Auto Acordado N°11/2008 emitido por el TDLC rompen con las voces *secreto* y *reserva* empleadas en la Constitución y la Ley de Transparencia para sustituirlas por *reserva* y *confidencialidad*.
3. **Ámbito de aplicación del secreto o reserva comercial o estratégico:** comprende toda actividad económica desarrollada en forma competencial, esto es, consistente en intercambios realizados a través de mercados. En este sentido, el secreto o reserva desde la óptica del Decreto Ley 211 exhibe un ámbito de aplicación mucho más comprensivo que el del mal llamado “secreto empresarial” – en rigor industrial – contemplado en la Ley 19.039 de Propiedad Industrial. En efecto, este último se agota en las actividades económicas calificadas como industriales.
4. Objeto del secreto o reserva en análisis, según aparece descrito en:
  - i) nuevos preceptos legales del Decreto Ley 211: *informaciones o antecedentes que contengan fórmulas, estrategias o secretos comerciales o cualquier otro elemento cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular;*
  - ii) artículo 39, letra h), del Decreto Ley 211: *antecedentes o informaciones cuya entrega pudiere irrogar perjuicio a sus intereses o a los de tercero ,y*
  - iii) Auto Acordado N°11/2008 emitido por el TDLC: *secretos y/o procesos de producción, propiedad industrial, clientes y proveedores, estrategias de venta y/o marketing y estructuras de costos, que no sean del dominio público, o de cualesquiera otros cuya divulgación o uso pueda ocasionar perjuicios a su titular o a terceros.*

De estas descripciones se sigue que el secreto o reserva comercial o estratégico, desde una perspectiva del Decreto Ley 211 comprende no sólo lo industrial – que según ya explicamos es sólo un sector de lo comercial -, sino que también

muchas otras formas de información privada relativa al negocio de un competidor y a sus productos, que recibe la denominación de “secreto comercial”. Esta denominación es también inadecuada toda vez que lo comercial es sólo un sector de lo económico y, por tanto, podría inducir al equívoco de interpretar que sólo se refiere a la fase productiva conocida como distribución y que se sitúa entre la producción y el consumo. Desde esa perspectiva resultaría más preciso aludir a secreto estratégico o económico. En todo caso, en las tres fuentes indicadas (i), ii) y iii)) se observan listas abiertas tanto desde el punto de vista legislativo como reglamentario interno y cuya definición se delimita por sus consecuencias más que por sus objetos.

5. Efectos de la revelación de un secreto comercial desde una óptica antimonopólica. Legislativamente se consideran dos fórmulas: i) antecedentes o informaciones requeridas cuya entrega **pudiere irrogar perjuicio a sus intereses o a los de terceros**, y ii) piezas del expediente o instrumentos **cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular**. Las diferencias entre i) y ii) no son menores:

a) la descripción ii), que alude a la aptitud competitiva, semeja bastante a la definición del mal llamado “secreto empresarial” regulado por la Ley de Propiedad Industrial que se refiere a que su mantenimiento en reserva “*proporciona a su poseedor una mejora, avance o ventaja competitiva*”. Por contraste, la descripción i) constituye indudablemente un caso particular de perjuicio que la entrega de información requerida podría irrogar a su titular; y

b) desde una perspectiva subjetiva, la fórmula i) es más amplia toda vez que comprende los intereses – noción ya explicada – del titular de la información o de terceros, en tanto que la descripción ii) se agota en el titular de la información y no se extiende a terceros. Ambas definiciones legislativas coinciden en el sentido de que no es necesario un perjuicio ni una afectación significativa de la aptitud competitiva con carácter actual, bastando la potencialidad de que así ocurra.

## V. CONCLUSIONES

**V.1.** El Principio Jurídico de la Transparencia se traduce en generar obligaciones y deberes en la función estatal y en el proceso competitivo en relación con la transparencia. Desde el momento en que hay obligaciones y deberes al respecto, existen derechos correlativos para exigir las correspondientes conductas, dando así espacio a una formulación jurídica a partir del expuesto concepto económico de transparencia. De esta forma, postulamos una noción jurídica del principio de la transparencia como *el conocimiento cierto y razonablemente completo que resulta debido de la actividad de una persona o grupo de personas*. Este principio se particulariza en función de la naturaleza de las personas a cuya actividad refiera:

i) si se trata del Estado y de la actividad de las personas jurídicas y órganos que conforman aquél, se formaliza como un principio jurídico que rige la función pública y,

por tanto, resulta debido por los órganos estatales y consecuentemente es exigible a éstos. En este ámbito, el mencionado principio suele ser confundido con su causa: la publicidad; así, la publicidad es causa de la transparencia y ésta efecto de aquélla. La importancia del principio jurídico de la transparencia radica en que éste opera como un eficaz incentivo a la probidad y al profesionalismo de los órganos estatales, todo lo cual ha de redundar en un mayor y mejor respeto por parte del Estado de todos y cada uno los derechos de la persona humana, y

ii) Si se trata de competidores de un determinado mercado y de la actividad que éstos despliegan para disputarse la clientela en los mercados, se formaliza también como un principio jurídico que permite rechazar ciertas opacidades artificialmente creadas por algún agente económico, así como ciertas categorías de ofensas a la libertad, lealtad y resguardo de los consumidores que han de caracterizar el proceso competitivo.

**V.2.** A partir del artículo 8 de la Constitución resulta posible construir las líneas maestras del nuevo estatuto jurídico de la transparencia en la actividad estatal.

La primera gran línea maestra derivada de este precepto constitucional consiste en que el Principio de la Transparencia opera como regla general de la actividad estatal y que el secreto o la reserva constituyen límites a aquél. Sobre este particular, cabe señalar que el Constituyente ha dispuesto la *publicidad* de los actos y resoluciones de los órganos estatales, mas no ha aludido a la *transparencia* de los mismos. A nuestro juicio, la diferencia entre publicidad y transparencia es sutil: la primera es causa de la segunda. En efecto, de la publicidad de los actos de los órganos de los órganos estatales se sigue la transparencia de aquéllos toda vez que la publicidad proporciona o permite el mayor grado de conocimiento o información que constituye la esencia de la transparencia. Esta estrecha relación entre causa y efecto explica por qué ciertos cuerpos legislativos refieren en forma conjunta a los principios de la publicidad y transparencia<sup>195</sup>. La transparencia, según hemos explicado, constituye una noción de origen económico y que refiere al grado de conocimiento existente en un mercado. Así, la transparencia se opone a la opacidad, de la misma forma como la publicidad se opone al secreto (este término deriva de *secretus*, que significa poner a parte o segregar).

La segunda línea maestra de este nuevo estatuto guarda relación con la localización de este nuevo precepto constitucional. Éste se halla situado en el Capítulo I de la Constitución, denominado Bases de la Institucionalidad y, como bien ha observado el Tribunal Constitucional, dicho capítulo da cuenta de las “(...) *bases del sistema institucional de Chile, de modo que cuanto fluye de ellas se irradia sobre los capítulos siguientes y, con mayor razón aún, al ordenamiento jurídico completo que ha de respetarlas en todo momento, circunstancia, materia y lugar (...)*”<sup>196</sup>.

De lo anterior se sigue que la Transparencia es un principio jurídico de jerarquía constitucional, con todo lo que ello significa. En efecto, este principio da lugar a un derecho fundamental implícito<sup>197</sup>, con base en la naturaleza humana y ejecutable con fuerza coactiva propia en cuanto que no requiere de ley alguna para ser puesto en ejercicio.

---

<sup>195</sup> Artículo 3, inciso segundo, Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, y artículos 4° y 16°, Ley 19.880 que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado..

<sup>196</sup> Sentencia Rol N°410 del Tribunal Constitucional, considerando 23°.

<sup>197</sup> Sentencia Rol N°634-2006 del Tribunal Constitucional, considerandos 9° y 10°.

La Ley de Transparencia ha definido el Principio Jurídico de la Transparencia para la función pública como consistente en “*respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley.*”<sup>198</sup>

Como resulta de dicha definición el Principio Jurídico de la Transparencia descansa sobre la publicidad de los actos de la Administración y el acceso a la información. Luego, resulta correcto inferir que sólo hay transparencia allí donde existe publicidad y/o acceso a la información y, por tanto, aquélla es un efecto de éstas.

**V.3.** La primera duda que surge a quién analice la fórmula “*los derechos de las personas*” es si ésta resulta ser tautológica, toda vez que, por definición, sólo las personas tienen derechos<sup>199</sup>. Luego, indicar que el límite al principio de la transparencia consiste en “*los derechos de las personas*” pareciera, a primera vista, incurrir en un pleonasma carente de prolijidad jurídica. No obstante lo anterior, somos de la opinión que el Constituyente utilizó dicha formulación con una intención muy clara: otorgar la mayor amplitud lógica a los derechos que podrían operar como límite interno del mentado principio. Esta máxima amplitud lógica tiene un doble fundamento: i) por una parte, guardar coherencia con los derechos fundamentales que contempla la Constitución, puesto que aquéllos resultan asegurados por dicho cuerpo normativo a “*todas las personas*”<sup>200</sup>; y ii) evitar que, por la vía de constreñir el titular, hubiese derechos que no pudieran operar como límites del principio de la transparencia. Así, por ejemplo, la Constitución de 1925 aseguraba derechos a “*todos los habitantes de la República*”, dando lugar a diversas controversias acerca de quiénes eran los sujetos titulares de los respectivos derechos asegurados. Una de tales controversias versaba acerca de si las personas jurídicas domiciliadas en Chile eran o no habitantes de la República. En síntesis, la fórmula “*los derechos de las personas*” exhibe la mayor amplitud lógica tanto desde el punto de vista del titular (la persona) como desde la perspectiva del objeto (el derecho).

Los *derechos de las personas* que operan como límites al DAIP pueden clasificarse en tres órdenes normativos:

- a) derechos fundamentales, tanto explícitos como implícitos, contenidos en la Constitución Política de la República;
- b) derechos fundamentales, tanto explícitos como implícitos, contemplados en tratados internacionales ratificados por Chile y que se hallen vigentes; y
- c) otros derechos consagrados por preceptos infraconstitucionales, pero que exhiban la jerarquía normativa requerida (al menos ley de quórum calificado). Esta jerarquía resulta necesaria para instituir un límite específico al derecho de acceso a la información pública. Respecto de la procedencia de este último orden normativo, estimamos que éste resulta confirmado por lo dispuesto por la Ley 19.880 al emplear la fórmula de “*los derechos de las personas*” para designar los derechos que las personas tienen en sus relaciones con la Administración. Ese legislador cierra una detallada enumeración de tales derechos, disponiendo en la última letra (i)) lo siguiente: “*Cualesquiera otros*

---

<sup>198</sup> Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículo 4°, inciso 2°.

<sup>199</sup> Confrontar, Jacques Maritain, “Lecciones Fundamentales de Filosofía Moral”, pgs. 186 y stes., Biblioteca Argentina de Filosofía, Buenos Aires, 1966. En el mismo sentido, Octavio Nicolás Derisi, “Los Fundamentos Metafísicos del Orden Moral”, pg. 203, Editorial El Derecho, Buenos Aires, 1980.

<sup>200</sup> Artículo 19, Capítulo III, Constitución Política de la República.

[derechos] *que les reconozcan la Constitución y las leyes*<sup>201</sup>. Luego, los derechos de las personas no sólo comprenden los derechos fundamentales indicados en i) y ii) sino que también derechos establecidos en leyes. Concordante con lo anterior, el Reglamento de la Ley de Transparencia preceptúa: “Se entenderá por tales [derechos de las personas] aquéllos que el *ordenamiento jurídico* atribuye a las personas en título de derecho y no de simple interés” (el destacado es nuestro)<sup>202</sup>. El empleo del término “*ordenamiento jurídico*” por el Reglamento constituye una prueba adicional de que los derechos a que hacemos referencia no sólo han de exhibir jerarquía del orden i) y ii) sino que también comprenden derechos infraconstitucionales emanados de leyes que tengan, al menos, la calidad de quórum calificado.

**V.4.** La diferencia entre el artículo 8 de la Constitución y la disposición de la Ley de la Transparencia se halla en el derecho mismo. Cabe recordar que un derecho subjetivo se define sobre la base de dos elementos: i) un poder moral para exigir algo, y ii) una materia sobre la cual recae dicho poder moral. Este segundo elemento, es decir la materia, objeto o carácter de tales derechos, es el que ha empleado la Ley de Transparencia para singularizar este subconjunto de derechos de las personas y contraponerlo al resto de ellos. Luego, se da la paradoja de que la Ley de Transparencia no hace distingo alguno por concepto del poder moral, que es el elemento propiamente especificante de un derecho subjetivo, sino que lo hace en función de la materia.

**V.5.** Del comercio se han efectuado muchas descripciones, siendo la principalmente aceptada aquella que lo conceptualiza como *una actividad de intermediación con fines de lucro, generalmente consentida por las respectivas partes, consistente en entregar a los consumidores los productos o mercaderías que se adquieren de fabricantes o mayoristas a cambio de un cierto provecho o ganancia*.

A continuación, analizamos las principales notas constitutivas de esta definición:

**Actividad.** Comercio y negociación habitualmente son empleados como sinónimos, puesto que negocio es lo contrario del ocio y se da el nombre de negociar al de comerciar puesto que esta última actividad, al estar cargada de preocupaciones, resulta extraña al ocio<sup>203</sup>.

**Intermediación.** La intermediación constitutiva del comercio puede ser clasificada en intermediación “meramente económica”, por una parte, y en intermediación “económica y jurídica”, por otra. En la intermediación meramente económica el intermediario adquiere algún derecho sobre los bienes que demanda para luego ofertarlos a los consumidores, esto es, se hace parte en los contratos que permiten la intermediación, vgr., las empresas bancarias celebran contratos de captación y luego de hacerse dueñas de los fondos captados, aquéllas celebran contratos de colocación. A diferencia, en la intermediación económica y jurídica, el comerciante no es parte en los contratos que ponen en contacto al productor/mayorista con el comerciante/minorista/consumidor,

---

<sup>201</sup> Artículo 17°, letra i), Ley 19.880 que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado.

<sup>202</sup> Reglamento de la Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículo 7 N°2.

<sup>203</sup> El término latino “negotium” revela la contraposición entre negocio (“neg-otium”), esto es, la negación del ocio y el ocio (“otium”). Para un contraste entre actividad económica y actividad contemplativa (ocio fecundo), véase, Josef Piper, “Leisure. The Basis of Culture”, pg.3 y ss., Liberty Fund, Indianápolis, 1999.



resultando un ejemplo paradigmático el corredor de propiedades. Así, la intermediación es siempre económica y, en ocasiones, adicionalmente jurídica.

**Con fines de lucro.** El lucro es de la esencia del comercio y lo distingue de otras formas de intermediación que pueden realizarse con otros propósitos, por ejemplo, comprar para donar u otras fórmulas destinadas a practicar la caridad.

De esta manera, el objeto del comercio es la producción de riqueza mediante el referido intercambio de bienes y servicios; este intercambio usualmente se verifica mediante dinero, de allí que el dinero se coloca “entre” los cambios y consiste, además, el dinero en el fin del comercio, al ser aquél representativo del lucro en las economías dinerarias. Es por ello que, desde antiguo, el Estagirita ha afirmado que “...ya que el dinero es el elemento básico y el término del [inter]cambio”.<sup>204</sup>

**Generalmente consentida.** Esta actividad de intermediación se caracteriza por ser generalmente consentida por las respectivas partes y, por tanto, desde una óptica jurídica se materializa a través de multitud de formas convencionales, sean traslaticias del dominio o no. En consecuencia, resulta un error limitar esta intermediación a ciertas formas contractuales en particular. Incurre en esta imprecisión el propio Diccionario de la Lengua Española al explicar el comercio como: “Negociación que se hace comprando y vendiendo o permutando géneros o mercancías”,<sup>205</sup>. Si bien es cierto que la compraventa y la permuta suelen ser las convenciones más comunes en el comercio, no por ello son las únicas mediante las cuales puede llevarse a cabo esta especie de intermediación. Si bien nuestro derecho positivo no ha definido qué ha de entenderse por comercio, la jurisprudencia nacional emitida por los Tribunales Ordinarios de Justicia ha recogido, en forma constante, variaciones de la definición antes comentada del Diccionario de la Lengua Española.<sup>206</sup>

Hemos señalado que esta forma de intermediación es generalmente consentida para oponerla a otras modalidades de intermediación claramente involuntarias - estas son las conmutaciones involuntarias o “ekousión”, según la terminología aristotélica - , como ocurre, por ejemplo, en el caso de los daños injustamente inferidos que se conmutan o “cambian” por la compensación económica correspondiente a la víctima de aquéllos. Decimos que el comercio es generalmente consentido a fin de resaltar que, excepcionalmente, las transacciones comerciales pueden revestir un cierto carácter forzoso, lo cual puede ocurrir, en algún grado, como efecto del dirigismo contractual o, más radicalmente involuntarias, en el caso de ciertas técnicas del orden público económico en virtud de las cuales la autoridad pública ordena la celebración de ciertas convenciones o determina todo o parte de los contenidos de las mismas, constriñendo la autonomía privada que suele presidir las actividades mercantiles.

**Productos o Mercaderías.** En cuanto a los bienes ofertados en el mercado, debe observarse que existe una distinción de antigua data entre comercio e industria, no obstante que desde la óptica de la Economía Política el comercio es una rama de la industria. Al analizar Domingo de Soto<sup>207</sup> el comercio se refiere a dos clases de negocios: comercio e industria, radicando la distinción entre uno y otro en el hecho de

<sup>204</sup> Aristóteles, “Política”, 1257b, pg. 71, Editorial Gredos, Madrid, 1999.

<sup>205</sup> Diccionario de la Lengua Española, pg. 365, Espasa Calpe, Vigésima Edición, Madrid, 1992.

<sup>206</sup> A modo de ejemplo, véase, “Price’s (South American Ltd) con Impuestos Internos”. Corte de Apelaciones de Valparaíso, 13 de Noviembre de 1945, Considerando 4°.

<sup>207</sup> Domingo de Soto, “De la Justicia y del Derecho”, Tomo III, Libro IV, Cuestión II, Artículo 2, pg. 544, Editorial Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968.

que en el primero hay simple intermediación, en tanto que en la industria hay, adicionalmente, transformación del bien intermediado; por ello concluye el teólogo jurista señalando que la industria es, en verdad, un arte mecánico. Esta distinción ha sido recepcionada por el Derecho chileno en una antigua norma legal<sup>208</sup>, en algunas sentencias judiciales<sup>209</sup> y perdura en una reciente disposición de la Ley de Propiedad Industrial<sup>210</sup>.

El distingo entre comercio e industria no se muestra de interés para efectos de interpretar la disposición en análisis de la Ley de Transparencia, puesto que tanto el comercio como la industria constituyen actividades económicas y el artículo 21 N°2 de dicho cuerpo normativo refiere a “*derechos de carácter comercial o económico*”. Más aún, otras legislaciones como la antimonopólica se han encargado de eliminar el distingo entre comercio e industria para fines operativos<sup>211</sup>, distingo que tampoco ha demostrado utilidad desde la perspectiva de los antiguos preceptos que han proscrito los monopolios<sup>212</sup>. Prueba de lo anterior es que las legislaciones antimonopolios promulgadas en Chile hacen, invariablemente, remisión a las actividades del comercio y de la industria en el sentido de constituir todas ellas ámbito de aplicación de sus preceptos<sup>213</sup>. Más aún, el Decreto Ley 211, de 1973, que contiene el principal cuerpo normativo vigente en Chile para la defensa de la Libre Competencia, se encargó de mencionar expresamente, en su antiguo artículo cuarto, inciso primero, - hoy modificado en su redacción - que aquél regía sobre las actividades comerciales e industriales, advirtiendo que también se aplicaba a las labores extractivas y de servicios. De esta forma, se había buscado disipar toda duda acerca de que tanto las actividades comerciales como las industriales quedaban capturadas por la voz “comercio”.

**Consistente en entregar a los consumidores los productos o mercaderías que se adquieren de fabricantes o mayoristas.** Sobre este aspecto es preciso advertir que modernamente suele distinguirse entre comercio mayorista y minorista. Por tanto, a este punto esta definición puede considerarse imprecisa toda vez que limita el concepto de comercio sólo a aquella intermediación entre fabricantes/mayoristas y consumidores.

La entrega a que se refiere esta noción puede tener lugar a través de un mercado (sentido económico) o fuera de mercado. Esto último resulta predicable respecto de aquellos productos o mercancías que por su singularidad carecen de un mercado en el cual sean ofertados y demandados con cierta habitualidad.

---

<sup>208</sup> Decreto N°194 de 20 de Febrero de 1954, emanado del Ministerio de Economía de Chile: “Industria es el conjunto de actividades desarrolladas en fábricas, plantas o talleres destinados a la elaboración, reparación, conservación, transformación, armadura, confección, envasamiento de sustancias, productos o artículos, en estado natural o ya elaborados o para la prestación de servicios, tales como molindas, tintorerías, acabados o terminación de artículos.”

<sup>209</sup> A modo de ejemplo, véase, “Commercial Investment Co. Ltd of Chile con Herrera”. Corte de Apelaciones de Talca, 26 de Enero de 1931, considerandos 11° y 12°.

<sup>210</sup> Artículo 36, inciso segundo, Ley 19.039 de Propiedad Industrial: “Para estos efectos, la expresión industria se entenderá en su más amplio sentido, incluyendo a actividades tales como: manufactura, minería, construcción, artesanía, agricultura, silvicultura y la pesca.”

<sup>211</sup> Cabe recordar que la interpretación inicial de la Sherman Act de los Estados Unidos de América (1890), efectuada por los tribunales de justicia, estableció erróneamente que “el comercio viene a continuación de la fabricación y no es una parte de ésta”, por lo cual ciertas restricciones que afectaban la libertad en la industria manufacturera de bienes no quedaron comprendidas bajo el ámbito de aplicación de dicha ley al categorizarse como “industria” y no corresponderse con la voz “comercio” (United States v. E.C. Knight, 1895). Dos años más tarde, los tribunales de justicia reemplazaron esta definición restrictiva de comercio por una más amplia que incluía la industria y las demás fases productivas de la actividad económica (United States v. Trans-Missouri Freight Association).

<sup>212</sup> Existe una larga tradición en este sentido, que está descrita por Joseph Manuel Domínguez Vicente, “Curia Filípica”, Tomo II, Cap. I, N° 38, pg. 15, Madrid, 1790. Dicha tradición remite a las Leyes de la Recopilación (Lex 5, tit. 8, lib. 9 Recop.) y a las Siete Partidas (Lex 2, tit. 7, part. 5).

<sup>213</sup> Artículo 172, inciso 1°, de la Ley 13.305 (1959) y antiguo Artículo 4, inciso 1°, del Decreto Ley 211 (1973). Este último estuvo en vigor hasta la reforma efectuada al Decreto Ley 211 por la Ley 19.911, la cual fue publicada en el Diario Oficial con fecha 14 de Noviembre de 2003.

**V.6.** Un derecho de *carácter comercial* resulta muy restringido en contraste con un derecho de *carácter económico*. El carácter comercial aparece como demasiado estricto puesto que dicho vocablo es entendido como la actividad del intermediador, esto es, el conjunto de actividades económicas que causan la circulación de los bienes desde los productores hacia los consumidores. Luego, la actividad comercial es una parte de la actividad económica, en tanto que la actividad económica importa una referencia a la solución del problema económico, sea que éste sea atendido por la vía del autosustento o del intercambio y sea que éste último se desarrolle o no a través de mercados. En cualquier caso, lo económico comprende todas las fases productivas, que se extienden desde la producción hasta el consumo, pasando por el comercio y la industria en todas sus formas. De lo expuesto se podría concluir que lo “*comercial*”, en su acepción antes comentada, resulta subsumible en la expresión “*económico*” de que se vale la Ley de Transparencia en su artículo 21 N°2. En otras palabras, se confirma que el término “*económico*” está empleado como género de lo “*comercial*”, según resulta de las siguientes consideraciones:

- a) una *actividad económica* por contraposición a una *actividad de intermediación*, que caracteriza el comercio. La primera comprende toda forma de autosustento y de intercambio, sea éste productivo, extractivo, comercial, industrial o para consumo;
- b) una *actividad económica*, por contraposición a una *actividad comercial*, no necesariamente importa lucro. La primera comprende toda forma de autosustento y de intercambio. Sólo en los intercambios puede existir el lucro, como bien explicara el Estagirita, por contraste con las actividades de autosustento donde por definición no puede haber lucro. Luego, no es de la esencia de las actividades económica el lucro, en tanto que sí lo es de la esencia en las actividades comerciales, según quedó de manifiesto en la primera definición analizada de comercio, que es la generalmente aceptada.
- c) una actividad económica puede ser individual o colectiva en su desarrollo y mediar o no convenciones en la ejecución de la misma. Así, el autosustento no requiere convenciones, en tanto la actividad comercial las requiere y por ello éstas son generalmente consentidas por las respectivas partes.

**V.7.** La facultad moral que da forma al derecho a desarrollar cualquier actividad económica es de gran amplitud toda vez que emplea el verbo rector “*desarrollar*”, esto es, apunta al progreso y crecimiento de una comunidad humana en su dimensión económica. Desarrollar, en este contexto, no es otra cosa que desplegar una actividad económica en todos sus contenidos y formas, por lo cual resulta equivalente a iniciar y llevar a cumplimiento término una actividad destinada a resolver el problema económico. Luego, se trata de una libertad de iniciación, progreso y crecimiento en actividades económicas. Captar en toda su plenitud esta libertad exige algunas precisiones conceptuales que pasamos a señalar.

La primera observación se refiere a los factores productivos que cabe emplear de conformidad con este derecho. Ya había puesto de relieve un jurista integrante de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución la necesidad de considerar una disposición que “asegure la libertad para desarrollar actividades económicas, porque el principio, si bien se incluye, adolece de imprecisión dentro de la libertad genérica de

trabajo”<sup>214</sup>. A nuestro juicio, el origen de la imprecisión anotada radica en que la libertad para desarrollar actividades económicas excede con creces el ámbito de la libertad de trabajo, puesto que esta última alude tan sólo al factor productivo “trabajo” en particular, en tanto que la primera libertad mencionada comprende el empleo de todos los factores productivos (trabajo, capital y recursos naturales). Desde esta perspectiva ha de reconocerse la superioridad conceptual y normativa de la Constitución de 1980 que estableció la garantía del artículo 19 N°21 en forma separada de la libertad de trabajo, alejándose de los modelos preexistentes<sup>215</sup>.

La segunda observación se refiere a las fases productivas que alcanza el desarrollo de una actividad económica. Siguiendo lo planteado en las sesiones pertinentes de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, procede afirmar que este derecho comprende tres modalidades de libertad económica: i) libertad de producción, ii) libertad de comercio y iii) libertad de trabajo<sup>216</sup>. La Corte de Apelaciones de Santiago ha sentenciado que esta garantía: “a la que se le ha llamado de libre iniciativa o de libertad de empresa, es de contenido vasto, ya que comprende la libre iniciativa y la prosecución indefinida de cualquier actividad económica, sea productiva, comercial, de intercambio o de servicio”<sup>217</sup>. Estimamos que las fases productivas comprendidas por el derecho subjetivo constitucional en análisis son las de producción y extracción, distribución en sus modalidades de mayorista y minorista y consumo. El intercambio se haya presente en todas ellas y es precisamente aquél el que da lugar a la distinción y segmentación de tales fases. En efecto, si analiza una economía sin intercambio ni cambio, por ejemplo, una de autoabastecimiento, podrá decirse que hay producción y consumo, pero éstas coexisten en un mismo sujeto de derecho de tal forma que no tiene sentido ni utilidad diferenciarlas. Los servicios son tan sólo una clase de bienes económicos de naturaleza intangible y no constituyen en sí mismos una fase productiva.

La tercera observación se refiere a la naturaleza de las actividades que resultan comprendidas bajo la expresión actividades económicas, sean éstas primarias, secundarias o terciarias. Las actividades económicas a que alude esta garantía constitucional presentan la mayor amplitud<sup>218</sup> y prueba de ello es que aquéllas van precedidas del término “cualquiera”; por tanto, las actividades económicas no se agotan ni constituyen sinónimos de actividades lucrativas ni de actividades empresariales, como erróneamente han sostenido algunos autores y, desafortunadamente, alguna jurisprudencia. En efecto, la libertad cautelada por el Artículo 19 N°21 de la Constitución resulta aplicable a toda actividad económica, sea que ésta se desarrolle con una finalidad de autoabastecimiento, de cambio o de intermediación y sea que esta última modalidad tenga lugar fuera o dentro de mercados. En efecto, no todos los bienes que se intercambian dan lugar a la formación de mercados, según muestra la experiencia.

---

<sup>214</sup> Comisionado señor Raúl Bertelsen, Sesión 388 de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución.

<sup>215</sup> Con anterioridad a la Constitución de 1980 el derecho a desarrollar cualquier actividad económica resultaba inferido de la libertad de trabajo e industria. Recuérdese lo restringido de la noción de industria en comparación con el concepto de actividades económicas, según explicamos en el capítulo precedente.

<sup>216</sup> Comisionado señor Roberto Guerrero, Sesión 384 de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución.

<sup>217</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 25 de mayo de 1996, Rol N° 4.017-95.

<sup>218</sup> “[El señor Bertelsen] Cree que es más amplio establecer : “La libertad para desarrollar cualquier actividad económica”. O sea - agrega -, para crear una empresa extractiva, una industria manufacturera, una empresa de transportes, una sociedad de comercio, una sociedad de prestación de servicios, etc... El señor Ortúzar (Presidente) considera evidente que, al reconocerse como garantía constitucional la libre iniciativa privada para desarrollar actividades económicas, se está haciendo mención de las actividades industriales o comerciales...[El señor Bertelsen] añade no puede [el Estado] conculcar la libertad personal para desarrollar cualquier tipo de actividad económica, ya sea extractiva, productiva o de comercialización...”(Sesión 388, de 27 de Junio de 1978, de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución).

Las actividades económicas tuteladas por el mencionado precepto constitucional pueden clasificarse en lucrativas y no lucrativas<sup>219</sup>, así como en empresariales y no empresariales<sup>220</sup> y todas ellas quedan amparadas por el inciso primero del artículo 19 N°21 de la Constitución. De allí que la actividad económica desarrollada por una fundación, que carece de fines de lucro, queda tutelada por el precepto indicado.

Se ha debatido si las actividades empresariales son por esencia de naturaleza lucrativa. Desde un punto de vista doctrinario pareciera resultar de la esencia de una actividad empresarial el carácter lucrativo, aún cuando ciertas definiciones positivas de empresa contempladas en nuestro orden jurídico prescinden de dicho carácter lucrativo<sup>221</sup>.

Se ha tendido a ver en las actividades empresariales el principal contenido – pero ciertamente no el único - de esta garantía constitucional, caracterizándose aquéllas como: “la más alta expresión de la iniciativa privada en el tráfico mercantil dentro de un Estado de Derecho”<sup>222</sup>

**V.8.** La libertad para desarrollar actividades económicas ha de ser respetada por el Estado y sus organismos en su doble faz de límite y de objeto de promoción, sea que aquéllos actúen en cuanto autoridades públicas, sea que obren en cuanto competidores o empresarios. Así, el Estado puede conculcar este derecho fundamental contemplado en el artículo 19 N°21 de la Constitución Política bajo dos modalidades:

- c) **en cuanto autoridad pública:** i) al lesionar este derecho fundamental especificando limitaciones que no correspondan al orden público, la moral o la seguridad nacional; por ejemplo, resolviendo el Consejo de la Transparencia que el principio jurídico de la transparencia constituye un contenido de orden público y que, por tanto, opera como un límite al ejercicio del derecho a desarrollar cualquier actividad económica; ii) al establecer regulaciones a dicho derecho cuya substancia provenga de alguna autoridad pública infralegal, v.gr., el Consejo de la Transparencia regula el derecho a desarrollar cualquier actividad económica sin contar al efecto con una norma legal que contemple la substancia de la regulación impuesta por aquella autoridad pública; iii) al establecer regulaciones al derecho a realizar cualquier actividad económica que afecten la esencia de este derecho o impidan su libre ejercicio, v.gr., el Consejo de la Transparencia dicta resoluciones que ordenan develar reservas o secretos indispensables para el ejercicio de un determinado derecho a desarrollar cualquier actividad económica; y iv) al establecer regulaciones al derecho a realizar cualquier actividad económica que resulten incoherentes o desarmónicos con el deber de promoción de este derecho o perturben o entorpezcan su libre ejercicio. Así, por ejemplo, el Legislador de la Transparencia ordena a los competidores de una determinada industria entregar información relativa a su actividad económica a ciertas autoridades públicas en formatos que importen desagregaciones y estadísticas

---

<sup>219</sup> Enrique Navarro Beltrán, “Notas sobre el Contenido Esencial del Derecho a Empezar Cualquier Actividad Económica”, Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Año III, N°3, pg. 27, Santiago, 1999. Concluye lúcidamente este jurista que: “el bien jurídico protegido no se encuentra en modo alguno restringido a las actividades lucrativas”. Este aserto se haya confirmado por la circunstancia de que actividades económicas de autoabastecimiento también resultan tuteladas por el artículo 19 N°21 de la Constitución.

<sup>220</sup> El distinción entre actividades económicas no empresariales y actividades económicas empresariales ya había sido formulado por el Comisionado señor Bertelsen, en Sesión 388 de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución. Confrontar, Eduardo Soto Kloss, “La Actividad Económica en la Constitución Política de la República de Chile”, pg. 123, Ius Publicum N°2, Santiago, 1999.

<sup>221</sup> Domingo Valdés Prieto, “Libre Competencia y Monopolio”, pgs. 489-490, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006. Véase, las definiciones de empresa contempladas en el artículo 3 del Código del Trabajo y en los Tratados de Libre Comercio suscritos entre la República de Chile y Estados Unidos de México, así como entre la República de Chile y Corea del Sur.

<sup>222</sup> Sentencia del Tribunal Supremo Español, Sala 4a, de fecha 21 de Febrero de 1984.

no estándares y cuya elaboración resulta onerosa para los suministradores de información; y

- d) **en cuanto competidor:** al obtener el Estado, sus organismos o sus empresas privilegios que permitan a estas últimas competir en condiciones más ventajosas, quebrando por tanto la igualdad de oportunidades que es la base de la libre competencia. Ejemplos de esta hipótesis podrían consistir en una lesión del derecho fundamental a desarrollar cualquier actividad económica por la vía de que las empresas públicas del Estado o las sociedades estatales, en cuanto competidores, se beneficien: i) de una transferencia indebida a favor de aquéllas de secretos o reservas que se hallen en poder de autoridades públicas, o ii) del revelamiento a una industria en general de los mencionados secretos o reservas que se hallen en poder de autoridades públicas bajo el pretexto de dar cumplimiento al principio jurídico de la transparencia.

En atención a lo expuesto, el principio jurídico de la transparencia y el derecho a desarrollar una actividad económica interactúan en las siguientes formas: i) la Ley de Transparencia puede actuar como norma reguladora de la garantía contemplada en el inciso primero del artículo 19 N° 21 (“*respetando las normas legales que la regulen*”), en cuanto alcance a ciertos agentes económicos públicos y privados; ii) las autoridades públicas responsables del principio jurídico de la transparencia deben promover (“*es deber de los órganos del Estado (...) promover tales derechos*”) la garantía contemplada en el inciso primero del artículo 19 N° 21, lo cual importa cumplir con lo dispuesto en el artículo 5, inciso segundo, de la Constitución, y iii) el inciso primero del artículo 19 N° 21 opera como norma delimitadora del principio jurídico de la transparencia en cuanto constituye un límite extrínseco a esta última. Esta delimitación brota de la esencia del derecho a desarrollar una actividad económica, de forma tal que los contenidos de éste que resultan sustraídos al principio de la transparencia no son otros que los secretos y reservas necesarios para ejercitar este derecho de carácter económico. Así, el principio jurídico de la transparencia cesa ante los secretos o reservas necesarias para ejercitar el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, operando éste como límite del mentado principio.

#### V.9. La información desempeña un doble rol en el ámbito de la libre competencia.

I) Primera función de la información. Ciertos grados de información son indispensables para el funcionamiento de la ley de la oferta y la demanda y, por tanto, ciertas manipulaciones de aquélla pueden constituir ofensas monopólicas.

El bien jurídico libre competencia también considera la información como un elemento que, bajo determinadas circunstancias, puede resultar esencial para la preservación de la libertad de competencia mercantil.

Ya se había advertido por uno de los antiguos órganos antimonopólicos creados por el Decreto Ley 211, de 1973, que:

“Corresponde a la oferta y la demanda regular los mercados, sin interferencia de la autoridad, salvo para cautelar la debida transparencia con que deben actuar los entes económicos del respectivo mercado, de modo que prevalezcan solamente las firmas más eficientes en beneficio de los usuarios o consumidores. Los agentes económicos deben determinar claramente el precio o tarifa de cada uno de los productos y servicios que

comercialicen, precio que debe ser público para todos los interesados, y establecer condiciones de venta precisas, generales, razonables, no discriminatorias y públicas. La falta de transparencia de la variable precio en un mercado esencialmente competitivo, constituye un atentado a la libre competencia. La ocultación de precios puede conducir a impedir toda política de optimización de la transparencia del mercado y puede ser la condición para establecer prácticas más lesivas, como el acuerdo de precios, la discriminación de ellos o el reparto de cuotas del mercado.”<sup>223</sup>

En efecto, se ha visto que la falta de publicidad en las condiciones de venta de un producto, lo que incide en el conocimiento que los agentes partícipes en el respectivo mercado relevante han tenido de aquéllas, constituye una ofensa antimonopólica<sup>224</sup>. Se desprende de un fallo de la Comisión Resolutiva que la información entregada en el mercado relevante debe ser veraz y completa. Esto significa que todo aquél que busque informarse tenga acceso a los términos de la venta, o del contrato que sea del caso, en las mismas condiciones que el resto de los agentes interesados. En otras palabras, nadie debe obtener una ventaja en el mercado por ser beneficiario de un trato discriminatorio como el antes descrito.

Según ya anunciábamos, la doctrina económica ha desarrollado extensamente la noción de transparencia, condición “sine qua non” del modelo de competencia perfecta. Entienden los economistas por transparencia de mercado una medida del conocimiento, que existe en un mercado determinado, de toda información relevante para que oferentes y demandantes adopten sus decisiones. Ahora bien, cuando este conocimiento es perfecto y completo la transparencia se presenta en su máxima medida, lo que por definición ocurre en el paradigma de la competencia perfecta.

De lo anterior se sigue que quien desarrolla actividades económicas ocupando una posición dominante y administra, en forma discriminatoriamente arbitraria, la información relativa a las condiciones de venta, disminuye la competitividad en la respectiva fase productiva. La disminución de competitividad se produce en la medida que el discriminador ejercite su poder de mercado y tal ejercicio sea abusivo por no hallarse objetivamente justificado.

Sobre el particular la Comisión Resolutiva, en su Resolución N°202, sentenció: “(...) un productor o competidor no puede discriminar injustificadamente entre sus compradores, ni ocultarles la información necesaria para que tomen sus decisiones, adecuada y oportunamente, ni inducirlos a error, ni a ellos ni a terceros, con informaciones erradas o falsas (...)”.

II) Segunda función de la información. Ésta puede ser objeto de la oferta y la demanda, lo que resulta explicado por la circunstancia de que la información, bajo determinadas circunstancias, es considerada también un bien económico.

Atendido el creciente grado de división del trabajo que caracteriza las sociedades contemporáneas, resulta cada vez más fuerte la brecha entre información “técnica” o altamente especializada y, por tanto, reservada a expertos e información “vulgar”, esto es, accesible a legos. Esta distinción tiende a ser coincidente con las categorías de información privada e información pública.

---

<sup>223</sup> Dictamen N°1032 emitido por la Comisión Preventiva Central el 3 de abril de 1998. En un sentido semejante puede consultarse también las Resoluciones N°349, N°381 y N°415, todas de la Comisión Resolutiva, y el Dictamen N°928/78 de la Comisión Preventiva Central.

<sup>224</sup> Resolución N°202 de la Comisión Resolutiva, comentada por Domingo Valdés Prieto en “La Discriminación Arbitraria en el Derecho Económico. Especialmente en la Legislación Antimonopólica”, pgs. 127-130, Santiago de Chile, Editoriales Conosur, 1992 y LexisNexis, 2000. También, Resolución N°75 de la Comisión Resolutiva.

Para que una información revista la calidad de bien económico es preciso que sea escasa y útil; luego, si esa información pasa al dominio público dejará de constituir un bien económico. De esta forma, resulta esencial distinguir entre información privada e información pública, puesto que sólo la primera, confluyendo las dos características anotadas, podrá ser considerada un bien económico.

**V.10.** La variedad de especies delictuosas – penales e infraccionales - corresponde a la variedad de secretos y reservas susceptibles de ser vulneradas y esta variedad, a su vez, obedece a la variedad de derechos y bienes jurídicos que se busca tutelar mediante la custodia de cierta información. De allí que los secretos y reservas exhiben una vasta y multiforme regulación en el orden jurídico, comprensiva del ámbito penal<sup>225</sup> e infraccional, destacando en este último lo antimonopólico<sup>226</sup>, lo represivo de la competencia desleal<sup>227</sup>, lo societario<sup>228</sup> y lo relativo al mercado de valores<sup>229</sup>, entre otros. Los secretos y reservas pueden emanar de normas jurídicas de diversa jerarquía, pudiendo éstas ser emitidas por autoridades públicas, por autoridades privadas o por simples particulares. Correspondientes a estos emisores, procede distinguir las siguientes relaciones jurídicas potencialmente configuradoras de secretos y reservas:

- a) entre un empleador y sus empleados;
- b) entre los socios de un negocio o emprendimiento;
- c) entre una sociedad (persona jurídica) y directorio (órgano máximo de administración);
- d) entre una empresa y alguna contraparte comercial, tales como competidores, proveedores y clientes;
- e) entre una empresa y alguna contraparte no comercial. En esta última hipótesis pueden inscribirse las relaciones de una empresa con órganos del Estado, las cuales son regidas por la Ley de Transparencia. Así, si la difusión de información sensible afectase derechos de carácter comercial o económico de la respectiva empresa, ello activaría reservas o secretos de conformidad con el artículo 21 N°2 de la Ley de Transparencia.

**V.11.** Reservas o secretos referidos a información estratégica. Sólo esta segunda modalidad de reserva o secreto permite arrojar luces sobre el secreto “comercial o empresarial”, que en el ámbito de la libertad de competencia mercantil recibe la denominación de reservas o secretos referidos a información comercial o estratégica. El TDLC ha recibido solicitudes relativas a la confidencialidad que ha de dársele a determinadas piezas o documentos recopilados durante una investigación desarrollada por la FNE y acerca de preservar tal confidencialidad una vez incoado el proceso contencioso ante el propio TDLC. Constata el TDLC que durante una investigación administrativa realizada por la FNE como en el curso del proceso jurisdiccional consiguiente “pueden existir antecedentes que, por su naturaleza o condición de información comercial o estratégica confidencial de alguna de las partes en la causa, puedan poner a ésta en una situación de perjuicio o de desventaja competitiva en caso de hacerse públicos;”<sup>230</sup>. Para estos efectos opera el procedimiento previsto en el

<sup>225</sup> Artículo 284 del Código Penal.

<sup>226</sup> Artículo 39, letra h), del Decreto Ley 211.

<sup>227</sup> Artículos 3 y 5 de la Ley que Regula la Competencia Desleal.

<sup>228</sup> Artículo 43 de la Ley de Sociedades Anónimas.

<sup>229</sup> Artículos 165, 85 y 59 de la Ley de Mercado de Valores.

<sup>230</sup> Resolución del TDLC del 13 de abril de 2006, considerando 18, dictada en Rol C N°77-05.



artículo 39, letra h), del Decreto Ley 211, que permite determinar qué ha considerarse información comercial o estratégica y, como tal, susceptible de reserva o secreto. Así, el TDLC podrá decretar que determinados antecedentes tengan el carácter de secretos o confidenciales<sup>231</sup>.

La Ley 20.361, modificatoria del Decreto Ley 211 y publicada en el Diario Oficial el 13 de julio de 2009, introdujo dos nuevas limitaciones al principio jurídico de la transparencia. Éstas no se hallan desarrolladas en el Auto Acordado N°11/2008 sobre Reserva o Confidencialidad de la Información en los Procesos, en atención a que éste fue dictado con anterioridad a la mencionada ley modificatoria.

Estas nuevas limitaciones se contemplan en los incisos tercero y cuarto de la letra a) y en la letra f) del artículo 39 y en los incisos séptimo y octavo del artículo 22, todos del nuevo texto del Decreto Ley 211.

De lo expuesto se pueden obtener al menos los siguientes elementos constitutivos del denominado secreto o reserva comercial o estratégico para efectos del Decreto Ley 211:

a) El secreto o reserva comercial o estratégico halla fundamento en el derecho constitucional a desarrollar cualquier actividad económica lícita y en su forma específica de libertad de competencia mercantil. Estos *derechos de las personas de carácter económico* operan como límite al principio jurídico de la transparencia, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 21 N°2 de la Ley de Transparencia, y por tanto constituyen causales de secreto o reserva;

b) Desde un punto de vista terminológico, los preceptos del Decreto Ley 211 y el Auto Acordado N°11/2008 emitido por el TDLC rompen con las voces *secreto* y *reserva* empleadas en la Constitución y la Ley de Transparencia para sustituirlas por *reserva* y *confidencialidad*.

c) **Ámbito de aplicación del secreto o reserva comercial o estratégico:** comprende toda actividad económica desarrollada en forma competencial, esto es, consistente en intercambios realizados a través de mercados. En este sentido, el secreto o reserva desde la óptica del Decreto Ley 211 exhibe un ámbito de aplicación mucho más amplio que el mal llamado “secreto empresarial” – en rigor industrial – contemplado en la Ley 19.039 de Propiedad Industrial, que se agota en las actividades económicas calificadas como industriales.

d) Objeto del secreto o reserva en análisis, según aparece descrito en:

i) nuevos preceptos legales del Decreto Ley 211: **informaciones o antecedentes *que contengan fórmulas, estrategias o secretos comerciales o cualquier otro elemento cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular;***

ii) artículo 39, letra h), del Decreto Ley 211: ***antecedentes o informaciones cuya entrega pudiere irrogar perjuicio a sus intereses o a los de terceros .y***

iii) Auto Acordado N°11/2008 emitido por el TDLC: ***secretos y/o procesos de producción, propiedad industrial, clientes y proveedores, estrategias de venta y/o marketing y estructuras de costos, que no sean del dominio público, o de cualesquiera otros cuya divulgación o uso pueda ocasionar perjuicios a su titular o a terceros.***

---

<sup>231</sup> Resolución del TDLC del 24 de mayo de 2006, considerando 4, dictada en Rol C N°60-05.

De estas descripciones se sigue que el secreto o reserva comercial o estratégico, desde una perspectiva del Decreto Ley 211 comprende no sólo lo industrial – que según ya explicamos es sólo un sector de lo comercial -, sino que también muchas otras formas de información privada relativa al negocio de un competidor y a sus productos, que recibe la denominación de “secreto comercial”. Esta denominación es también inadecuada toda vez que lo comercial es sólo un sector de lo económico y, por tanto, podría inducir al equívoco de interpretar que sólo se refiere a la fase productiva conocida como distribución y que se sitúa entre la producción y el consumo. Desde esa perspectiva resultaría más preciso aludir a secreto estratégico o económico. En todo caso, en las tres fuentes indicadas (i), ii) y iii)) se trata de listas abiertas tanto desde el punto de vista legislativo como reglamentario interno y cuya definición se delimita por sus consecuencias más que por sus objetos.

e) Efectos de la revelación de un secreto comercial desde una óptica antimonopólica. Legislativamente se consideran dos fórmulas: i) antecedentes o informaciones requeridas cuya entrega **puriere irrogar perjuicio a sus intereses o a los de terceros**, y ii) piezas del expediente o instrumentos **cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular**. Las diferencias entre i) y ii) no son menores:

i) la descripción ii), que alude a la aptitud competitiva, semeja bastante a la definición del mal llamado “secreto empresarial” regulado por la Ley de Propiedad Industrial que se refiere a que su mantenimiento en reserva *“proporciona a su poseedor una mejora, avance o ventaja competitiva”*. Por contraste, la descripción i) constituye indudablemente un caso particular de perjuicio que la entrega de información requerida podría irrogar a su titular; y

ii) desde una perspectiva subjetiva, la fórmula i) es más amplia toda vez que comprende los intereses – noción ya explicada – del titular de la información o de terceros, en tanto que la descripción ii) se agota en el titular de la información y no se extiende a terceros. Ambas definiciones legislativas coinciden en el sentido de que no es necesario un perjuicio ni una afectación significativa de la aptitud competitiva con carácter actual, bastando la potencialidad de que así ocurra.

## Informe en Derecho

El Consejo para la Transparencia me ha solicitado informar en Derecho sobre los alcances del tipo de revelación de secretos públicos previsto y sancionado en el art. 246 del Código Penal<sup>1</sup> a la luz del nuevo régimen constitucional y legal de acceso a la información pública. Como se desprende de los propios términos del encargo, fundamentalmente se requiere una opinión jurídica fundada respecto de los posibles alcances del elemento central del tipo, cual es el de *secreto público*, bajo dicho nuevo régimen de acceso a la información pública.

Al respecto puedo informar lo siguiente:

### **1. El carácter accesorio del concepto penal de secreto y sus alcances hasta la consagración del principio de publicidad o transparencia**

El art. 246 es del siguiente tenor:

“El empleado público que revelare los secretos de que tenga conocimiento por razón de su oficio o entregare indebidamente papeles o copia de papeles que tenga a su cargo y no deban ser publicados, incurrirá en las penas de suspensión del empleo en sus grados mínimo a medio o multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales, o bien en ambas conjuntamente.

“Si de la revelación o entrega resultare grave daño para la causa pública, las penas serán reclusión mayor en cualquiera de sus grados y multa de veintiuna a treinta unidades tributarias mensuales.

“Las penas señaladas en los incisos anteriores se aplicarán, según corresponda, al empleado público que indebidamente anticipare en cualquier forma el conocimiento de documentos, actos o papeles que tenga a su cargo y que deban ser publicados”.

El aspecto central a resolver para la aplicación del art. 246 es si aquello comunicado - sea en términos absolutos, sea en forma anticipada - es un *secreto* de que se tiene conocimiento en razón del oficio. Porque, como es obvio, aunque el inciso tercero no lo diga *expressis verbis*, lo indebidamente anticipado también debe ser un secreto de los referidos en el inciso primero. Entender lo contrario conduciría al despropósito de que se castigara - y con igual pena que la revelación de secretos - la comunicación anticipada de hechos de conocimiento público. Naturalmente el sentido de este inciso<sup>2</sup> no ha sido reprimir penalmente la simple incontinencia administrativa, sino sólo despejar posibles dudas respecto de si puede calificarse de secreto una información que está destinada a ser publicada en un momento posterior. La ley disipa esa duda en sentido afirmativo, pero ciertamente no altera el núcleo del injusto típico: en uno y otro caso se trata de la comunicación indebida de un secreto.

---

<sup>1</sup> En lo sucesivo artículos sin otra mención corresponden a los del Código penal.

<sup>2</sup> Agregado mediante la Ley N° 19.645, de 11 de diciembre de 1999.

Por *secreto* se entiende en general una información conocida sólo por un círculo restringido de personas y a cuya divulgación a terceros se opone un interés justificado. Para los efectos de la protección penal se distingue entre conductas desplegadas por particulares y conductas desarrolladas por *empleados públicos*, distinguiéndose en este último caso entre *secretos privados*, que son aquéllos atinentes a la persona o actividades de los particulares y de cuya revelación se ocupa en general el inciso primero del art. 247<sup>3</sup>, y *secretos públicos*, que son los relativos a la organización y funcionamiento del Estado y de sus órganos, y de cuya violación se encarga en general el citado art. 246<sup>4</sup>.

Como se deriva de la noción misma de secreto, incluso tratándose de secretos privados no basta para calificar de tal una información con la simple voluntad de no divulgación del afectado (“teoría de la voluntad”), sino que se requiere la existencia de un interés objetivamente fundado que justifique la restricción del acceso a la misma (“teoría del interés”)<sup>5</sup>. Esta idea se expresa con aún mayor fuerza respecto de los *secretos públicos*, ámbito en el cual no sólo decae la intimidad como fin de protección del tipo penal, sino donde, además, se reconoce crecientemente como interés relevante en contra del secreto el interés del conjunto de los ciudadanos por todo lo concerniente al funcionamiento del Estado y sus órganos. Por lo mismo, existe acuerdo en cuanto a que una información referida al Estado sólo puede erigirse en secreto cuando así lo imponga un *interés público preponderante*.

Tanto por esta exigencia como por otras derivadas de la debida taxatividad del tipo penal, la doctrina comparada tiende a vincular la noción de secreto público a la existencia de una *declaración formal* previa de secreto o reserva por parte de la autoridad competente, declaración previa que precisamente expresa la existencia de un especial interés público en la limitación del acceso a la información y torna ese interés en constitutivo del concepto mismo de secreto. Con todo, debe reconocerse que la tendencia no es del todo consecuente, puesto que en general se admite la existencia de informaciones que *por su naturaleza* y aun en ausencia de todo pronunciamiento oficial podrían ser objeto típico del delito.

---

<sup>3</sup> “El empleado público que, sabiendo por razón de su cargo los secretos de un particular, los descubriere con perjuicio de éste, incurrirá en las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales”.

<sup>4</sup> Ordenación sistemática unánimemente aceptada: *Del Río*, J. Raimundo: Derecho penal, Nascimento, Santiago 1935, T. III, p. 200; *Labatut*, Gustavo: Derecho penal, T. II, 7º edición a cargo de Julio Zenteno, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1983, p. 86; *Etcheberry*, Alfredo: Derecho penal, 3º edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1998, T. IV, p. 227 y s.; *Politoff*, Sergio / *Matus*, Jean Pierre / *Ramírez*, María Cecilia: Lecciones de Derecho penal chileno. Parte especial, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2004, p. 490 y s.; *Rodríguez*, Luis / *Ossandón*, María Magdalena: Delitos contra la función pública, editorial Jurídica de Chile, Santiago 2005, p. 449 y ss.

<sup>5</sup> También en Chile: *Etcheberry*, T. III, p. 269; *Politoff* / *Matus* / *Ramírez*, PE, p. 492; *Rodríguez* / *Ossandón*, Delitos contra la función pública, p. 444 (con esa restricción habría que entender su formulación indiferenciada de p. 454). Al respecto, en el derecho comparado, *Kindhäuser*, Urs: Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar (LPK), Nomos, Baden-Baden 2002, § 203 marg. 4.

Es lo que ocurre, por ejemplo, en *España*, donde conforme a la opinión ampliamente dominante en torno al art. 417.1 del Código de 1995<sup>6</sup> se exige que la calidad de secreto haya sido declarada previamente por ley<sup>7</sup>, sin perjuicio de admitirse que el objeto típico alternativo, consistente en las *informaciones que no deben ser divulgadas*, no exige tal declaración previa<sup>8</sup>. Algo similar ocurre en *Alemania*, donde las opiniones en torno al § 353 b StGB coinciden en definir el “secreto” a que se refiere el primer apartado del tipo como una información conocida sólo por un círculo limitado de personas y digna de reserva en virtud de una norma jurídica, una orden particular o, en fin, *de su propia naturaleza*<sup>9</sup>, siendo del caso reconocer que esta última posibilidad viene fuertemente sugerida por la circunstancia de que el mismo precepto, junto con la revelación de secretos, en su apartado segundo se refiere a la revelación de informaciones respecto de los cuales se está obligado a guardar secreto en virtud de ciertas declaraciones formales, de donde se desprende *a fortiori* que el concepto de secreto tiene un sentido más amplio. Muy similar es el proceder legislativo en *Italia*, donde se distingue entre revelación de *secretos de Estado* (art. 261 CP) y revelación de *noticias reservadas* (art. 262 CP, con menor pena), entendiéndose, conforme al art. 12 de la Ley 801/1977, que “están cubiertos por el secreto de Estado los actos, los documentos, las noticias, la actividad y cualquier otra cosa cuya difusión sea idónea para causar daño a la integridad del Estado democrático, también en relación con los acuerdos internacionales, a la defensa de las instituciones establecidas con fundamento en la Constitución, al libre ejercicio de las funciones de los órganos constitucionales, a la independencia del Estado respecto de otros Estados y a las relaciones con ellos, a la preparación y a la defensa militar del Estado”<sup>10</sup>, en tanto que las noticias reservadas serían aquellas informaciones respecto de las cuales la autoridad competente dicta una *prohibición de divulgación*, de modo que en esta parte el tipo se configura como una ley penal en blanco<sup>11</sup>, que al mismo tiempo deja en claro que el concepto de secreto es más amplio y no está supeditado a ninguna declaración formal.

En el *derecho penal chileno* el asunto no viene resuelto en ningún sentido por el texto legal, que se limita a proscribir la revelación de secretos, sin aportar mayores precisiones sobre el concepto y, en todo caso, sin agregar un concepto alternativo estrictamente formal que, por oposición, obligue a una interpretación no formal de aquél. La dicotomía entre un concepto formal y uno material más amplio tampoco ha sido objeto de mayor discusión en nuestra

---

<sup>6</sup> “La autoridad o funcionario público que revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados, incurrirá en la pena de multa de doce a dieciocho meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años”.

<sup>7</sup> Así *Morales Prats*, Fermín / *Rodríguez Puerta*, María José en *Quintero Olivares*, Gonzalo (director): Comentarios a la Parte especial del Derecho penal, 2º edición, Aranzadi, Pamplona 1999, p. 1218; *Feijoo Sánchez*, Bernardo en *Rodríguez Mourullo*, Gonzalo (director): Comentarios al Código penal, Civitas, Madrid 1997, p. 1120; *Mir Puig*, Carlos: Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código penal, J.M. Bosch, Barcelona 2000, p. 190.

<sup>8</sup> Esto es lo que permite a *Feijoo Sánchez*, Comentarios, p. 1120, sostener que en el derecho español en materia penal no existe diferencia entre el simple deber de sigilo y el deber de secreto.

<sup>9</sup> *Kindhäuser*, LPK § 353 b marg. 5.

<sup>10</sup> El inciso segundo agrega: “En ningún caso pueden ser objeto de secreto de Estado hechos que subviertan el orden constitucional”; con detalle sobre el concepto de secreto de Estado *Grasso*, Giovanni en *Crespi*, Alberto / *Stella*, Federico / *Zuccalà*, Giuseppe: Commentario breve al Codice penale, CEDAM, Padova 1992, Art. 256 III (p. 597 y ss.).

<sup>11</sup> *Grasso*, Art. 256 IV marg. 3 (p. 600); Art. 262 I (p. 613).

doctrina, si bien los pocos autores que se han pronunciado expresamente al respecto se decantan nítidamente por la exigencia de una declaración formal de secreto o reserva. Así, a juicio de *Rodríguez y Ossandón* “la determinación del carácter de secreto presupone una declaración, general o específica, de la autoridad en tal sentido, lo que transforma a estos tipos penales en verdaderas leyes penales en blanco”<sup>12</sup>. Además de las razones normativas que más abajo se desarrollan, tras esta opción se encuentran poderosos motivos de política criminal, concretamente el acuerdo en cuanto a que “la publicidad de las actuaciones de la Administración constituye una de las condiciones necesarias para el logro de la probidad administrativa: un incremento injustificado de los secretos o informaciones de esa índole sólo permitiría dar lugar a eventuales focos de corrupción, que es, precisamente, lo que se ha buscado evitar”<sup>13</sup>.

Debe reconocerse, sin embargo, que esta postura no parecía tener apoyo en el *derecho administrativo* vigente sobre la materia, particularmente si se tenía en cuenta que el art. 61 letra h) del Estatuto Administrativo (Ley N° 18.834), hasta el día de hoy consagra la obligación de secreto que pesa sobre los funcionarios en los siguientes términos:

“Guardar secreto en los asuntos que revistan el carácter de reservados en virtud de la ley, del reglamento, *de su naturaleza* o por instrucciones especiales”<sup>14</sup>.

Más aún, considerando que en esta materia el derecho penal es claramente *accesorio* a las valoraciones del derecho administrativo, esto es, no está llamado a definir lo que es o puede ser secreto o reservado, sino simplemente a reforzar con la amenaza de la pena las valoraciones que al respecto haya expresado el derecho administrativo, la interpretación a primera vista más razonable del tipo de revelación de secretos públicos era aquella que lo equiparaba sin más a la infracción de la obligación establecida en el Estatuto Administrativo, como en buena medida hacía la literatura administrativista<sup>15</sup>, y exactamente en sus mismos términos, de modo que habría que haber reconocido la existencia de secretos en virtud de la sola naturaleza de la información en cuestión<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> *Rodríguez / Ossandón*, Delitos contra la función pública, p. 448; coincidentemente, aunque en términos menos explícitos en relación a la disyuntiva *Politoff / Matus / Ramírez*, PE, p. 490: “En materia de derecho público, la calificación de secreto la hace la ley respecto de ciertas materias (por ejemplo: el secreto de ciertas deliberaciones en el Congreso Nacional) y los reglamentos que de ella se derivan”; sugiere en cambio lo contrario *Etcheberry*, T. IV, p. 227, aunque sin hacerse cargo explícitamente de la disyuntiva.

<sup>13</sup> *Rodríguez / Ossandón*, Delitos contra la función pública, p. 447 y s.

<sup>14</sup> Numeración conforme al texto refundido de la Ley N° 18.834 debido al DFL N° 29 de 2004, correspondiente al art. 55 letra h) en el texto original de 1989. La norma tiene su antecedente en el art. 155 del DFL N° 338, de 1960, del siguiente tenor: “El empleado debe guardar secreto en los asuntos que revistan el carácter de reservados en virtud de su naturaleza o por instrucciones especiales. La infracción será sancionada administrativamente, sin perjuicio de otras responsabilidades a que los hechos dieron lugar”.

<sup>15</sup> Así, *Silva Cimma*, Enrique: Derecho administrativo chileno y comparado. La función pública, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1993, p. 198; *Pantoja*, Rolando: Estatuto administrativo interpretado, 6° edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2000, T. I, p. 419.

<sup>16</sup> Respalda esta interpretación el Decreto Supremo N° 291, de 26 de abril de 1974, del Ministerio del Interior, sobre “normas para la elaboración de documentos” y cuyo art. 1° entregaba meras orientaciones internas que implícitamente reconocían la facultad de cada organismo para resolver libremente si un documento era *ordinario* (aquel que podía ser de dominio público), *reservado* (aquel que versaba sobre una materia que, atendida su naturaleza, debía ser conocida únicamente en el ámbito del departamento, sección u oficina a que era remitido) o *secreto* (aquel que debía ser conocido sólo por las autoridades o personas a las

## 2. El concepto de secreto público bajo el principio de publicidad o transparencia

Pues bien, este estado de cosas se ha visto radicalmente modificado en los últimos años a consecuencia de la progresiva consagración e implementación del *principio de publicidad o transparencia* de los actos del Estado y de un amplio *acceso a la información pública*, al punto que la interpretación tímidamente esbozada por la literatura penal se impone en la actualidad como la única correcta en atención al *nuevo régimen de los secretos públicos* que se desprende de tales principios. Si hasta ahora era defendible y hasta correcto sostener que la calidad de secreto de una información podía desprenderse de su propia naturaleza y de las circunstancias que rodearan la concreta actividad de la administración, sin necesidad de ningún tipo de declaración formal, en el nuevo escenario constitucional y legal eso sencillamente ha dejado de ser sostenible.

En efecto, conforme al principio de publicidad o transparencia, consustancial a una sociedad democrática y respecto del cual el ordenamiento jurídico chileno se encontraba claramente en deuda<sup>17</sup>, el secreto o la reserva en materia de información atingente a los órganos públicos y a sus funciones sólo puede ser una excepción muy calificada y formalmente prevista.

El primer paso en esta dirección, que es resultado de las recomendaciones contenidas en el Informe de la Comisión Nacional de Ética Pública sobre la Probidad Pública y la Prevención de la Corrupción, de 27 de julio de 1994<sup>18</sup>, se dio mediante la Ley N° 19.653, de 14 de diciembre de 1999, sobre probidad pública, que, entre otros cuerpos legales, modificó la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, introduciéndole un nuevo art. 11 bis (actual art. 13, de acuerdo con el texto refundido) que, luego de consagrar en su inciso segundo el principio de transparencia en el ejercicio de la función pública, establecía en su inciso tercero lo siguiente:

“Son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial”.

---

cuales iba dirigido y por quienes debían intervenir en su estudio y resolución), siendo la de “ordinario” claramente la categoría residual.

<sup>17</sup> Al respecto, entre otros, *Fernández*, Miguel Ángel: El principio de publicidad de los actos estatales en el nuevo art. 8° inciso 2° de la Constitución, en *Zúñiga*, Francisco (coordinador): Reforma constitucional, LexisNexis, Santiago 2005, p. 191 y ss.; *Cordero*, Luis: Efectos de la reforma constitucional en materia de acceso a la información pública, *Revista de Derecho Público*, Vol. 69 (2007), XXXVI Jornadas Chilenas de Derecho Público, T. II, 85 y ss. Recuérdese que, pese a todos los esfuerzos desplegados en esta materia, el Estado chileno alcanzó a ser condenado en el contexto del sistema interamericano de Derechos Humanos, cfr. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, sentencia de 19 de septiembre de 2006 (serie C N° 151). Texto íntegro disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_151\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf)

<sup>18</sup> La Comisión fue establecida mediante Decreto Supremo N° 423, de 18 de abril de 1994, del Ministerio del Interior. El Informe concluye con 41 recomendaciones, entre las que destacan, para los fines de este informe, la recomendación N° 38 sobre acceso a la información pública y la N° 39 sobre transparencia activa. El Informe íntegro está disponible en: <http://www.proacceso.cl/files/Informe%20CNEP%201994.pdf>

En los incisos siguientes precisaba los alcances de la publicidad y, sobre todo, establecía un procedimiento para el acceso a dicha información, contexto en el cual el inciso undécimo disponía:

“Las únicas causales en cuya virtud se podrá denegar la entrega de los documentos o antecedentes requeridos son la reserva o secreto establecidos en disposiciones legales o reglamentarias; el que la publicidad impida o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido; la oposición deducida en tiempo y forma por los terceros a quienes se refiere o afecta la información contenida en los documentos requeridos; el que la divulgación o entrega de los documentos o antecedentes requeridos afecte sensiblemente los derechos o intereses de terceras personas, según calificación fundada efectuada por el jefe superior del órgano requerido, y el que la publicidad afecte la seguridad de la Nación o el interés nacional”.

En tanto que el inciso duodécimo y final prescribía:

“Uno o más reglamentos establecerán los casos de secreto o reserva de la documentación y antecedentes que obren en poder de los órganos de la Administración del Estado”.

Ya bajo este régimen quedaba claro que la calidad de secreto de una información concerniente a los actos administrativos suponía por regla general una declaración legal o reglamentaria en tal sentido, sin perjuicio de las razones más genéricas, de contenido material más que formal, previstas en el inciso undécimo. En consonancia con esta primera regulación se dictó el Reglamento sobre el secreto o reserva de los actos y documentos de la Administración del Estado, Decreto Supremo N° 26, de 7 de mayo de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Dicho reglamento establecía que, “sin perjuicio de lo establecido en leyes o reglamentos especiales” (art. 6°), sólo podían ser declarados como secretos o reservados “los actos y documentos cuyo conocimiento o difusión pueda afectar el interés público o privado de los administrados”, para lo cual se establecía un catálogo de actos o documentos susceptibles de dicha declaración (art. 8°). Por último, correspondía “al respectivo Jefe Superior de Servicio, mediante resolución fundada, determinar los actos, documentos y antecedentes de la institución u órgano de la Administración del Estado que estarán afectos al secreto o reserva” (art. 9°).

No obstante su aporte a la configuración de un sistema de acceso a la información pública, el régimen debido a la “ley de probidad” no fue valorado de un modo positivo, fundamentalmente por considerar una serie de mecanismos que, en manos de la propia administración, condujeron a que en los hechos la excepción conceptual que era el secreto siguiera siendo la regla y que en definitiva nada cambiara<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> Un detallado análisis crítico, entre varios otros, en *Allesch, Johann / Obando, Iván*: Una mirada crítica sobre la normativa de acceso a los actos e información administrativa, *Ius et Praxis*, Año 10 N° 2 (2004), p. 11 y ss.



De ahí que el punto de inflexión definitivo del proceso haya estado reservado para la *reforma constitucional* llevada a efecto mediante la Ley N° 20.050, de 26 de agosto de 2005, que le vuelve a dar contenido al art. 8° del texto constitucional y avanza de un modo radical hacia la máxima transparencia, en términos que apenas reconocen modelos en el derecho comparado<sup>20</sup>. Como se sabe, el inciso segundo del nuevo art. 8° CPR reza ahora de la siguiente manera:

“Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”.

La modificación constitucional es de extraordinaria importancia, porque impone sin excepciones la exigencia *formal* de *ley de quórum calificado* para el establecimiento del secreto o reserva de una información<sup>21</sup>, a lo que debe agregarse la exigencia *material* consistente en que dicha ley sólo podrá establecer casos de secreto o reserva en hipótesis calificadas y por causas taxativas<sup>22</sup>. Con esto dejan de tener sustento constitucional las declaraciones previas de rango meramente reglamentario<sup>23</sup>, así como la consideración de secreto o reserva en base a simples remisiones genéricas a la naturaleza intrínseca de la información en cuestión. Respecto de esto último, pasó a ser en efecto indiscutible que para atribuirle la calidad de secreto a una información no bastaba simplemente con remitirse a los criterios genéricos señalados en el inciso undécimo del art. 13 de la Ley N° 18.575, alegando sin más, por ejemplo, que la publicidad impedía o entorpecía “el debido cumplimiento de las funciones del órgano”. Como es obvio, una interpretación contraria hubiera vaciado de todo contenido la prescripción constitucional, porque de la mano de fórmulas de semejante amplitud (equivalentes a las empleadas por el propio texto constitucional que, por su propia naturaleza, sólo pretende ser marco general para

---

<sup>20</sup> Lo normal en el derecho constitucional comparado es que se consagre directa o indirectamente el derecho de libre acceso a la información pública, pero siempre supeditando su ejercicio a las condiciones que establezca la ley, no como en el caso chileno, donde lo que requiere una ley – y de mayoría calificada – es la subsistencia de algún secreto o reserva. Por cierto el ejercicio del derecho se ve favorecido por una ley que contenga procedimientos efectivos de acceso, pero es significativo que la Constitución diga – como no hace en otros ordenamientos – que todo es público *hic et nunc* salvo las excepciones calificadas que sólo el legislador y bajo ciertos supuestos excepcionales puede establecer. Ésta es una diferencia central entre la Constitución chilena y, por ejemplo, la Constitución española de 1978, que se limita a declarar en su art. 105 letra b que “(1)a Ley regulará: ... b. El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”, y por cierto con la Ley Fundamental de Bonn de 1949, que no contiene ninguna disposición expresa al respecto, sin perjuicio de que un derecho de acceso a la información haya podido derivarse de principios generales, como el principio democrático o el principio del Estado de Derecho. En lo que concierne a la Unión Europea en cuanto tal, el art. 15 del Tratado de Lisboa (sucesor del art. 255 del Tratado de Amsterdam de 1999), también condiciona el ejercicio del derecho a las condiciones que dispongan los Reglamentos pertinentes del Parlamento Europeo o del Consejo.

<sup>21</sup> Sin perjuicio de que leyes simples preexistentes puedan cumplir con esa función mientras se dictan la o las nuevas leyes de quórum calificado, conforme a la disposición cuarta transitoria de la Constitución.

<sup>22</sup> Así Fernández, El principio de publicidad, p. 194 y ss.; Cordero, RDP, Vol. 69 (2007), T. II, 85 (92 y ss.).

<sup>23</sup> Fernández, El principio de publicidad, p. 200 y s.

disposiciones legales necesariamente más específicas) en rigor no sería la ley sino el propio servicio y sólo eventualmente el tribunal llamado a conocer de posibles reclamaciones quien hubiera establecido lo que era y no era secreto<sup>24</sup>.

Conforme a la nueva situación el citado Reglamento de 2001 devino inconstitucional, siendo formalmente derogado – sólo con fines declarativos - mediante el Decreto Supremo N° 134, de 5 de enero de 2006, del mismo ministerio (Secretaría General de la Presidencia). Por su parte, la Contraloría General de la República, que ya antes de la reforma constitucional había cuestionado la práctica administrativa proclive a la extensión del secreto o reserva<sup>25</sup>, mediante Dictamen N° 49.022, de 19 de octubre de 2005, se abstuvo de tomar razón de una serie de actos administrativos dictados en carácter de secretos “toda vez que contravienen el texto vigente de la Constitución Política, luego de la publicación, el 26 de agosto del año en curso, de la Ley N° 20.050, sobre reforma constitucional, la cual consagra el principio de publicidad de los actos administrativos”. Agrega el Dictamen:

“Al respecto, es dable manifestar que de conformidad con los principios de supremacía constitucional y de vinculación directa de los preceptos constitucionales, consagrados en el artículo 6° de la Constitución Política, la norma transcrita, introducida por la reforma constitucional mencionada, debe aplicarse integralmente por todos los organismos del Estado. En consecuencia, mientras no se dicte la ley de quórum calificado que establezca la reserva o secreto de determinados actos administrativos, los decretos y resoluciones emanados de ese Ministerio deben regirse por la regla general de publicidad contenida en el artículo 8° de la Constitución Política”.

Dicho Dictamen fue rectificado parcialmente por el Dictamen N° 48.302, de 26 de octubre de 2007, respecto de las calificaciones de secreto en virtud de ley simple, amparadas por la disposición cuarta transitoria de la Constitución (específicamente respecto del art. 436 del Código de Justicia Militar), pero no en cuanto a las disposiciones reglamentarias, respecto de las cuales insiste en su argumentación, en los siguientes términos:

“Pues bien, conforme al principio de supremacía constitucional recogido en el artículo 6° de la Constitución Política de la República y comoquiera que el constituyente resolvió distribuir la competencia en materia de determinación del secreto o reserva radicándola sólo en el legislador - con las formalidades de los preceptos de quórum calificado -, con exclusión de cualquier otro órgano con potestades normativas, se debe entender que a contar del 26 de agosto de 2005 han quedado derogadas todas las normas legales que delegaban a un reglamento la calificación de secreto o reserva. Lo anterior resulta, además, de la interpretación del artículo 8° de la Constitución en relación a los artículos 63 N° 2 (que establece como materias propias de ley aquellas que la Constitución exige sean reguladas por este tipo de normas) y 32 N° 6 (que habilita al Presidente de la República para

---

<sup>24</sup> En términos similares *Cordero*, RDP, Vol. 69 (2007), T. II, 85 (95).

<sup>25</sup> Especialmente mediante el Dictamen N° 49.883, de 4 de octubre de 2004, con el que había ordenado a una serie de organismos públicos que revisaran las resoluciones dictadas al respecto en el sentido de ajustarse a los precisos límites de las posibilidades tanto de la Ley N° 18.575 como del DS 26 de 2001.

ejercer la potestad reglamentaria en todas las materias que no sean propias del dominio legal), ambos de la misma Carta”.

Por último, el Tribunal Constitucional alcanzó a declarar la inconstitucionalidad por lo menos parcial del citado inciso undécimo del art. 13 de la Ley N° 18.575 en la parte en que permitía que fuera la “calificación fundada efectuada por el jefe superior del órgano requerido” la que le confiriera el carácter de secreto o de objeto de reserva a una información cuya divulgación o entrega afectara sensiblemente los derechos o intereses de terceras personas (Rol N° 634, de 9 de agosto de 2007, considerando 24° y siguientes).

### **3. Las consecuencias para el tipo penal de revelación de secretos públicos**

Como se comprenderá, las consecuencias de esta evolución normativa para el delito genérico de revelación de secretos públicos son enormes. Si para el ordenamiento constitucional chileno sólo pueden constituir *secreto público* aquellas informaciones respecto de las cuales una *ley* (de quórum calificado o simple pero preexistente) ha declarado expresamente esa calidad en conformidad, además, con las precisas orientaciones materiales del texto constitucional, entonces sólo puede incurrir en la conducta típica del art. 246 aquél que divulga una información que satisface dicha exigencia. En caso contrario se trata simplemente de una conducta atípica, por la sencilla razón de que la información en cuestión no constituye secreto desde un punto de vista jurídico.

Se podrá alegar que el propósito de las normas constitucionales y legales reseñadas no ha sido alterar los alcances del delito de revelación de secretos públicos, sino sólo consagrar un principio orientador de la acción del Estado, así como garantizar el acceso de los ciudadanos a la información atingente al Estado<sup>26</sup>. Esto puede ser cierto, pero en la medida en que en esta materia al derecho penal no le cabe sino un modesto rol accesorio, de reforzamiento de las decisiones de fondo que se expresan en la Constitución y en las leyes administrativas, es insostenible que el ordenamiento punitivo considere secreto público algo que no lo es desde el punto de vista del derecho administrativo que está llamado a reforzar.

Pues para bien o para mal el nuevo art. 8° de la Constitución, en su carácter de “Base de la Institucionalidad”, no sólo resuelve el conflicto entre unos ciudadanos concretamente interesados y una Administración sigilosa, sino que determina *íntegramente* y de un modo radical el régimen de publicidad de las actuaciones de los órganos del Estado, también, como es obvio, en lo que respecta a la protección penal de los intereses subyacentes a las restricciones fundadas a dicho régimen de publicidad.

---

<sup>26</sup> Explícitamente la Constitución sólo hace lo primero, lo que concuerda con la ubicación del art. 8° en el Capítulo I sobre Bases de la Institucionalidad y no en el Capítulo III sobre Derechos y Deberes Constitucionales. Sin embargo, el Tribunal Constitucional en su sentencia de 9 de agosto de 2007 (Rol N° 634), declara que se trata de un derecho implícitamente reconocido por la Constitución (considerando 9°), en relativa sintonía, en los resultados, con el citado fallo condenatorio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el art. 13 CADH (especialmente considerandos 75 y ss.).

Nótese que con esto no se quiere decir que la revelación de informaciones al margen de y aun contra los procedimientos y conductos establecidos para ello al interior de los órganos públicos sea correcta o legítima, como sería si lo que se reconoce como un principio del funcionamiento de la administración pública y como un *derecho de los administrados* (el acceso a la información pública) implicara también un *derecho del funcionario* para disponer sin mayores restricciones de las informaciones no secretas que posee en razón de su cargo, tesis que aquí no se comparte, porque de tales principios o de los derechos de otros no puede derivarse sin más que quede sin efecto la sujeción a las normas que rigen el servicio y a las órdenes de los órganos superiores, en el marco de una administración pública jerarquizada y disciplinada<sup>27</sup>. Otra cosa es que una relativa liberación de los deberes de obediencia pueda derivarse de la *libertad de opinión e información* (art. 19 N° 12 CPR), de la que naturalmente también gozan los empleados públicos, cuestión que es arduamente debatida en el derecho comparado – a menudo en relación con la polémica noción de “relaciones de especial sujeción” – y que aquí, sin embargo, debe quedar sin abordar<sup>28</sup>.

Porque lo que aquí está en discusión no es si los empleados públicos tienen o no derecho a divulgar determinadas informaciones - cuestión que es independiente y va mucho más allá del concepto de secreto o reserva -, sino simplemente la definición de aquella información que obra en manos de la administración que puede ser considerada secreta o reservada desde un punto de vista constitucional, administrativo y, por accesión, también penal<sup>29</sup>. Y en esto el art. 8° de la Constitución es totalmente inequívoco: sólo pueden tener ese carácter aquellas informaciones respecto de las cuales una ley de quórum calificado o bien una ley simple preexistente así lo declara. Para los efectos del derecho penal esto es lo único decisivo: cualquier información respecto de la cual no exista una declaración en este sentido, simplemente no puede ser objeto idóneo del tipo penal del art. 246, sin necesidad de entrar en ninguna discusión sobre la posible existencia de un “derecho a la divulgación” que permitiera excepcionalmente justificar, vía art. 10 N° 10, la revelación típica del secreto. Se trata, en consecuencia, de una exención de responsabilidad ya por atipicidad, y no sólo en virtud de una causa de justificación.

---

<sup>27</sup> Recuérdese que conforme al art. 7° de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, “(l)os funcionarios de la Administración del Estado estarán afectos a un régimen jerarquizado y disciplinado. Deberán cumplir fiel y esmeradamente sus obligaciones para con el servicio y obedecer las órdenes que les imparta el superior jerárquico”, idea esta última ratificada por el art. 61 letra f) del Estatuto Administrativo, donde se consagra como deber de los empleados públicos “obedecer las órdenes impartidas por el superior jerárquico”, sin perjuicio del régimen de representación de órdenes ilegales previsto en el art. 62 del mismo cuerpo legal, y en materia penal por el art. 252, que reprime la desobediencia abierta a las órdenes de los superiores en asuntos del servicio.

<sup>28</sup> Una mirada parcial, desde el punto de vista del derecho penal español, *Rebollo Vargas*, Rafael: La revelación de secretos e informaciones por funcionario público, Cedecs, Barcelona 1996, p. 228 y ss.

<sup>29</sup> Sin perjuicio de que de esta última definición puedan derivarse consecuencias para el alcance de los deberes funcionarios. Desde esta perspectiva podría eventualmente impugnarse la constitucionalidad del citado art. 61 letra h) del Estatuto Administrativo, en cuanto consagra que los funcionarios están obligados a guardar secreto respecto de determinados asuntos cuyo carácter de reservado emana – contra lo prescrito por la Constitución – de una ley simple (no preexistente), de un reglamento, de la naturaleza del asunto o de instrucciones especiales. Ciertamente se dirá que la disposición no se refiere al acceso de los particulares a la información pública, sino sólo a una obligación de los funcionarios públicos, pero no puede desconocerse que se trata de una obligación que implica un impedimento para dicho acceso, en tanto que no parece aceptable que los empleados públicos estén obligados a mantener en secreto algo que por mandato constitucional debe ser de libre conocimiento público.

Con esto se pone de relieve, además, que el delito de revelación de secretos no es un mero delito formal de desobediencia, sino que tiende materialmente a la protección de los pocos intereses que el ordenamiento constitucional chileno reconoce como límites legítimos al principio general de publicidad de la información pública.

Esto implica que si a la fecha de entrada en vigencia de la reforma constitucional ninguna ley preexistente le atribuía la calidad de secreta o reservada a una información relativa a la actividad del Estado, dicha información dejó de ser posible objeto idóneo del art. 246, en tanto no entre en vigencia una ley de quórum calificado que establezca lo contrario, lo que, en todo caso, sólo puede afectar los hechos cometidos con posterioridad a la misma, en virtud del art. 18 (retroactividad favorable respecto de los hechos cometidos con anterioridad a la reforma constitucional; irretroactividad de la ley penal respecto de los hechos cometidos entre la reforma constitucional y la nueva ley).

Nótese que ya bajo la sola vigencia de la modificación de la Ley N° 18.575 la calidad de secreto requería sin excepciones una declaración oficial previa, con lo cual toda información respecto de la cual no se diera ese requisito no podía ser objeto del delito del art. 246. Ya en ese contexto la situación hubiese podido ser diferente sólo si el tipo penal hubiese tenido una formulación más amplia, tal como ocurre, según se vio, en España, Alemania o Italia, donde inequívocamente el carácter de secreto no requiere declaración formal previa al respecto, cual no es el caso del art. 246. Pero aunque el Código chileno contemplara una formulación semejante, en el nuevo escenario constitucional tampoco podría tener aplicación, porque la información estatal que no debe ser divulgada y que constituye el único objeto posible del art. 246 sólo puede ser aquella prevista al efecto por una ley de quórum calificado (o por una ley simple preexistente).

Tratándose de figuras específicas de revelación de secretos la situación puede ser distinta, pues en muchos casos es el propio tipo penal el que declara – y naturalmente con rango *legal* - que cierta información es secreta, con lo cual se cumple en principio<sup>30</sup> con la exigencia constitucional, al menos en los términos de la cuarta disposición transitoria de la Constitución. Tal es el caso, por ejemplo, de la revelación de “cualquier detalle de los informes que haya emitido o... noticia alguna acerca de cualesquiera hechos, negocios o situaciones de que hubiere tomado conocimiento en el desempeño de su cargo” por parte de los que prestan servicios para la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (art. 7° Ley General de Bancos) o de “todas las informaciones y cualquier otro antecedente que conozca en el ejercicio de su cargo y que se relacione directa o indirectamente con sus funciones y actividades” por parte de quienes prestan servicios para la Unidad de Análisis Financiero (art. 13 Ley N° 19.913), entre otros casos.

Pero tratándose de la figura genérica del art. 246, que, como acertadamente han destacado *Rodríguez y Ossandón*<sup>31</sup>, se comporta como una genuina *ley penal en blanco* -

---

<sup>30</sup> Sin perjuicio del necesario examen en cuanto a si la disposición legal satisface las orientaciones materiales del texto constitucional: protección del debido cumplimiento de las funciones de los órganos estatales, de los derechos de las personas, de la seguridad de la Nación o del interés nacional.

<sup>31</sup> *Rodríguez / Ossandón*, Delitos contra la función pública, p. 448.

necesariamente *impropia* por mandato de la Constitución, esto es, con remisión obligada a otra norma de rango legal - su aplicación sólo será posible en la medida en que se revelen informaciones que constituyan secreto conforme a una ley (de quórum calificado o simple pero preexistente). No se puede negar que existen importantes ejemplos al respecto<sup>32</sup>, pero ciertamente el ámbito de aplicación del art. 246 se ha restringido de modo muy considerable con el cambio del contexto constitucional, y se mantendrá así mientras no se dicten leyes que establezcan secretos públicos cumpliendo con las exigencias del art. 8° de la Constitución.

#### **4. En particular bajo la Ley N° 20.085**

Es desde esta perspectiva específica que debe analizarse para los fines de este informe la Ley N° 20.285, de 20 de agosto de 2008, sobre acceso a la información pública, que junto con derogar los incisos tercero y siguientes del art. 13 y el art. 14 de la Ley N° 18.575 (artículo segundo transitorio, N° 1), ha venido a desarrollar el art. 8° de la Constitución, estableciendo las *causas de secreto o reserva* admisibles para la administración pública, así como una institucionalidad (Consejo para la Transparencia) y un procedimiento para acceder a la información pública no susceptible de ser considerada secreta o reservada.

El art. 21 de la ley es del siguiente tenor:

“Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes:

1. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente:
  - a) Si es en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito o se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales.
  - b) Tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sean adoptadas.
  - c) Tratándose de requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales.
2. 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.

---

<sup>32</sup> Por ejemplo, la revelación de las actuaciones de la investigación criminal por parte de los funcionarios que hubieran intervenido en ella, que constituyen secreto de acuerdo con el inciso final del art. 182 CPP. No es el caso, en cambio, de la revelación del llamado “secreto estadístico” regulado en el art. 29 de la Ley Orgánica del Instituto Nacional de Estadísticas, que, en cuanto versar sobre informaciones de *privados*, se remite expresamente al delito del art. 247.

3. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública.
4. 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.
5. Cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8° de la Constitución Política”.

A primera vista se advierte que el precepto está estructurado a partir de las causas de secreto o reserva previstas es en el art. 8° de la Constitución, a saber, afectación del debido cumplimiento de las funciones de los órganos públicos, de los derechos de las personas, de la seguridad de la Nación o del interés nacional. Antes de analizar a continuación críticamente las causas de secreto o reserva desde el punto de vista del delito de revelación de secretos, debe tenerse presente que para la interpretación de las normas de complemento de una ley penal en blanco son decisivos – al menos en principio, en tanto no se comprometan principios del derecho penal - los alcances que a las mismas se le atribuyen en su propio contexto normativo. Se entenderá, en consecuencia, que el análisis siguiente sólo tiene pretensiones provisionales, supeditadas en su vigencia a confirmación por parte de la doctrina y jurisprudencia especializada en materia de acceso a la información pública.

En lo que concierne a la afectación del *debido cumplimiento de las funciones del órgano* requerido (N° 1), la ley menciona tres causas de secreto o reserva, si bien la tercera en rigor nada tiene que ver con el *contenido* de la información, sino exclusivamente con el insuficiente grado de concreción de la solicitud y la desproporcionada carga de trabajo que su entrega implica para el órgano (letra c): “[t]ratándose de requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales”<sup>33</sup>. En consecuencia, la revelación de dichas informaciones, en tanto no las afecte otra causa de secreto o reserva, no constituye revelación de secretos públicos en los términos del art. 246.

La primera causa genuina de secreto o reserva en atención al debido cumplimiento de las funciones de los órganos públicos se refiere a la información cuya divulgación va “en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito” (letra a) primera parte). Es razonable pensar que se trata de información referida a las diligencias de investigación y a los resultados de las mismas en el contexto tanto de un procedimiento penal como de la actividad de inteligencia policial de carácter preventivo, con el límite temporal dado por la extensión de la investigación criminal o por la actualidad o inminencia de la actividad delictiva en cuestión. Respecto de lo primero puede decirse que coincide con la regulación del art. 182 del Código Procesal Penal (CPP), que dispone el secreto respecto de terceros no intervinientes en el procedimiento, así como, excepcionalmente, el secreto parcial y transitorio respecto del imputado o de otros intervinientes. La revelación

---

<sup>33</sup> De hecho no formó parte del proyecto sino hasta su inclusión, a propuesta del Ejecutivo, en el Informe de la Comisión Mixta, de 14 de enero de 2008, p. 20.

de esta información mientras dura el carácter secreto o reservado de la misma realiza las exigencias del art. 246. Es posible, además, que algunas de las informaciones obtenidas en el contexto de la investigación al término de la misma queden comprendidas por otra causa de secreto o reserva, particularmente en razón del derecho de las personas, como luego se verá.

Más oscura es la variante referida escuetamente a los “antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales” (letra a] segunda parte), introducida a propuesta del Ejecutivo por la Comisión Mixta, sin que haya quedado constancia de las razones subyacentes<sup>34</sup>. Con todo, es razonable sostener que se trata de información directamente generada al y para hacer frente a la defensa jurídica del propio organismo, esto es, que da cuenta de la preparación y desarrollo de la estrategia de defensa: instrucciones a los funcionarios responsables y a los abogados, discusiones internas al respecto, informes en derecho u opiniones jurídicas solicitadas para uso interno, etc. A menos que se pretenda que los órganos públicos no puedan defenderse en litigio, no puede sino concedérseles este espacio mínimo de confidencialidad, que en parte incluso coincide con el ámbito del secreto profesional. Lo que no parece aceptable por esta vía es, sin embargo, que la causa se extienda a información referida al objeto mismo del litigio, generada con independencia de éste, generalmente con anterioridad. De lo contrario se perdería el que probablemente sea el sentido principal de un sistema de acceso a la información pública entendido como derecho de las personas frente a la administración. De esta circunscripción de la información secreta o reservada se deriva, además, que sólo puede tratarse de información sobre litigios actuales o al menos inminentes o muy previsibles. Tratándose de litigios ya afinados, debería decaer la causa de secreto o reserva. Dentro de estos límites, la revelación de la información secreta o reservada configura el delito del art. 246.

Por último, no ofrece ninguna dificultad la consideración de “antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sean adoptadas” (letra b]). La revelación en esos casos es típica en los términos del art. 246.

En cuanto al secreto o reserva en razón de los *derechos de las personas* (Nº 2), la ley no es demasiado explícita, y sólo se refiere a las esferas de derechos que pueden ser afectados, a saber, la seguridad, la salud, la vida privada o bien derechos de carácter comercial o económico. Antes de un sucinto examen de dichas esferas, debe advertirse que en la mayoría de los casos – aunque no necesariamente en todos – las materias secretas o reservadas constituirán específicamente “secretos de un particular” en los términos del art. 247 y no del art. 246.

Respecto del compromiso de la *seguridad* de las personas en cuestión, debe tratarse de informaciones que permitan su identificación o ubicación (o la de su familia u otras personas cercanas) cuando a su respecto se han adoptado medidas de resguardo, por ejemplo, en virtud del art. 308 CPP referido a la protección de los testigos en el proceso penal, y cuya efectividad pase también porque tales informaciones no sean reveladas. En

---

<sup>34</sup> Cfr. Informe de 14 de enero de 2008, p. 19 y s.



tanto no deba aplicarse preferentemente un tipo penal especial<sup>35</sup>, la revelación de tales informaciones constituye revelación de secretos.

En lo que respecta a la afectación de la *vida privada* de las personas, debe entenderse que se trata de informaciones atingentes a personas naturales y que no son de dominio público. Desde luego deben entenderse comprendidos los llamados “datos sensibles” en los términos de la letra g) del art. 2º de la Ley Nº 19.628, de 28 de agosto de 1999, sobre protección de datos personales, esto es, “aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual”. Tratándose de otros datos personales la cuestión es más dudosa, porque si bien el art. 7º de la Ley Nº 19.628 impone a todas las personas que trabajan en el tratamiento de datos personales, tanto en organismos públicos como privados, la obligación de guardar secreto sobre los mismos a menos que provengan o hayan sido recolectados de fuentes accesibles al público, lo que sugiere un criterio general no circunscrito al ámbito del “tratamiento de datos”<sup>36</sup>, cuyo seguimiento consecuente, sin embargo, conduciría a resultados absurdos, del todo incompatibles con el propósito de imponer altos niveles de transparencia en el funcionamiento del aparato público. Piénsese simplemente, por ejemplo, que debería mantenerse bajo reserva el *curriculum vitae* de las personas seleccionadas para trabajar en el Estado<sup>37</sup>. Por lo mismo y porque la Ley Nº 19.628 no es formalmente vinculante en la materia que nos ocupa, aquí se prefiere una interpretación que circunscribe las informaciones secretas o reservadas a aquéllas que constituyen “datos sensibles”. La revelación de dichas informaciones constituiría revelación de secretos desde un punto de vista penal.

La referencia a la posible afectación de la *salud* de las personas mediante la divulgación de informaciones sobre ellas es ciertamente enigmática, y parece ser simple expresión de una defectuosa reformulación del texto por parte de la Comisión Mixta. Hasta ese momento las referencias a la salud de las personas se hacían o bien en el contexto de la definición de su esfera de *intimidad*<sup>38</sup>, o bien como especificación de su *seguridad*<sup>39</sup>, de modo que es dable

---

<sup>35</sup> Como el previsto en el inciso final del art. 307 CPP, donde se reprime con las penas del inciso segundo del art. 240 CPC (desacato) la infracción de la prohibición de divulgar la identidad – o antecedentes que conduzcan a ella – de un testigo cuando éste ha ejercido su derecho a no indicar públicamente su domicilio.

<sup>36</sup> Concepto que en todo caso es amplísimo, como se desprende de la definición de la letra o) del art. 2º de la ley: “cualquier operación o complejo de operaciones o procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permitan recolectar, almacenar, grabar, organizar, elaborar, seleccionar, extraer, confrontar, interconectar, disociar, comunicar, ceder, transferir, transmitir o cancelar datos de carácter personal, o utilizarlos en cualquier otra forma”.

<sup>37</sup> En rigor son datos personales, conforme a la definición de la letra f) del art. 2º de la ley, simplemente “los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables”.

<sup>38</sup> En efecto, en el Proyecto original se preveía como causa de secreto o reserva en el inciso undécimo del art. 13 de la Ley Nº 18.575 la siguiente: “c) Cuando su comunicación o conocimiento afecte la vida privada de una persona individualizada o identificable, *incluidos los expedientes médicos o sanitarios*”, formulación que se mantuvo en la letra a) del Nº 2 del art. 21 aprobado por la Cámara de Diputados en primer trámite constitucional (Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, de 8 de mayo de 2007, p. 72).

suponer, en un contexto de concentración y simplificación de la redacción y en ausencia de mayores explicaciones al respecto, que el legislador no quiso innovar y que simplemente ubicó la referencia al caso específico de información íntima o peligrosa para la seguridad en el lugar equivocado, como si se tratara de una causa diferente de secreto o reserva, en circunstancias que no lo es. Aquí se asume que carece de relevancia autónoma.

En lo que concierne a la afectación de *derechos de carácter comercial o económico*, más allá de lamentar el lenguaje poco preciso del legislador, debe entenderse que las informaciones secretas o reservadas son aquéllas que constituyen “secretos de fábrica” en los términos del art. 284 y, más en general, todos los llamados “secretos de empresa”, que si bien carecen de una protección integral frente a ataques de privados<sup>40</sup>, sí la tendrían respecto de empleados públicos a través del art. 247 en caso de revelación. Por secreto de empresa se entiende toda información que no es de dominio público y que constituye condición de la capacidad competitiva de la empresa en el mercado<sup>41</sup>.

Mucho más difusa es, en cambio, la regulación del secreto o reserva en virtud de la afectación de la *seguridad de la Nación* (Nº 3) o del *interés nacional* (Nº 4), porque en rigor el legislador renuncia a señalar tipos de información de ese carácter y se limita a repetir las razones genéricas previstas por el Constituyente para legitimar un tal señalamiento. No mejora mucho el panorama cuando la ley especifica en el Nº 3 que tal es el caso si la información “se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública”, o que en el Nº 4 se trata de informaciones que “se refieren a la salud pública o las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país”, porque lo único que queda claro es que hay informaciones referidas a la defensa nacional, al orden público, a la seguridad pública, a las relaciones internacionales o a la salud pública que pueden legítimamente declararse secretas o reservadas, pero no cuáles son esas informaciones.

Si a esto se suma que los tipos de información mencionados en el Nº 1 y en el Nº 2 también lo son a título meramente *ejemplar* (“particularmente” dice la ley de modo invariable), con lo cual lo único seguro y definitivo son las cuatro razones genéricas previstas en la Constitución, surgen severas dudas en cuanto a que el art. 21 de la Ley Nº 20.285 esté

---

<sup>39</sup> El texto aprobado por la Cámara de Diputados consideraba como letra c) del Nº 2 del art. 21 la siguiente: “c) Que pueda implicar un *riesgo para la vida, la seguridad o la salud* de una persona” (Informe de 8 de mayo de 2007, p. 72).

<sup>40</sup> Que el art. 284 sólo tiene por objeto la revelación de secretos de fábrica y no de la empresa en general es un punto pacífico en la literatura chilena. Así, ya en 1883 *Vera* identificaba la comunicación de secretos de fábrica con la “revelación de un procedimiento de industria” (*Vera*, Robustiano: Código penal de la República de Chile comentado, Imprenta de P. Cadot, Santiago 1883, p. 482), en tanto que en la actualidad *Rodríguez y Ossandón* hablan exclusivamente de “revelación de secretos industriales” a propósito del art. 284 (*Rodríguez / Ossandón*, Delitos contra la función pública, p. 445); excluyen explícitamente los secretos que no sean estrictamente “de fábrica” *Etcheberry*, T. IV, p. 278; y con especial detalle *Acosta*, Juan Domingo: El delito de comunicación fraudulenta de secretos de fábrica (breve estudio de la figura del art. 284 del C. Penal), *Revista Chilena de Derecho* Vol. 15 (1988), 65 (74 y s.).

<sup>41</sup> Se sigue en esto el texto ya clásico de *Bajo Fernández*, Miguel: *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Civitas, Madrid 1978, p. 298.

cumpliendo efectivamente el mandato constitucional<sup>42</sup>. Debe hacerse notar que el fallo del Tribunal Constitucional recaído sobre el proyecto (Rol N° 1051), de 10 de julio de 2008<sup>43</sup>, no se pronuncia sobre el punto<sup>44</sup>, de modo que no puede descartarse que a futuro se discuta la inaplicabilidad o inconstitucionalidad de todo o parte del art. 21 de la ley<sup>45</sup>.

Como sea, mientras no exista un pronunciamiento en ese sentido, la determinación de las materias secretas o reservadas en todos los casos en que no haya disposiciones especiales al respecto debe seguir sujetándose a los términos del art. 21 de la ley. Esto implica que en un número muy significativo de casos, en los que la calidad de secreta o reservada de una información no fluya directamente y con nitidez de su simple contrastación con la letra del precepto, dicha calidad sólo puede afirmarse en virtud de una resolución firme del Consejo para la Transparencia dictada en el contexto del procedimiento previsto en los arts. 24 a 30 de la misma ley.

Ahora bien, si la existencia misma de dicho procedimiento de clarificación y la competencia de un órgano imparcial para resolverlo le quita dramatismo a la relativa incertidumbre en torno a lo que es secreto o reservado desde el punto de vista del acceso a la información pública<sup>46</sup>, no puede decirse lo mismo desde el punto de vista de la responsabilidad penal por revelación de secretos públicos, específicamente desde el punto de vista del *principio de determinación o taxatividad* que, como exigencia material del principio de reserva legal en materia penal (art. 19 N° 3 inciso octavo CPR), garantiza un mínimo de precisión de la conminación penal. Y si bien debe reconocerse que la incertidumbre en cuanto al concepto de secreto es una constante histórica entre nosotros (y también en el derecho comparado, como se vio)<sup>47</sup>, la consagración del libre acceso a la información como regla ha venido a agudizar las dudas, de modo que no pueden descartarse futuras impugnaciones de constitucionalidad desde este punto de vista.

De todos modos, es posible distinguir grupos de casos típicos que no deberían ser problemáticos:

---

<sup>42</sup> Las plantea también *Rajevic*, Enrique: Una nueva vuelta de tuerca en materia de acceso a la información: la Ley N° 20.285 de 2008, Gaceta Jurídica N° 338 (2008), 7 (10). No deja de ser irónico que el N° 5 disponga – de un modo completamente superfluo, además - que pueden ser secretas o reservadas las informaciones que hayan sido declaradas con ese carácter por una ley de quorum calificado y de acuerdo con las causales del art. 8° de la Constitución, cuando se supone que es precisamente ésta la ley que de modo principal debía cumplir con esa función.

<sup>43</sup> Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/pdf/969>

<sup>44</sup> Sólo lo trata tangencialmente el ministro *Fernández* en su voto disidente (considerando 6°), pero sin consecuencias, ni siquiera en el mismo voto.

<sup>45</sup> Lo hacen presente también *García*, Gonzalo / *Contreras*, Pablo: Derecho de acceso a la información en Chile: nueva regulación e implicancias para el sector de la defensa nacional, Estudios Constitucionales, año 7 (2009) N° 1, 137 (150).

<sup>46</sup> Más aún, probablemente ésta sea la única forma razonable de abordar la materia, de modo que lo que en rigor merecería reproche técnico es la radicalidad de la reforma constitucional. Como es obvio, sin embargo, no es la ley ordinaria la llamada a corregir la Constitución.

<sup>47</sup> Así, por ejemplo, no tenía dificultades *Del Río*, T. III, p. 201, en constatar simplemente que la apreciación de si se estaba o no frente a un secreto “queda entregada al criterio del tribunal”.

- a) En primer lugar, los casos de revelación de informaciones cuyo carácter de secreta o reservada fluye de la sola lectura de una disposición especial o del art. 21, como por ejemplo, los antecedentes fundantes de un acto o resolución todavía en trámite o los resultados de una diligencia durante la investigación criminal o la circunstancia no difundida de que una persona padece una determinada enfermedad o es homosexual, todo esto de acuerdo con el análisis precedente del art. 21.
- b) Tampoco deberían ser problemáticos los casos en que se divulguen informaciones que forman parte del *núcleo natural y obvio*, por tanto indiscutido, de lo que haya querido decirse con el N° 3 o el N° 4. Así, por ejemplo, por amplio e impreciso que pueda ser el término “defensa nacional”, nadie dudará del carácter secreto que deben tener las actividades de contrainteligencia o la ubicación de instalaciones camufladas o los planes de acción previstos para ciertas hipótesis de conflicto, etc.
- c) Por último, tampoco son problemáticos los casos en que la calidad de secreta o reservada de la información ha sido *con anterioridad* declarada formalmente por el Consejo para la Transparencia o por la Corte de Apelaciones competente, conociendo del reclamo del órgano requerido contra la resolución del Consejo que haya otorgado el acceso a la información (arts. 26 y 28 Ley N° 20.285).

Más allá de estos casos la situación es mucho más dudosa y las posibles objeciones de constitucionalidad ganan fuerza, especialmente mientras no se consolide una jurisprudencia administrativa a la cual la jurisprudencia penal pueda orientarse. Al respecto debe recordarse que, conforme a las reglas generales, la calidad de secreto de una información *no constituye cuestión prejudicial* (cfr. arts. 173 y 174 del Código Orgánico de Tribunales), de modo que los tribunales penales deben resolver directamente ese extremo, sin perjuicio de que todo aconseja, por el ya mencionado carácter accesorio del derecho penal en la materia, que deberían seguir de cerca los criterios de la jurisprudencia administrativa.

Con todo, al margen del pronunciamiento formal en sede administrativa sobre la calidad de secreta o reservada de una información, el tribunal penal puede y debe considerar a la hora de aplicar el art. 246 la adecuación de dicha declaración a los criterios materiales establecidos en la Constitución y en la ley<sup>48</sup>. Tanto desde este punto de vista, como desde los otros que se esbozan en el apartado siguiente, la declaración formal del secreto o reserva se muestra de este modo sólo *condición necesaria, pero no suficiente* para la aplicación del tipo penal.

## **5. Consideraciones finales estrictamente penales (referencia)**

Si bien no forman parte del objeto preciso de este informe, debe hacerse una sintética referencia a algunas cuestiones estrictamente penales propias del tipo de revelación de secretos públicos, y que, en cuanto no versan sobre los alcances del objeto de la conducta

---

<sup>48</sup> Algo distinto rige sólo cuando una ley establece inequívocamente la calidad de secreta de una información pública en contradicción con el art. 8° CPR, caso en el cual el tribunal no puede dejar de aplicar la ley, sino sólo elevar el asunto al conocimiento del Tribunal Constitucional.

típica, son previas e independientes del nuevo contexto de aplicación del tipo en virtud del principio de publicidad o transparencia.

Tal vez la única manifestación directa de la influencia del nuevo contexto sea que, en la misma medida en que subsistan grupos de informaciones respecto de las cuales existan dudas fundadas en torno a su carácter de secreto, ganan en plausibilidad las alegaciones de *error* sobre dicho carácter secreto, error que constituye un *error de tipo* (error sobre un elemento normativo del tipo)<sup>49</sup> que excluye siempre el dolo y con ello, por ausencia de una figura culposa paralela, la punibilidad de la conducta.

En lo de más, baste con decir lo siguiente:

Respecto de si puede considerarse secreta en los términos del tipo una información que ha llegado a ser de dominio de un círculo amplio - al punto de ser *indeterminado* - de personas (dominio público)<sup>50</sup>, tanto el concepto mismo de secreto (si la declaración formal es condición necesaria pero no suficiente de secreto, aquélla no puede convertir en secreto lo que es de dominio público) como la concepción del delito como uno que no se funda en la mera desobediencia formal del deber de sigilo, sugieren una respuesta negativa, de modo que la revelación de ese tipo de informaciones debería considerarse atípica.

Respecto de si puede incurrir en la conducta típica quien, habiendo poseído la información secreta en su calidad de empleado público, la revela *cuando ya no ostenta esa calidad*, el principio de legalidad parece imponer la respuesta negativa<sup>51</sup>. Indudablemente se trata de un vacío lamentable, pero que sólo puede ser colmado legítimamente por el legislador, tal como hace, por ejemplo, en el art. 284, donde expresamente se hace cargo de la revelación de secretos de la fábrica en que el sujeto “*ha estado o está empleado*”.

La revelación típica de un secreto público puede verse justificada, por la vía del art. 10 N° 10, en virtud de un conjunto de normas especiales dispersas en el conjunto del ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, en el contexto de una investigación criminal, la autoridad que posea la información estará obligada a entregarla al Ministerio Público si así lo resuelve la Corte de Apelaciones o, en su caso, la Corte Suprema, de acuerdo con el

---

<sup>49</sup> Si bien la delimitación entre el error sobre un elemento normativo del tipo y el error de prohibición es siempre ardua, en este caso el error parece comportarse de un modo equivalente a como se comporta el error sobre la ajenidad de la cosa en el delito de hurto. No se encuentran tomas de posición al respecto en la literatura chilena. La posición defendida aquí coincide con la que se mantiene en Alemania, así, por todos, *Lenckner, Theodor / Perron, Walter en Schönke / Schröder: Strafgesetzbuch - Kommentar*, 26. Aufl., Beck, München 2006, § 203 marg. 71.

<sup>50</sup> Por la afirmativa *Politoff / Matus / Ramírez*, PE, p. 513; aparentemente también *Etcheberry*, T. IV, p. 227; por la negativa *Rodríguez / Ossandón*, Delitos contra la función pública, p. 444.

<sup>51</sup> De otra opinión, a partir de una “interpretación teleológica” que, sin embargo, más bien parece analogía prohibida, *Rodríguez / Ossandón*, Delitos contra la función pública, p. 448; de la misma opinión extensiva en España *Morales Prats / Rodríguez Puerta*, Comentarios, p. 1220; como aquí, en cambio, *Feijóo Sánchez*, Comentarios, p. 1120 y s.; *Rebollo Vargas*, La revelación de secretos e informaciones, p. 144 y ss. La opinión contraria dominante en Alemania (por todos, *Lenckner / Perron en Schönke / Schröder*, § 353 b marg. 10) se funda manifiestamente en una distinta formulación legal, que en vez de tipificar la revelación *por parte de un empleado público* (y de otros sujetos activos calificados), tipifica la revelación *por parte de cualquiera de información que le ha sido confiada o de otro modo ha conocido “como empleado público”*.

procedimiento previsto en el art. 19 CPP, que debe entenderse complementado por lo dispuesto en el art. 209 CPP. En este caso se estará en presencia de una revelación típica, pero debidamente justificada por la ley.

Los alcances precisos de las causas de justificación deben analizarse diferenciadamente. Así, para emplear un ejemplo que no concierne a un secreto público pero que es muy ilustrativo, lo que se acaba de decir respecto de la revelación justificada de secretos públicos no rige respecto del *secreto profesional*, que prevalece sobre la investigación y juzgamientos de los delitos (arts. 303, 217 inciso segundo y 220 CPP), lo que hace dudar seriamente de la vigencia del *deber de denuncia* (y a la vez justificación de revelación) que pesa sobre los empleados públicos conforme al art. 175 CPP<sup>52</sup>, pero no parece oponerse al deber (y correlativa justificación) previsto en el art. 20 del Código Sanitario (declaración obligatoria de enfermedades transmisibles).

Es todo cuanto puedo informar en Derecho, en Santiago a 29 de diciembre de 2009.

**Prof. Dr. Héctor Hernández Basualto**

---

<sup>52</sup> Parecen no verlo así *Politoff / Matus / Ramírez*, PE, p. 514.

# **INFORME EN DERECHO**

**SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN RELACIÓN AL DEBER DE RESERVA  
ESTABLECIDO POR EL ARTÍCULO 35 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO.**

EMITIDO POR RODRIGO ROJAS PALMA, PROFESOR DE DERECHO TRIBUTARIO DE LA FACULTAD DE  
DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE Y COORDINADOR DEL CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO  
INFORMÁTICO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE.

## I. INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años hemos sido testigos de cómo progresivamente se han ido materializando las ideas de transparencia y publicidad en el ámbito de la acción de los Órganos de la Administración del Estado (en adelante, OAE). Resultado de este proceso han sido la dictación de la Ley 19.653 sobre Probidad Administrativa<sup>1</sup>, la consagración a nivel constitucional de la publicidad de los actos de los OAE, la dictación de la Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública y su respectivo Reglamento y la creación del Consejo Para La Transparencia; todos ellos sin lugar a dudas avances importantísimos para el desarrollo de la democracia en Chile.

No obstante lo anterior, en este afán de fomentar la transparencia en la Administración Pública y el Acceso a la Información, es posible caer en prácticas atentatorias contra el derecho a la privacidad de las personas, incurriéndose en un tratamiento indebido de sus datos personales. Cabe señalar desde ya que la Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública establece la publicidad de la totalidad de los documentos que obren en poder de la Administración Pública, por lo que inevitablemente cae en el ámbito de la publicidad información que comprende datos personales de terceros, los que pueden ser de mayor o menor sensibilidad.

---

<sup>1</sup> Esta ley modificó la Ley 18.575 Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado; la ley N° 19.175, Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional, cuyo texto refundido se fijó por decreto N° 291, de 1993, del Ministerio del Interior; la ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, cuyo texto refundido se fijó por decreto N° 662, de 1992, del Ministerio del Interior; la ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo; la ley N° 18.883, sobre Estatuto Administrativo de los Funcionarios Municipales; la ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional; el Código Orgánico de Tribunales; la Ley N°18.046 sobre Sociedades Anónimas; y a la Ley N°18.840, Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile. Estas modificaciones se orientaron a consagrar los principios de probidad, transparencia y publicidad en el ámbito de acción de los Órganos de la Administración Pública.



El presente informe tiene por objeto el análisis de la regulación aplicable a un determinado tipo de información: aquella que el Servicio de Impuestos Internos y Tesorería General de la República registran y almacenan para el ejercicio de sus funciones. En razón de ello, se buscará establecer los alcances del deber de reserva tributaria establecido en el artículo 35 del Código del ramo, y el alcance del derecho de acceso a la información pública en relación a la información de carácter tributario de las personas.

## II. EL DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

### i. El Derecho a la Vida Privada

Se trata de un derecho de desarrollo relativamente reciente, el que fue formulado por Louis Brandes y Samuel Warren<sup>2</sup> como “the right to be left alone” (el derecho a ser dejado solo), y que protege a las personas de las injerencias arbitrarias que pudieran sufrir en su vida privada, ya sea por parte de otras personas, medios de comunicación social o agentes del Estado. Con posterioridad este derecho fue recogido por diversos instrumentos internacionales, entre ellos la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)<sup>3</sup>, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (1966)<sup>4</sup> y la Convención Interamericana de Derechos Humanos (1969)<sup>5</sup>. A nivel interno, este derecho goza de reconocimiento constitucional en el artículo 19 N° 4 de nuestra Constitución Política.

El alcance del concepto de vida privada resulta de difícil formulación, no existiendo un límite definido entre aquellas cosas que pertenecen al ámbito de lo público y aquellas que pertenecen al ámbito de lo privado. En vista de ello, se ha

---

<sup>2</sup> BRANDEIS, WARREN. *The Right To Privacy*. Harvard Law Review, Vol IV, N°5, 1890.

<sup>3</sup> El artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.”

<sup>4</sup> El artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en términos casi idénticos a los de la Declaración Universal de Derechos Humanos, establece que “1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

<sup>5</sup> El artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos, titulada Protección de la Honra y de la Dignidad, dispone “(1). Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. (2). Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. (3). Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”

atendido a diversas concepciones para intentar determinar este límite, las que van desde aquellas que atienden a criterios subjetivos, según las cuales es necesario atender a la persona y a su calidad de “persona pública” para determinar el alcance de su derecho a la privacidad<sup>6</sup>, hasta aquellas que buscan definir criterios atendiendo a parámetros objetivos, como el lugar físico en que se desarrolla la acción. Entre ambos extremos encontramos criterios de carácter intermedio; y por último, el que parece ser el criterio más acertado, consiste en renunciar a establecer parámetros fijos para delimitar el alcance del derecho a la privacidad, entendiendo que cada caso debe analizarse en función de sus propias particularidades. Esta problemática en la definición del alcance del derecho a la privacidad se extiende al tratamiento de los datos personales, asunto que revisaremos en el Capítulo III.

## ii. El Derecho de Acceso a la Información Pública

El derecho de acceso a la información pública ha sido concebido desde dos enfoques, los cuales si bien no son excluyentes requieren ser distinguidos para efectos de este estudio. El primero de ellos, es aquél que predominaba tradicionalmente en Chile, y concibe al derecho de acceso a la información pública como una herramienta para fiscalizar a las autoridades en el desempeño de la función pública y luchar contra la corrupción. El segundo enfoque, que es aquel que ha sido adoptado en los países de la Comunidad Europea y que recientemente se ha comenzado a incorporar en nuestro ordenamiento jurídico<sup>7</sup>, consiste en asumir este derecho como un derecho humano, derivado del derecho a la información<sup>8</sup>, el cual es regulado conjuntamente con el derecho a la libertad de

---

<sup>6</sup> De acuerdo a este criterio hasta cierto punto las injerencias en la vida privada de aquellas personas que ejercen una función pública serían justificadas.

<sup>7</sup> En ello ha tenido un papel fundamental el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que condenara a Chile en el caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, en el cual se trata el derecho de acceso a la información pública como un derecho humano.

<sup>8</sup> VILLANUEVA, Ernesto. El Derecho de Acceso a la Información Pública en América Latina.

expresión, establecido en diversos instrumentos internacionales, y en nuestra Carta Fundamental.

El derecho a la información como tal se reconoce por primera vez en 1948 en el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el que señala que: *“Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.”* Según lo plantea Ernesto Villanueva, de esta disposición se desprenden tres aspectos del derecho a la información, a saber: un derecho a atraerse información, un derecho a informar y por último, un derecho a ser informado. El derecho a atraerse información, comprendería el derecho de acceso a los archivos, registros y documentos públicos: el derecho a informar contemplaría las libertades de expresión y de imprenta, y de constitución de sociedades y empresas informativas; por su parte, el derecho a ser informado contemplaría el derecho a recibir información objetiva y oportuna, completa y con carácter universal. El derecho de acceso a la información pública, en razón de lo expuesto, se identifica con aquel aspecto del derecho a la información que consiste en “atraerse información”.

El referido derecho a la información siguió obteniendo reconocimiento en distintos instrumentos internacionales relativos a derechos humanos, entre ellos el Pacto de Derechos Civiles y Políticos<sup>9</sup>; y a nivel regional la Convención Interamericana de Derechos Humanos<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> El artículo 19 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos dispone: *“(1). Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. (2). Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. (3). El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar*

Se ha señalado que las disposiciones internacionales que incorporan este derecho, lo reconocen como un derecho de “doble vía”, ya que se protege tanto la libertad de emitir información como la de recibirla. Ciertamente el ejercicio del derecho a la libertad de expresión se vería significativamente mermado si no se contara con los medios para acceder a información de calidad; y asimismo otros derechos inherentes a la persona humana son susceptibles de resultar afectados en razón de una falta de acceso a información de calidad.

Cabe hacer presente que la adopción de uno u otro enfoque para efectos de nuestro estudio determina en forma importante las conclusiones a que se arriben, toda vez que una interpretación de acuerdo al primer enfoque (derecho de acceso a la información pública como herramienta contra la corrupción) exige una interpretación de las causales de reserva acordes con esta finalidad, en tanto que si optamos por el segundo enfoque (derecho de acceso a la información como derecho humano) la interpretación de las causales de reserva será más restrictiva,

---

*expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La salud o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.*

<sup>10</sup> El artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, titulado “Libertad de Pensamiento y de Expresión” dispone que: “(1). *Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.* (2). *El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.* (3). *No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”.*

*(4). Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. (5). Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.*

toda vez que por medio de ellas se estaría limitando el ejercicio de un derecho inalienable.

**iii. Conflictos entre derecho a la vida privada y derecho de acceso a la información pública**

Como se ha adelantado, el ejercicio del derecho de acceso a la información pública puede conducir a la infracción del derecho a la vida privada de otras personas, a las cuales concierne la información solicitada. Ello, toda vez que dentro del ámbito de publicidad que se ha definido en la Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública se encuentran todos aquellos documentos que obren en poder de la Administración, los que en una proporción importante se refieren a personas determinadas, incluyendo información respecto de ellas que puede ser de mayor o menor sensibilidad

Tratándose de derechos fundamentales establecidos en disposiciones constitucionales, cabe tener presente que no es posible establecer a priori la superioridad de uno de los dos derechos en juego: como se resolverá finalmente, será necesario revisar las circunstancias de cada caso, de forma de sopesar debidamente los intereses en juego y llegar a la solución del caso particular.

## II. EL DATO PERSONAL COMO OBJETO DE PROTECCIÓN JURÍDICA

### i. Noción de Dato Personal

El dato personal, en el concepto de la Ley 19.628, es aquel que se refiere a una persona natural identificada o identificable. Ésta definición es coincidente con la adoptada en otras legislaciones sobre la materia<sup>11</sup>, si bien se le ha criticado el restringir su ámbito subjetivo de aplicación a las personas naturales, excluyendo de esta forma a las personas jurídicas de su aplicación.

El concepto de dato personal ha cobrado relevancia como objeto de protección, principalmente a raíz del surgimiento y expansión de las nuevas tecnologías de la información, las que han facilitado la acumulación, traspaso y tratamiento de este tipo de datos, permitiendo además el cruce de ellos, lo que conlleva la posibilidad de elaborar perfiles de personas, los que eventualmente pueden ser utilizados para discriminarlas o afectar sus derechos. Lo anterior determinó que a partir de finales de los años '70 se comenzaran a dictar las primeras normas al respecto en las legislaciones internas de Alemania, Francia, Dinamarca, Austria y Luxemburgo. Posteriormente, surgió el primer instrumento internacional relativo a este tema: las Directrices de la OCDE que Regulan la Protección de la Privacidad y el Flujo Transfronterizo de Datos Personales (1980); por su parte, a nivel europeo se celebró

---

<sup>11</sup> En el concepto de las Directrices de la OCDE que Regulan la Protección de la Privacidad y el Flujo Transfronterizo de Datos Personales, se entiende por "datos personales" *"toda información relativa a un individuo identificado o identificable (sujeto de los datos)"*; por su parte, el Convenio 108 del Consejo de Europa sobre Protección de las Personas con Respecto al Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, los define como *"cualquier información relativa a una persona física identificada o identificable («persona concernida»)"*; en tanto que de acuerdo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea se entiende por datos personales *"toda información sobre una persona física identificada o identificable (el "interesado")"*; se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social".

el Convenio N° 108 del Consejo de Europa para la Protección de las Personas con Respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (1981); al que siguieron la Resolución 45/95 de la Asamblea General de la ONU que Establece los Principios Rectores para la Reglamentación de los Ficheros Computarizados de Datos Personales (1990), y la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea sobre protección de personas físicas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales y a la Libre Circulación de esos Datos (1995).

## ii. Categorías de Datos

La ley 19.628 sobre Protección a la Vida Privada, establece distintas categorías de datos en su artículo 2, a saber:

- **Dato caduco:** el que ha perdido actualidad por disposición de la ley, por el cumplimiento de la condición o la expiración del plazo señalado para su vigencia o, si no hubiese norma expresa, por el cambio de los hechos o circunstancias que consigna.

Este concepto guarda íntima relación con el principio de finalidad y el principio de calidad que debe observarse en el tratamiento de datos personales<sup>12</sup>, toda vez que se dispone la obligación para el responsable del registro o banco de datos de eliminar aquellos datos cuyo almacenamiento carezca de fundamento legal o hayan caducado. Asimismo, nace para el titular de este tipo de datos el derecho a solicitar su eliminación en los mismos casos.

---

<sup>12</sup> Ambos principios serán revisados en el Capítulo III del presente Informe.



- **Dato estadístico:** el dato que, en su origen o como consecuencia de su tratamiento, no puede ser asociado a un titular identificado o identificable.

Esta categoría de datos, si bien en principio podían haber constituido datos personales, dejan de serlo en razón de que ya no es posible asociarlos a una persona natural identificada o identificable, razón por la cual no gozan de protección de acuerdo a la Ley 19.628.

- **Datos de carácter personal:** Los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables.

Este tipo de datos constituye el objeto de protección, tanto de la Ley 19.628 como de los distintos instrumentos internacionales que se han mencionado, toda vez que entregan información respecto de una persona determinada o determinable, que eventualmente puede ser utilizada de forma que atente contra sus derechos.

- **Datos sensibles:** Aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual.

Respecto de estos datos se ha establecido un nivel de protección particularmente alto, en vista de que atienden a aspectos que forman parte de la esfera más íntima de las personas, o por ser de aquellos que en mayor medida pueden ser utilizados para la realización de discriminaciones arbitrarias. En razón de ello, en la Ley 19.628 se dispone que este tipo de datos no pueden ser objeto de tratamiento, salvo autorización expresa del titular o por disposición legal, o en aquellos casos que

sean necesarios para el otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares.

- **Datos personales relativos a obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial:** Se trata de una categoría reconocida en el artículo Título III de la Ley 19.628, “De la utilización de datos personales relativos a obligaciones de carácter económico financiero, bancario o comercial”, pero que sin embargo no cuenta con una definición normativa, como las revisadas previamente. Se establece una regulación especial respecto de este tipo de datos, la que será revisada en detalle en el marco normativo del presente informe.

### III. TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES POR PARTE DE LOS ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.

Para un adecuado ejercicio de sus funciones los OAE se ven en la necesidad de realizar tratamiento de datos personales de los administrados: ya sea para otorgar beneficios, para determinar la implementación de políticas sociales, para determinar la nómina de las personas inscritas en un Registro, para registrar condenas, etc. Este tratamiento, según lo dispuesto por la Ley 19.628 en su Título IV, “Del Tratamiento de Datos por los Organismos Públicos”, sólo puede efectuarse **respecto de las materias de su competencia** y con sujeción a las reglas que la misma ley dispone, de modo que en esas condiciones no se necesita del consentimiento del titular. En vista de ello, cabe preguntarnos qué es lo que debemos entender por “materias de su competencia” respecto de cada órgano. El tenor de la norma claramente sugiere que la interpretación debe ser restrictiva (“*El tratamiento de datos personales por parte de un organismo público sólo podrá efectuarse...*”), y para determinar las materias comprendidas en este ámbito deberemos remitirnos a las respectivas leyes orgánicas del servicio de que se trate. Por otra parte, al establecerse que el tratamiento de datos personales por organismos públicos deberá hacerse de acuerdo a las disposiciones de la misma ley, podemos concluir que le aplican los principios que de ella se desprenden.

Los principios que se desprenden del entramado normativo de la Ley 19.628 coinciden en gran parte con aquellos dispuestos en las Directrices de la OCDE que Regulan la Protección de la Privacidad y el Flujo Transfronterizo de Datos Personales (1980); el Convenio 108 del Consejo de Europa para la Protección de las Personas Respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (1981), y con aquellos dispuestos en la Resolución 45/95 de la Asamblea General

de la ONU que Establece los Principios Rectores para la Reglamentación de los Ficheros Computarizados de Datos Personales (1990); y son:

- **Libertad en el tratamiento de datos personales:** En el artículo 1° de la Ley 19.628, se dispone que toda persona puede efectuar el tratamiento de datos personales, en tanto dicho tratamiento se realice en conformidad a las disposiciones de la misma ley y para finalidades permitidas por el ordenamiento jurídico.

Este principio no se encuentra recogido expresamente en los instrumentos internacionales citados. Sin embargo, en cuanto limita la libertad para el tratamiento de datos personales a aquél que se haga con apego a las disposiciones de la misma ley, podemos entender que este principio no hace más que reafirmar la aplicación de los demás principios que estén contenidos en sus disposiciones.

- **Información y Consentimiento del Titular:** De acuerdo al artículo 4 de la Ley 19.628 en análisis, el tratamiento de los datos personales solo puede realizarse cuando ésta ley u otras disposiciones legales lo autoricen, o su titular consienta en ello, constando tal autorización por escrito. Se requiere además que la persona que autoriza el tratamiento de sus datos personales sea informada respecto del propósito del almacenamiento, de la posible comunicación al público.

Una de las excepciones a esta necesidad de información y consentimiento para el tratamiento de datos personales por parte de su titular es aquella contenida en el artículo 20 de la misma ley, que como se señaló, dispone que tal consentimiento no es necesario para el tratamiento de datos personales

por parte de un organismo público en materias de su competencia y con sujeción a las demás disposiciones de la ley. El resto de las excepciones serán analizadas en el marco normativo del presente informe.

- **Finalidad:** En virtud de éste principio, la utilización de los datos personales debe limitarse al fin que motivó su recolección. El artículo 9 de la Ley 19.628, dispone que *“los datos personales deben utilizarse sólo para los fines para los cuales hubieran sido recolectados, salvo que provengan o se hayan recolectado de fuentes accesibles al público”*. Por su parte el artículo 6 de la misma norma dispone que deberán eliminarse o cancelarse los datos personales cuyo almacenamiento carezca de fundamento legal.
- **Calidad de los datos:** El inciso segundo del artículo 9 de la Ley 19.628 dispone que la información debe ser exacta, actualizada y responder con veracidad a la situación real del titular de los datos. Este principio es particularmente relevante, en materia de tratamiento de datos personales por parte de los OAE, toda vez que la utilización de datos caducos puede redundar en perjuicios para su titular.

En este mismo sentido el artículo 6 de la ley dispone que los datos deben ser eliminados cuando hayan caducado, y han de ser modificados cuando sean erróneos, inexactos, equívocos o incompletos; debiendo bloquearse cuando su vigencia sea dudosa o su exactitud no pueda ser establecida. Esto deberá realizarse sin necesidad de requerimiento del titular.

Este es uno de los principios que cuenta con mayor reconocimiento a nivel internacional, consagrándose tanto en las Directrices de la OCDE<sup>13</sup>, como en el Convenio 108 del Consejo de Europa para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento de Datos Personales<sup>14</sup> y en los Principios Rectores para la Reglamentación de Ficheros Computarizados de Datos Personales de la Asamblea General de la ONU<sup>15</sup>

- **Protección especial de datos sensibles:** El artículo 10 de la Ley 19.628 excluye la posibilidad de tratamiento de los datos sensibles, permitiéndolo solo en caso de autorización legal expresa, consentimiento del titular o cuando sea necesario para la determinación y otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares. Como se ha señalado anteriormente, el tratamiento especial respecto de estos datos se justifica por tratarse de datos que pueden servir para establecer discriminaciones arbitrarias, o por tratarse de datos que pertenecen a la esfera más íntima de la vida privada de las personas. Sin embargo, los organismos públicos habitualmente requieren del tratamiento de datos de estas características en ejercicio de sus funciones, y en este caso, aún tratándose de datos sensibles, pueden proceder a su tratamiento sin consentimiento del titular, en tanto este tratamiento se realice dentro de las materias de su competencia y de acuerdo a las disposiciones de la Ley 19.628.

---

<sup>13</sup> En tal sentido se dispone que *“Los datos personales deberían corresponder a los fines para los que se van a usar y, en la medida en que sean necesarios para esos fines, deberían ser correctos y completos, y estar actualizados.”*

<sup>14</sup> Se dispone al efecto en su artículo 5. *“Calidad de los datos. Los datos de carácter personal que sean objeto de un tratamiento automatizado: (...) c) serán adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con las finalidades para las cuales se hayan registrado; d) serán exactos y si fuera necesario puestos al día (...)”*

<sup>15</sup> En dicho instrumento se habla de *“Principio de exactitud”*, según el cual *“Las personas encargadas de la creación de un fichero o de su funcionamiento deberían tener la obligación de verificar la exactitud y pertinencia de los datos registrados y cerciorarse de que siguen siendo lo más completos posibles a fin de evitar los errores por omisión y de que se actualicen, periódicamente o cuando se utilicen las informaciones contenidas en un expediente, mientras se estén procesando.”*

Por su parte, esta protección especial respecto de determinadas categorías de datos también se ha dispuesto en el Convenio 108 del Consejo de Europa para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento de Datos Personales<sup>16</sup> ; en los Principios Rectores para la Reglamentación de Ficheros Computarizados de Datos Personales de la Asamblea General de la ONU<sup>17</sup> y en la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea<sup>18</sup>.

- **Seguridad de los datos:** En el artículo 11 de la Ley 19.628 se establece que el responsable de los registros o bases en que se almacenen datos personales deberá cuidar de ellos con la debida diligencia, haciéndose responsable de los daños. De esta referencia a la “debida diligencia” es dable deducir que el estándar de culpa por el que responderá el responsable de los registros o bases es el de culpa leve, y deberá responder de cualquier daño derivado de las faltas de observancia a este principio. El mencionado artículo, junto con consagrar el principio de seguridad de los datos, establece un principio de responsabilidad para el responsable del registro o banco de datos.

---

<sup>16</sup> En tal sentido el Artículo 6 del citado instrumento dispone: “Categorías particulares de datos. Los datos de carácter personal que revelen el origen racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas u otras convicciones, así como los datos de carácter personal relativos a la salud o a la vida sexual, no podrán tratarse automáticamente a menos que el derecho interno prevea garantías apropiadas. La misma norma regirá en el caso de datos de carácter personal referentes a condenas penales.”

<sup>17</sup> Este tratamiento especial se recoge en el citado instrumento bajo el título “Principio de no discriminación”, en el que se dispone que “A reserva de las excepciones previstas con criterio limitativo en el principio 6, no deberían registrarse datos que puedan originar una discriminación ilícita o arbitraria, en particular información sobre el origen racial o étnico, color, vida sexual, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o de otro tipo, o sobre la participación en una asociación o la afiliación a un sindicato.”

<sup>18</sup> En el artículo 8 del referido instrumento, bajo el título “Tratamiento de categorías especiales de datos” se dispone que “Los Estados miembros prohibirán el tratamiento de datos personales que revelen el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, así como el tratamiento de los datos relativos a la salud o a la sexualidad.”

El principio de seguridad ha sido ampliamente recogido en instrumentos internacionales, encontrándose disposiciones relativas a él en las Directrices de la OCDE que Regulan la Protección de la Privacidad y el Flujo Transfronterizo de Datos Personales<sup>19</sup>, en el Convenio 108 del Consejo de Europa para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento de Datos Personales <sup>20</sup>, en los Principios Rectores para la Reglamentación de Ficheros Computarizados de Datos Personales de la Asamblea General de la ONU <sup>21</sup> y en la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea<sup>22</sup>

- **Deber de secreto:** Como se señaló anteriormente, el artículo 7 establece un deber de secreto tanto para los organismos públicos como privados, cuando los datos personales que traten hayan sido obtenidos de fuentes no accesibles al público. En el caso de los organismos públicos los datos personales que se tratan por lo general son entregados por sus propios titulares, quienes los entregan para que sean utilizados en los fines propios

---

<sup>19</sup> En el referido instrumento se dispone. *“Principio de salvaguarda de la seguridad. 11. Los datos personales deberían estar protegidos por las oportunas medidas de salvaguarda contra riesgos como pérdida o acceso no autorizado, destrucción, uso, modificación o revelación de datos.”*

<sup>20</sup> En el referido instrumento se dispone *“Artículo 7. Seguridad de los datos. Se tomarán medidas de seguridad apropiadas para la protección de datos de carácter personal registrados en ficheros automatizados contra la destrucción accidental o no autorizada, o la pérdida accidental, así como contra el acceso, la modificación o la difusión no autorizados”.*

<sup>21</sup> En el referido instrumento se dispone *“7.Principio de seguridad. Se deberían adoptar medidas apropiadas para proteger los ficheros contra los riesgos naturales, como la pérdida accidental o la destrucción por siniestro, y contra los riesgos humanos, como el acceso sin autorización, la utilización encubierta de datos o la contaminación por virus informático”.*

<sup>22</sup> En el referido instrumento se dispone *“Artículo 17. Seguridad del tratamiento. 1. Los Estados miembros establecerán la obligación del responsable del tratamiento de aplicar las medidas técnicas y de organización adecuadas, para la protección de los datos personales contra la destrucción, accidental o ilícita, la pérdida, accidental y contra la alteración, la difusión o el acceso no autorizados, en particular cuando el tratamiento incluya la transmisión de datos dentro de una red, y contra cualquier otro tratamiento ilícito de datos personales.*

*Dichas medidas deberán garantizar, habida cuenta de los conocimientos técnicos existentes y del coste de su aplicación, un nivel de seguridad apropiado en relación con los riesgos que presente el tratamiento y con la naturaleza de los datos que deban protegerse.”*



de la Administración, razón por la cual podemos entender que provienen de fuentes no accesibles al público. Sin embargo, es posible sostener que este deber de secreto no es incompatible con la entrega de información que se realice en virtud de una solicitud de acceso a la información pública, como se explicará más adelante

- **Garantías ante la transmisión de datos:** En su artículo 5, la Ley 19.628 establece la posibilidad para el responsable del registro o banco de datos personales de establecer un procedimiento automatizado de transmisión de información, siempre que se cautelen los derechos de los titulares y la transmisión guarde relación con las tareas y finalidades de los organismos participantes. El receptor solo puede utilizar los datos personales para los fines que motivaron la transmisión.

En síntesis, los organismos públicos al igual que los privados, no requieren de consentimiento ni autorización para el tratamiento de datos personales que hayan sido obtenidos o recolectados de fuentes accesibles al público. Por otra parte, respecto de los datos personales que hayan sido obtenidos de fuentes no accesibles al público, y que por lo tanto, requieren de autorización expresa para su tratamiento, los organismos públicos cuentan con una posición privilegiada dentro de nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que no requieren de la autorización ni del consentimiento del titular para su tratamiento. No obstante lo anterior, el ámbito de tratamiento de datos personales que les es permitido a estos organismos se limita a las “materias de su competencia”.

El dilema que se nos presenta en este punto es determinar si la respuesta a los requerimientos de acceso a la información pública que se presentan por particulares ante los organismos públicos, y particularmente ante el Servicio de

Impuestos Internos y la Tesorería General de la República, pueden ser entendidos como un tratamiento de datos personales que se efectúe dentro de las materias de la competencia de los referidos órganos.

Nuestra opinión es que efectivamente este tratamiento de datos personales se enmarca dentro de las materias de la competencia de los organismos públicos. Lo anterior, toda vez que la Constitución, dentro de las Bases de la Institucionalidad asienta el principio de publicidad de las actuaciones de los Órganos de la Administración del Estado, así como la de sus resoluciones, y de los procedimientos y fundamentos que utilicen, que son precisamente aquellos documentos susceptibles de contener datos personales de terceros. La disposición a la que nos referimos se dirige a los Órganos de la Administración del Estado, estableciéndose de ésta forma respecto de la información que ellos manejan la publicidad como regla general y el secreto como excepción. La posibilidad de establecer reserva o secreto se limita a determinados casos, entre los cuales se señalan aquellos en que la publicidad afecte los derechos de las personas. En tales casos, la reserva o secreto debe declararse por medio de una ley de quórum calificado.

De esta forma, tenemos una norma de rango constitucional que establece la publicidad de la información de los Órganos de la Administración del Estado como regla general, y que dispone expresamente la forma en la cual se regulará la reserva de aquellas materias que afecten los derechos de las personas; entre los cuales se encuentran comprendidos aquellos relativos a sus datos personales. Esta norma forma parte de los imperativos que rigen a todos los órganos de la Administración, y por ello, cuando dichos órganos realizan tratamiento de datos personales para responder a una solicitud de acceso a la información pública están

actuando dentro de la esfera de sus atribuciones, y dentro de la materia de su competencia.

Cabe hacer presente que además, esta materia se ha visto complementada por la Ley 20.285 de Acceso a la Información Pública y su respectivo Reglamento. Estos cuerpos normativos cuentan con disposiciones que restringen el acceso a la información pública en ciertos casos, y se encargan de establecer un procedimiento encaminado a que los terceros sean notificados antes de que se entregue información que pueda afectar a sus intereses. De esta forma, tanto el artículo 8° de la Constitución Política como la Ley de Acceso a la Información Pública son las normas que entregan herramientas para salvaguardar los derechos de los titulares de datos personales que resulten afectados en virtud del ejercicio del derecho de acceso a la información pública por parte de terceros, razón por la cual, desde el punto de vista de la Ley 19.628, se encuentra completamente ajustada a derecho la transmisión de datos personales que se realice en virtud de un requerimiento de acceso a la información pública. Sin perjuicio de lo anterior, ese tratamiento deberá cumplir con las normas que al respecto se disponen tanto por la Constitución como por la Ley 20.285 y su reglamento.

#### IV. MARCO NORMATIVO

A continuación se realizará un análisis de todas aquellas normas que dentro de nuestro ordenamiento jurídico tratan sobre el derecho de acceso a la información, y más específicamente el derecho de acceso a la información pública; así como también de aquellas normas vinculadas con la protección de la vida privada, y en consecuencia, con la protección de datos personales.

##### i. Constitución Política de la República

Sin lugar a dudas el análisis del marco normativo que resulta aplicable al problema que nos ocupa debe iniciarse con el estudio de las normas que nuestra Carta Fundamental contiene sobre el tema. Como se señaló previamente, el tema que nos convoca supone la colisión de dos derechos que en nuestro ordenamiento jurídico tienen rango constitucional, a saber, el **derecho a la privacidad**, contenido en el artículo 19 N°4, y el **derecho a la información**, que como se ha dicho constituye una faceta del derecho contenido en el artículo 19 N° 12 que reconoce la libertad de expresión y de información. Este último derecho se ha visto reforzado a través del nuevo artículo 8 introducido por la Ley 20.050 a la Constitución, toda vez que dicha norma consagra a nivel constitucional la publicidad de los actos administrativos.

A continuación se analizará cada una de las referidas disposiciones, con el objeto de determinar el sentido y alcance de ellas, de forma que a través de una interpretación sistemática de nuestro ordenamiento jurídico logremos dilucidar los elementos que nos permitirán resolver los conflictos entre el derecho de acceso a la información pública y el derecho a la privacidad.

### **i. Publicidad de la Información (Artículo 8)**

En el año 2005 por medio de la Ley 20.050 se introdujeron una serie de importantes reformas a la Constitución Política de la República de 1980. En el tema que nos atañe, la modificación de mayor relevancia fue aquella que incorporó un nuevo artículo 8 a la Constitución<sup>23</sup> en los siguientes términos:

*Artículo 8°.- El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.*

*Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.*

Si bien el principio de publicidad de los actos administrativos había sido consagrado con anterioridad en otros cuerpos normativos por medio de la Ley 19.653 sobre Probidad Administrativa<sup>24</sup>, que modificó la Ley 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado y la Ley 18.834 sobre Estatuto Administrativo, entre otros cuerpos normativos, este artículo lo reafirma al otorgarle reconocimiento constitucional dentro del Capítulo de la Carta

---

<sup>23</sup> El referido artículo 8 no tenía texto vigente, al haber sido este derogado.

<sup>24</sup> Dicha norma fue publicada el 14 de Diciembre de 1999 y comenzó a regir el 22 de Junio del 2000.

Fundamental denominado Bases de la Institucionalidad. El artículo en análisis consagra la publicidad respecto de:

- Los actos y resoluciones de los Órganos del Estado,
- Los fundamentos de los actos y resoluciones de los Órganos del Estado,
- Los procedimientos que utilicen los actos y resoluciones de los Órganos del Estado.

Cabe hacer presente que la redacción original del Proyecto de Reforma Constitucional presentado por los senadores integrantes de la Alianza por Chile Chadwick, Díez, Larraín y Romero<sup>25</sup> contenía una redacción más amplia de este artículo 8, que extendía la publicidad a todos aquellos documentos que obrasen en poder de los Órganos de la Administración del Estado, sin perjuicio de la reserva o secreto que se estableciese con arreglo a la ley en casos en que la publicidad afecte al debido cumplimiento de las funciones de tales órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

Por otro lado los senadores de la Concertación Bitar, Hamilton, Silva y Viera-Gallo presentaron un Proyecto de Reforma Constitucional<sup>26</sup> en que el artículo 8 se encuentra enfocado en el aspecto de la probidad, señalándose que *“Toda función pública deberá desempeñarse de modo intachable, dando preeminencia al interés general sobre el particular, y de manera que permita y promueva el conocimiento de los*

---

<sup>25</sup> Boletín N° 2.526-07. Proyecto de reforma constitucional, iniciado en moción de los HH. Senadores señores Chadwick, Díez, Larraín y Romero, que modifica la composición y atribuciones del Congreso Nacional, la aprobación de los tratados internacionales, la integración y funciones del Tribunal Constitucional y otras materias que indica.

<sup>26</sup> Boletín 2534-07, Moción de los Honorables Senadores señores Bitar, Hamilton, Silva y Viera-Gallo, con la que inician un Proyecto de Reforma Constitucional sobre Elecciones de Diputados y Senadores, Composición del Senado, Integración y Atribuciones del Tribunal Constitucional, Fuerzas Armadas y Consejo de Seguridad Nacional; Plebiscito y otras Materias que Indica.

*procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella”.*

En la discusión de la referida Reforma Constitucional se escuchó al académico de la Universidad de Chile Rolando Pantoja, y a Humberto Nogueira. El profesor Rolando Pantoja en dicha oportunidad señaló que *“El hecho de que Chile sea una República democrática implica que las autoridades públicas responden a la sociedad; por lo tanto, tiene a disposición de los ciudadanos los actos y da cuenta de ellos. Sólo excepcionalmente la Constitución establece el secreto.”*

Por su parte Humberto Nogueira hizo hincapié en la importancia de establecer el significado de la expresión “información pública”.. Mostrándose partidario de delimitar el alcance del derecho a la información con el objeto de evitar los problemas de interpretación y aplicación de las disposiciones con posterioridad.

Por último cabe destacar que esta norma está concebida como una directriz dirigida a los Órganos de la Administración del Estado, y no establece directamente un derecho de acceso a la información<sup>27</sup>.

## **ii. Derecho a la Vida Privada (Artículo 19 N°4)**

Continuando con el análisis de la Constitución Política de la República, corresponde revisar las garantías constitucionales establecidas en el artículo 19 de dicho cuerpo normativo. Siguiendo el orden de su enumeración, analizaremos el derecho a la vida privada, que se encuentra consagrado en los siguientes términos.

---

<sup>27</sup> Sin perjuicio de ello podemos entender el derecho de acceso a la información reconocido con rango constitucional en virtud de lo dispuesto en el artículo 19 N° 12 de la y en el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución, en relación a los Tratados Internacionales suscritos por Chile que reconocen este derecho.

*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;*

Como se ha dicho, el derecho a la protección de los datos personales, y a la autodeterminación informativa se han desarrollado como extensiones del derecho a la privacidad, como consecuencia en gran parte del veloz desarrollo de los medios de tratamiento automatizado de la información, que al facilitar el acceso y la rapidez con la que accedemos a ella ha determinado que sea posible afectar la vida privada de las personas. Al momento de estudiarse la incorporación de esta garantía por la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución<sup>28</sup>, no se planteó el tema del tratamiento de los datos de carácter personal, sino que el análisis se limitó al concepto tradicional de privacidad, analizándose especialmente sus implicancias en relación con los medios de comunicación social. No obstante lo anterior, se vislumbró el posible impacto de las nuevas tecnologías en el tema<sup>29</sup>. En definitiva, se dejó constancia en las actas de la Sesión 129<sup>a</sup> de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución que la determinación del alcance del ámbito de la privacidad o vida privada quedaría reservado a la jurisprudencia, la que debería determinar caso a caso en que ocasiones se ha visto afectado este derecho a la vida privada. De lo anterior podemos concluir que los Tribunales de Justicia poseen un rol determinante en la definición de los alcances del derecho a la privacidad y de sus diversas manifestaciones frente a la evolución de los métodos de tratamiento de la información.

---

<sup>28</sup> Tal discusión tuvo lugar en la Sesión 129a, celebrada el 12 de Junio de 1975.

<sup>29</sup> En ese sentido Sergio Diez manifestó que “Mientras más millones de hombres existan en el mundo y más perfeccionados estén los medios con que se comunican unos con otros, mayor importancia tiene el asegurar, para la sanidad mental de las personas, el círculo sagrado de su privacidad”



- **Boletín 5883-07, Modifica el artículo 19 N° 4, de la Carta Fundamental, con el objeto de consagrar como garantía constitucional, la protección de los datos personales y su resguardo legal.**

Si bien podemos comprender entendido el derecho a la protección de los datos personales en el derecho a la vida privada, este proyecto busca visibilizar este tema por medio de la incorporación de dos incisos a la garantía constitucional del 19 N° 4, los que reconocen este derecho en los siguientes términos:

*"Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, los que deben ser tratados para fines concretos y específicos, con su propio consentimiento, o en virtud de otro fundamento contemplado en la ley, y tendrá asimismo, derecho a acceder a dichos datos, para obtener su rectificación, actualización o cancelación, según procediere.*

*Una ley orgánica constitucional establecerá las normas para la debida aplicación de este derecho, como asimismo el órgano autónomo que velará por el cumplimiento de dicha ley y controlará su aplicación."*

De esta forma se busca darle reconocimiento constitucional a los principios que rigen el tratamiento de datos personales: estos son los principios de finalidad, de consentimiento y de calidad<sup>30</sup>.

Este proyecto se presentó en la Cámara de Diputados con fecha 03 de junio de 2008 y se encuentra en Primer Trámite Constitucional en la Cámara de Diputados. No registra movimiento desde el 05 de agosto de 2008, fecha en

---

<sup>30</sup> Sobre estos principios se profundizará en el Capítulo IV de este Informe.

que se emitió el Primer Informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo y pasó a la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados.

## **ii. El Derecho a la Información (Artículo 19 N° 12)**

Continuando con el análisis de las garantías constitucionales relevantes para el tema en comento, se hace necesario revisar el derecho de libertad de expresión y el derecho a la información.

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

*12°.- La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado.*

*La ley en ningún caso podrá establecer monopolio estatal sobre los medios de comunicación social. (...)*

En lo que a nuestro objeto de estudio se refiere, tal como se desprende del texto citado, este reconoce la libertad de emitir opinión y la de informar, sin referirse expresamente al derecho a ser informado. Sin embargo, se ha entendido que tal derecho se encuentra comprendido dentro del derecho a la libertad de expresión, toda vez que el derecho a ser informado constituye un presupuesto fundamental

para el ejercicio de dicha libertad, sin el cual ésta pierde gran parte de su utilidad para el desarrollo de una sociedad democrática.

Además, compartimos la postura sostenida por Humberto Nogueira ante el Senado durante la discusión de la Ley 20.050, de acuerdo a la cual, *“si bien el artículo 19, número 12.º, de la Carta Fundamental, establece la libertad de información y omite el derecho a ella, por vía de la Convención Americana y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el derecho a la información se incorpora igualmente al bloque de derechos constitucionales que todos los órganos del Estado están obligados a respetar, de acuerdo con el inciso segundo del artículo 5.º”*. De acuerdo al referido artículo 5º de la Constitución el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, y es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

En los incisos siguientes al texto citado se regula el derecho a rectificación para aquella persona, natural o jurídica, que haya sido ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social; el derecho a fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos y determina quienes pueden operar y mantener estaciones de televisión.

### **iii. Derecho de Petición (Artículo 19 N° 14)**

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

*14°.- El derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes;*

El artículo 19 N° 14 reconoce el derecho de todas las personas a efectuar peticiones a la autoridad, la que desempeña sus funciones a través de los Órganos de la Administración del Estado. En este contexto, cabe destacar que las solicitudes de acceso a la información pública que realicen particulares se enmarcan dentro de este derecho constitucionalmente reconocido.

### **iv. El Derecho a la No Afectación de las Garantías en su Esencia (Artículo 19 N° 26)**

El artículo 19 N° 26 cierra la enumeración de garantías fundamentales reconocidas en la Constitución, reforzando los derechos previamente reconocidos por medio de lo que se ha llamado “la garantía de las garantías”, toda vez que según lo dispone este numeral, los preceptos legales que regulen, complementen o limiten las garantías reconocidas en la Carta Fundamental en ningún caso podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

De acuerdo a esto, si determinamos que la información tributaria relativa a una persona determinada está comprendida en el ámbito de su derecho a la privacidad,

reconocido en el artículo 19 N°4, podemos señalar que tal derecho está sujeto a una doble protección constitucional.<sup>31</sup>

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

*26°.- La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.*

#### **v. Código Tributario**

El análisis detallado de esta norma se realizará en el Capítulo VI de este informe.

#### **vi. Ley 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado**

Este cuerpo normativo establece las Bases Generales que rigen a la Administración del Estado. En su artículo 1 enumera a quienes componen la Administración del Estado, señalando al efecto que estos órganos son los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley.

---

<sup>31</sup> Distinto es el caso del principio de publicidad, que al estar reconocido en los artículos 5° y 8° de la Constitución Política de la República escapan al ámbito de aplicación de esta garantía.

A estos órganos se les impone actuar dentro de su competencia, lo que es coherente con la disposición contenida en el artículo 7° de nuestra Carta Fundamental, y someter su acción a la Constitución y a las leyes. Asimismo se dispone que la Administración del Estado está al servicio de la persona humana y que su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente.

En el artículo 3 de esta norma se contemplan los principios que deberá observar la Administración del Estado, entre los cuales cobran relevancia para el objeto de nuestro estudio los principios de transparencia y publicidad administrativas<sup>32</sup>.

*Artículo 13.- Los funcionarios la Administración del Estado deberán observar el principio de probidad administrativa y, en particular, las normas legales generales y especiales que lo regulan.*

*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.*

*Son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial.*

---

<sup>32</sup> Estos principios no formaban parte de la redacción original de la Ley 18.575 Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado, sino que fueron introducidos a ésta por medio de la Ley 19.653 sobre Probidad Administrativa, la cual entró en vigencia con fecha 22 de Junio de 2000.

*La publicidad a que se refiere el inciso anterior se extiende a los informes y antecedentes que las empresas privadas que presten servicios de utilidad pública y las empresas a que se refieren los incisos tercero y quinto del Artículo 37 de la ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas, proporcionen a las entidades estatales encargadas de su fiscalización, en la medida que sean de interés público, que su difusión no afecte el debido funcionamiento de la empresa y que el titular de dicha información no haga uso de su derecho a denegar el acceso a la misma, conforme a lo establecido en los incisos siguientes.*

A continuación se regulaba detalladamente el procedimiento para acceder a la información, en términos que resultaban bastante criticables, toda vez que la oposición del afectado no requería expresión de causa alguna, y verificada ésta, la Administración quedaba impedida de entregar la información. Asimismo, en caso de que se denegara el acceso a la información, se disponía que era competente para conocer del correspondiente reclamo el juez de letras en lo civil del domicilio del órgano de la Administración requerido, lo que claramente obstaculizaba el acceso, pues sólo una proporción menor de los requirentes de información estaban dispuestos a iniciar un procedimiento judicial, con todo los costos de tiempo y dinero que éste implica, para obtener la información que solicitaban. Otro aspecto muy criticado de las disposiciones anteriores se relacionaba con la facultad de los órganos de establecer por decreto ámbitos de reserva distintos de aquellos dispuestos por ley. Todas estas disposiciones fueron derogadas por el artículo segundo de la Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, la que establece el nuevo procedimiento que regula el acceso por parte de los particulares a la información que obra en poder de los Órganos de la Administración del Estado.

**vii. Ley 19.880 sobre Procedimiento Administrativo**

Este cuerpo normativo establece y regula las bases del procedimiento administrativo de los actos de la Administración del Estado, siendo aplicable supletoriamente respecto de aquellos en caso de que la ley establezca procedimientos administrativos especiales, la presente ley se aplicará con carácter de supletoria. El artículo 4 consagra los principios a que deberá someterse el procedimiento<sup>33</sup>, señalando entre ellos los de transparencia y publicidad. Al profundizar en estos principios, se dispone que el procedimiento administrativo se realizará con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él. En consecuencia señala que son públicos los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, así como sus fundamentos y documentos en que éstos se contengan, y los procedimientos que utilicen en su elaboración o dictación, sin perjuicio de las excepciones establecidas en la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información Pública del Estado.

**viii. Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública**

Según lo dispone el artículo 1 de esta norma, ella regula el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado<sup>34</sup>, los procedimientos para el ejercicio del

---

<sup>33</sup> Artículo 4°. Principios del procedimiento. El procedimiento administrativo estará sometido a los principios de escrituración, gratuidad, celeridad, conclusivo, economía procedimental, contradictoriedad, imparcialidad, abstención, no formalización, inexcusabilidad, impugnabilidad, transparencia y publicidad.

<sup>34</sup> Para los efectos de esta ley se entenderá por: 5. Los órganos o servicios de la Administración del Estado: los señalados en el inciso segundo del artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado está contenido en el D.F.L. N° 1-19.653, de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.



derecho y para su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información. El ámbito de aplicación objetivo de esta norma está establecido en su artículo 5 y comprende:

- Los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado,
- Los fundamentos de los actos y resoluciones de la Administración del Estado,
- Los documentos que sirvan de sustento o complemento directo y esencial a los actos y resoluciones de la Administración del Estado,
- Los procedimientos que se utilicen para la dictación de los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado.
- Toda aquella 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 en esa misma ley.

Cabe hacer presente los amplísimos términos en que se formula el ámbito de aplicación de esta norma, toda vez que no sólo establece la publicidad de sus decisiones y aquellos documentos que le han servido de base, sino que ésta se ha extendido a toda la información que obre en poder de los órganos del Estado.

Esta norma por lo demás establece un sistema de notificación a aquellas personas que puedan verse afectadas por los requerimientos de acceso a la información pública que se realicen, a través de su artículo 20:

*Artículo 20.- Cuando la solicitud de acceso se refiera a documentos o antecedentes que contengan información que pueda afectar los derechos de terceros, la autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, requerido, dentro del plazo de dos días hábiles, contado desde la recepción de la solicitud que cumpla con los requisitos, deberá comunicar mediante carta certificada, a la o las personas a que se refiere o afecta la información correspondiente, la facultad que les asiste para oponerse a la entrega de los documentos solicitados, adjuntando copia del requerimiento respectivo.*

Por su parte, el artículo 21 de la ley viene a restringir la publicidad de ciertos actos mediante el establecimiento de causales de secreto o reserva en virtud de las cuales se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información. Ellas son:

1. *Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente:*
  - a) *Si es en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito o se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales.*

- b) *Tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sean adoptadas.*
- c) *Tratándose de requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales.*
- 2. ***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.***
- 3. *Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública.*
- 4. *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.*
- 5. *Cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8° de la Constitución Política.*

Para efectos de nuestro estudio la causal que mayor relevancia presenta es aquella contemplada en el N° 2 del citado artículo 21, especialmente en cuanto se refiere a aquella información susceptible de afectar la esfera de la vida privada de las

personas, o derechos de carácter comercial o económico. Como analizaremos más adelante, el deber de reserva tributaria establecido por el artículo 35 del Código Tributario se extiende a ciertas informaciones que reúnen estas características, actuando el deber de reserva dispuesto en la presente norma de forma supletoria a aquél dispuesto en el Código Tributario. En los casos previstos en ésta norma, será necesario ponderar en qué términos se estima afectada la esfera de la vida privada, o los derechos de carácter comercial o económico en relación al carácter público de la información solicitada, de manera de determinar caso a caso si procede o no la entrega de la información solicitada.

**ix. Decreto Supremo N° 13/2009, Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República, Reglamento de Ley de Acceso a la Información Pública.**

El presente reglamento, según lo dispone su artículo 1, 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. Dentro de su ámbito de aplicación subjetivo se incluyen los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa. Se excluye expresamente de su aplicación a la Contraloría General de la República, al Banco Central, a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio, a los tribunales que forman parte del Poder Judicial, a los tribunales

especiales y a los órganos que ejercen jurisdicción, al Ministerio Público, al Tribunal Constitucional, a la Justicia Electoral, y al Congreso Nacional.<sup>35</sup>

Este cuerpo normativo contempla un catálogo de definiciones, entre las cuales para los efectos de nuestro estudio cobran importancia las siguientes:

*a) Actos administrativos: Aquéllos señalados en el artículo 3° de la ley N°19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado.*<sup>36</sup>

*c) Datos sensibles: Los datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen social, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual.*

---

<sup>35</sup> Todos estos organismos se rigen por las disposiciones de sus respectivas leyes orgánicas.

<sup>36</sup> El artículo 3 de la Ley 19.880 dispone: “Artículo 3°. Concepto de Acto administrativo. Las decisiones escritas que adopte la Administración se expresarán por medio de actos administrativos.

Para efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública.

Los actos administrativos tomarán la forma de decretos supremos y resoluciones.

El decreto supremo es la orden escrita que dicta el Presidente de la República o un Ministro “Por orden del Presidente de la República”, sobre asuntos propios de su competencia.

Las resoluciones son los actos de análoga naturaleza que dictan las autoridades administrativas dotadas de poder de decisión.

Constituyen, también, actos administrativos los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias.

Las decisiones de los órganos administrativos pluripersonales se denominan acuerdos y se llevan a efecto por medio de resoluciones de la autoridad ejecutiva de la entidad correspondiente.

Los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa, salvo que mediare una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional.”

En este punto cabe tener presente que el concepto de “datos sensibles” transcrito es idéntico a aquel contenido en el artículo 2 letra g) de la Ley 19.628.

*d) Derecho de Acceso a la Información: Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información que obre en poder de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece la ley.*

Este concepto es coincidente con lo que se desprende del artículo 5 de la Ley 20.285 en cuanto al alcance del derecho de acceso a la información.

*f) Órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa: Los órganos o servicios de la Administración del Estado señalados en el inciso 2° del artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado está contenido en el DFL. N° 1/19.653, de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.<sup>37</sup>*

*g) Sustento o complemento directo: Los documentos que se vinculen necesariamente al acto administrativo en que concurren y siempre que dicho acto se haya dictado, precisa e inequívocamente, sobre las bases de esos documentos.*

---

<sup>37</sup> La citada disposición señala que “La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley.”

*h) Sustento o complemento esencial: Los documentos indispensables para la elaboración y dictación del acto administrativo en que concurren, de modo que sean inseparables del mismo.*

Las definiciones contenidas en las letras g) y h) son de una gran utilidad para determinar el alcance formal del derecho de acceso a la información, por cuanto aclaran los conceptos contenidos en el artículo 5 de la Ley 20.285.

Este Reglamento además reitera las causales de secreto o reserva dispuestas en el artículo 21 de la Ley 20.285 complementándolas. Así, respecto de la causal establecida en el número 1 letra a) de dicha norma, se aclara que los antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales a que se refiere tal precepto incluye entre otros a aquellos destinados a respaldar la posición del órgano ante una controversia de carácter jurídico. En cuanto a la letra b) del mismo número, se determina el concepto de antecedentes para la adopción de una resolución, medida o política, determinando que ellos son todos aquellos que informan la adopción de tal resolución, medida o política; y respecto de las deliberaciones se señala que ellas son las consideraciones formuladas para la adopción de las mismas, que consten, entre otros, en discusiones, informes, minutas u oficios. Por último, respecto de la letra c) del número 1 se aclara el concepto de “requerimientos de carácter genérico” se refiere a aquellos que carecen de especificidad respecto de las características esenciales de la información solicitada, tales como su materia, fecha de emisión o período de vigencia, autor, origen o destino, soporte, etcétera; en tanto que se considera que un requerimiento distrae indebidamente a los funcionarios cuando su satisfacción requiera por parte de éstos, la utilización de un tiempo excesivo, considerando su jornada de trabajo, o un alejamiento de sus funciones habituales.

El número 2 del artículo 21 de la Ley 20.285 contempla la causal que es de mayor relevancia para objetos de este estudio, y se ve complementado por el Reglamento en el sentido de señalar que se entienden por derechos de las personas o derechos de carácter comercial o económico **aquellos que el ordenamiento jurídico atribuye a las personas en título de derecho y no de simple interés**. Sin embargo, esta aclaración no contribuye en gran medida a determinar el alcance de la causal, toda vez que no entrega herramientas que nos permitan determinar cuándo se entienden afectados tales derechos de las personas o de carácter comercial o económico.

Respecto de los números 3 y 4, el Reglamento en análisis no aporta un desarrollo mayor al contenido en la Ley 20.285. Por último, respecto del número 5 de la Ley 20.285, el Reglamento dispone que en la calificación de las causales de reserva o secreto la autoridad podrá hacer las consultas necesarias a los demás órganos competentes para determinar su ocurrencia.

#### **x. Ley 19.628 sobre Protección de la Vida Privada**

Es la única normativa que existe en nuestro país que trata directamente el tema del tratamiento de datos personales. Sin embargo, contempla numerosas deficiencias, las que han determinado que en sus cortos años de vigencia se hayan presentado diversos proyectos de ley que buscan modificar esta ley en relación a sus distintos aspectos.

El ámbito de aplicación objetivo de esta norma se extiende al tratamiento de los datos de carácter personal en registros o bancos de datos por organismos públicos o por particulares, con excepción del que se efectúe en ejercicio de las libertades de emitir opinión y de informar, el que se regulará por la ley a que se refiere el



artículo 19, N° 12, de la Constitución Política. Dispone esta norma que el tratamiento de los datos personales sólo puede efectuarse cuando esta ley u otras disposiciones legales lo autoricen o el titular consienta expresamente en ello, y siempre debe realizarse de manera concordante con esta ley y para finalidades permitidas por el ordenamiento jurídico, debiendo respetar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los titulares de los datos y de sus facultades.

Cabe destacar que contempla en su artículo 2° un catálogo de definiciones, entre las cuales para los objetos de nuestro análisis cobran relevancia las siguientes:

*f) Datos de carácter personal o datos personales, los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables.*

De esta forma se excluyen del concepto de datos personales aquellos que no permitan determinar a quién pertenecen: estos son los denominados datos estadísticos. Tal como se indicó en el Capítulo II, a esta definición se le ha criticado el excluir a las personas jurídicas del ámbito de aplicación subjetivo de la norma.

*g) Datos sensibles, aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual.*

Cabe señalar que esta enumeración es de carácter meramente ejemplar, pudiendo comprenderse incluidos dentro de esta categoría otros datos distintos de los

señalados en cuanto se refieran a las características físicas o morales de las personas o hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad. El artículo 10 de este cuerpo legal dispone que no pueden ser objeto de tratamiento los datos sensibles, salvo cuando la ley lo autorice, exista consentimiento del titular o sean datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares.

*i) Fuentes accesibles al público, los registros o recopilaciones de datos personales, públicos o privados, de acceso no restringido o reservado a los solicitantes.*

Cobra particular relevancia el concepto de “fuentes accesibles al público”, toda vez que no se requiere autorización para el tratamiento de datos personales que provengan o se recolecten de dichas fuentes accesibles al público. Cabe preguntarnos entonces si los datos a los que hace referencia el artículo 35 del Código Tributario provienen de fuentes accesibles al público, y la respuesta es no, pues este artículo se refiere a información que figura en las declaraciones obligatorias que deben realizar los contribuyentes; es decir, los datos personales son obtenidos directamente desde sus titulares, quienes los entregan para dar cumplimiento a sus obligaciones tributarias.

*m) Registro o banco de datos, el conjunto organizado de datos de carácter personal, sea automatizado o no y cualquiera sea la forma o modalidad de su creación u organización, que permita relacionar los datos entre sí, así como realizar todo tipo de tratamiento de datos.*

*n) Responsable del registro o banco de datos, la persona natural o jurídica privada, o el respectivo organismo público, a quien compete*

*las decisiones relacionadas con el tratamiento de los datos de carácter personal.*

Se trata del sujeto que deberá responder por el tratamiento indebido de datos de carácter personal, en el caso de los organismos públicos la referencia se hace directamente a ellos como tales; lo que nos redirige a las normas que regulen la representación de los organismos públicos de que se trate<sup>38</sup>. En el caso del Servicio de Impuestos Internos, de acuerdo a la Ley Orgánica de dicho Servicio, la representación corresponde a el Director del Servicio<sup>39</sup>, y en el caso de la Tesorería General de la República, le corresponde al Tesorero General.

*ñ) Titular de los datos, la persona natural a la que se refieren los datos de carácter personal.*

Como se señaló anteriormente es un requisito necesario que los datos personales se refieran a una persona determinada, quien es el titular de estos datos y deberá autorizar su tratamiento en los términos que se establecen en la Ley 19.628.

*o) Tratamiento de datos, cualquier operación o complejo de operaciones o procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permitan recolectar, almacenar, grabar, organizar, elaborar, seleccionar, extraer, confrontar, interconectar, disociar, comunicar,*

---

38 Según lo dispone el artículo 36 de la Ley 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, "La representación judicial y extrajudicial de los servicios descentralizados corresponderá a los respectivos jefes superiores".

39 El artículo 7° del D.F.L. N° 7/1980 del Ministerio de Hacienda, que fija la Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos dispone que: "El Director tiene la autoridad, atribuciones y deberes inherentes a su calidad de Jefe Superior del Servicio y, en consecuencia, sin que ello implique limitación, le corresponden las siguientes atribuciones, responsabilidades y obligaciones: (...) e) Representar al Servicio en todos los asuntos, incluidos recursos judiciales en que la ley le asigne la calidad de parte, y los recursos extraordinarios que se interpongan en contra del mismo Servicio con motivo de actuaciones administrativas o jurisdiccionales(...)"

*ceder, transferir, transmitir o cancelar datos de carácter personal, o utilizarlos en cualquier otra forma.*

Esta definición determina el alcance del concepto “tratamiento de datos personales” a través de numerosos ejemplos, para luego señalar que además se amplía a la utilización de este tipo de datos de cualquier otra forma. Así, cualquier manipulación de datos personales constituye tratamiento en términos de la Ley 19.628, y por lo tanto, debe realizarse de acuerdo a sus disposiciones.

Este cuerpo normativo dispone la necesidad de autorización del titular de los datos personales para su tratamiento, la que deberá otorgarse por escrito y habiendo sido informado respecto de los propósitos del tratamiento y de su posible comunicación a terceros. Sin embargo, se establecen las siguientes excepciones a la necesidad de autorización para el tratamiento de los datos de carácter personal:

- Datos obtenidos o recolectados de fuentes accesibles al público.
- Datos de carácter económico, financiero ni tampoco cuando sean de carácter económico, financiero, bancario o comercial.

Respecto de este tipo de datos, su utilización se regula en el Título III de la Ley 19.628, disponiéndose al efecto que los responsables de los registros o bancos de datos personales sólo podrán comunicar información que verse sobre obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial, cuando éstas consten en:

- Letras de cambio y pagarés protestados;

- Cheques protestados por falta de fondos, por haber sido girados contra cuenta corriente cerrada o por otra causa;
  - El incumplimiento de obligaciones derivadas de mutuos hipotecarios y de préstamos o créditos de bancos, sociedades financieras, administradoras de mutuos hipotecarios, cooperativas de ahorros y créditos, organismos públicos y empresas del Estado sometidas a la legislación común, y de sociedades administradoras de créditos otorgados para compras en casas comerciales.
  - Otras obligaciones de dinero que determine el Presidente de la República mediante decreto supremo, las que deberán estar sustentadas en instrumentos de pago o de crédito válidamente emitidos, en los cuales conste el consentimiento expreso del deudor u obligado al pago y su fecha de vencimiento.
- Datos contenidos en listados relativos a una categoría de personas que se limiten a indicar antecedentes tales como la pertenencia del individuo a ese grupo, su profesión o actividad, sus títulos educativos, dirección o fecha de nacimiento, o sean necesarios para comunicaciones comerciales de respuesta directa o comercialización o venta directa de bienes o servicios.
  - Aquel tratamiento de datos personales que realicen personas jurídicas privadas para el uso exclusivo suyo, de sus asociados y de las entidades a que están afiliadas, con fines estadísticos, de tarificación u otros de beneficio general de aquéllos.

Uno de los aspectos más relevantes para los propósitos de nuestro estudio, es que tal como se señaló en el Capítulo IV, en el artículo 7 de esta norma se establece de forma genérica un deber de secreto o reserva sobre los datos personales que se

traten **tanto en organismos públicos como privados**, cuando los datos provengan o hayan sido recolectados de fuentes no accesibles al público. Asimismo, se incorpora el principio de finalidad en el artículo 9, el que establece que los datos solo pueden ser utilizados para la finalidad para la cual hubieren sido recolectados, limitación que no rige respecto de aquellos datos que provengan o se hayan recolectado de fuentes accesibles al público. En el mismo artículo se consagra el principio de calidad, toda vez que dispone que, la información debe ser exacta, actualizada y responder con veracidad a la situación real del titular de los datos.

En el caso de los Órganos de la Administración, como se revisó en el Capítulo IV del presente informe, el tratamiento de datos personales se regula en el Título IV de la Ley 19.628, y se dispone que el tratamiento de datos personales por parte de un organismo público sólo podrá efectuarse respecto de las materias de su competencia y con sujeción a las reglas establecidas en la ley. En esas condiciones, no necesitará el consentimiento del titular. Además se impone al Servicio de Registro Civil e Identificación el deber de llevar un registro de los bancos de datos personales a cargo de organismos públicos, en que conste el fundamento jurídico de la existencia de cada uno de estos registros, su finalidad, el tipo de datos almacenados y la descripción del universo de personas que comprende.

**i. Boletín 6120-07, Introduce modificaciones la ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada, y a la Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública.**

El presente proyecto fue ingresado con fecha 01 de Octubre de 2008 al Congreso y se encuentra actualmente en Primer Trámite Constitucional ante la Cámara de Diputados, sin urgencia para su tramitación, siendo su último movimiento

registrado con fecha 18 de noviembre de 2009, ocasión en la que se retiró la urgencia simple.

El referido proyecto busca enmendar las deficiencias que presenta actualmente la normativa en materia de protección de datos, mejorando los estándares de protección y resguardo de los derechos de los titulares de datos personales y confiriendo competencias y herramientas a una autoridad para velar por el cumplimiento de las normas en materia de protección de datos.

La presentación de este proyecto de ley obedece además a la necesidad de adecuarse a estándares internacionales de acuerdo a las recomendaciones de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico) en materia de protección de datos personales. Asimismo, a través de éste proyecto se busca cumplir un acuerdo, pues durante la discusión de la Ley 20.285 se consideró la posibilidad de incorporar dentro de las competencias del Consejo Para la Transparencia facultades de protección a la autodeterminación informativa, sin que esto se concretara, acordándose profundizar la actual legislación con posterioridad.

El Proyecto de Ley en comentario propone la consagración expresa del derecho de las personas a controlar sus datos; y la ampliación del alcance de los sujetos protegidos, de modo de incluir a las personas jurídicas

Asimismo, se hace presente la necesidad de implementar una autoridad de control, para lo cual se propone modificar la Ley 20.285, de forma tal de modificar el Consejo para la Transparencia, para convertirlo en un “Consejo para la Transparencia y Protección de Datos Personales”; el cual estaría encargado de mantener un Registro Único Nacional de Bases de Datos y empoderado con

facultades de fiscalización, potestad normativa y potestad sancionadora. A este Consejo se le otorgaría además poder para ejercer facultades en beneficio directo de las personas; ejercer el control y adoptar las autorizaciones que procedan para las transferencias internacionales de datos; así como desempeñar funciones de cooperación internacional en materia de protección de datos personales. Por último se le impone la entrega de una cuenta anual sobre la actividad desarrollada en materia de protección de datos personales.

Otro de los aspectos incorporados en este Proyecto de Ley son los siguientes:

- Se distingue entre encargado y responsable de la base de datos;
- Fortalecimiento de los derechos de información del titular de los datos en la recolección de datos personales;
- Se establece la necesidad de la autorización expresa del titular, y en todo caso deberá informarse del tratamiento al titular, aún en aquellos en que no sea requerida de forma expresa la autorización;
- Se regula el flujo transfronterizo de datos exigiéndose autorización del Consejo respecto de los países que no cumplan con un nivel de protección adecuado;
- Se aumentan las condiciones de seguridad para el tratamiento de datos;
- Se refuerza el deber de rectificación y corrección de los datos;
- Se regulan infracciones y sanciones;
- Se perfecciona el sistema de responsabilidad civil por medio de una presunción de responsabilidad a favor del titular de los datos cuando se han infringido las disposiciones de la ley;
- Se crea un registro a cargo del Consejo Para la Transparencia y Protección de Datos Personales, en el que constará respecto de cada banco de datos su responsable, su fundamento de existencia, finalidad, domicilio, tipo de datos almacenados, descripción de universo de personas que comprende y destinatarios de los datos personales.



Cabe precisar que este proyecto de ley no se refiere a los datos personales relativos a obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial; toda vez que se ha decidido que si bien dichas materias requieren de modificación, dada su especialidad serán abordadas en un proyecto de ley distinto, sin perjuicio de lo cual las normas establecidas en la regulación vigente y el presente proyecto de ley tendrían carácter supletorio respecto de aquellas normas especiales.

**ii. Boletín 5309-03, Modifica la ley N° 19.628, estableciendo un sistema de información de datos de carácter personal basado en el comportamiento de las personas y no sólo, en la noción de incumplimiento; Boletín 5356-08, Modifica la ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada, estableciendo la obligación del responsable de Banco de Datos o Registros Personales, informar al propietario acerca de éstos y a quién ha sido entregada dicha información; y Boletín 6298-05, Propone eliminación del Boletín Comercial y Central de Información de la SBIF y, establece un sistema consolidado de deudas dependientes del Banco Central.**

Los tres boletines mencionados fueron refundidos por medio de una indicación sustitutiva realizada con fecha 08 de mayo de 2009 por la Presidenta de la República, y desde entonces no se registra movimiento en la tramitación de ellos, encontrándose actualmente sin urgencia su tramitación.

La indicación sustitutiva que refundió los mencionados proyectos de Ley, en su mensaje señala que sus objetivos generales consisten en perfeccionar los derechos de los titulares de los datos de obligaciones económicas y su ejercicio; y permitir que el comportamiento de pago de las personas y pequeñas empresas pueda ser

demostrado a las instituciones financieras al momento de solicitar un crédito, para de esta forma profundizar el acceso de la población de menores ingresos al financiamiento.

Este proyecto contempla los siguientes aspectos:

- Se amplía el concepto de titular de los Datos, incluyendo tanto a personas naturales como jurídicas.
- Se amplía el concepto de información comercial en relación a aquél establecido en la Ley 19.628, incluyendo ahora a las deudas al día, así como las instituciones obligadas a informar. Las instituciones obligadas a reportar periódicamente los datos de obligaciones económicas abarcan a los Bancos, las Casas Comerciales, las Compañías de Seguros, las Cooperativas, las Cajas de Compensación, las Empresas de Leasing y las de Factoring, y la Tesorería General de la República, en lo que respecta a deudas tributarias demandadas.
- Creación de un Registro Central de Obligaciones Económicas (RECOE), que registre todos los datos de obligaciones económicas, y tiene como objetivo la conservación, consolidación y estandarización de la información sobre deuda morosa y al día de todos los acreedores relevantes, al cual estarán obligados a informar ciertas instituciones. Se adjudicará por licitación la Administración del RECOE.
- Se establece que el consentimiento del titular se exigirá para comunicar datos de deuda al día a cualquier persona o entidad que requiera utilizar dicha información para evaluar el riesgo crediticio u otro fin, pero no se requerirá dicho consentimiento para recolectar datos comerciales ni para su almacenamiento en el RECOE, para lo cual se hace una excepción a la norma que establece reserva bancaria.

- Se redefine el periodo de caducidad de la posibilidad de comunicar datos a terceros, distinguiendo para estos efectos si se trata de obligaciones al día o morosas.
- Se establece como autoridad fiscalizadora, normativa y reguladora a la Superintendencia de Bancos e Instituciones financieras, quien deberá vigilar y fiscalizar que los aportantes de información, el RECOE y las Distribuidoras cumplan con las normas legales y reglamentarias e instrucciones que dicte. Además se entrega al Consejo para la Transparencia y Protección de Datos Personales<sup>40</sup>.
- Se fortalece el derecho de acceso a la información y el derecho de acceso a los datos propios.
- Se perfecciona el derecho de rectificación y cancelación de datos.
- Regulación de los requisitos de entrada y de salida del mercado de las distribuidoras de información, tales como la obligación de constituirse como sociedades, registrarse ante la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, la adopción de medidas de seguridad y la realización periódica de auditorías externas.
- Se regula las obligaciones de todos los aportantes de datos de obligaciones económicas, entre ellas, la de mantener los datos actualizados y entregar información al RECOE.
- Se establece una transición gradual al nuevo sistema, con un periodo de transición de un año desde la publicación de la ley, durante la cual se mantiene a la Cámara de Comercio de Santiago como ente acopiador de información y se le faculta para emitir certificados de deuda al día a requerimiento del Titular.

---

<sup>40</sup> Este Proyecto de Ley es aquél que viene a regular el ámbito de los datos personales relativos a obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial, que fue excluido del proyecto de ley previamente revisado.

## **VI. EL DEBER DE RESERVA EN MATERIA TRIBUTARIA**

### **i. Introducción**

De acuerdo con lo señalado en los Capítulos anteriores resulta evidente que el deber de reserva en materia tributaria es un asunto que debe analizarse a la luz de los derechos de acceso a la información pública y del derecho a la privacidad. Esto sin lugar a dudas genera un conflicto de derechos, que debe resolverse de conformidad con las normas legales vigentes, muchas de las cuales han sido dictadas recientemente, y que son la causa de las dificultades surgidas en esta materia.

### **ii. Generalidades**

Antes de entrar al análisis específico del tema, es necesario tener presente que tal como se indico anteriormente, la Ley 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, dispone que los organismos que la componen se encuentran al servicio de la comunidad, debiendo atender las necesidades públicas en forma continua y permanente. Asimismo, deben cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación y la interferencia de funciones.<sup>41</sup>

Por otra parte, todos los Servicios Públicos tienen el deber de colaborar con la acción de los Tribunales de Justicia, cuando éstos así lo requieran, salvo que la ley haya conferido a tales antecedentes el carácter de “secretos” o “reservados”, casos en los cuales no podrán entregarlos, excepto cuando otra norma legal, en forma expresa, así lo disponga.

---

<sup>41</sup> Arts. 3° y 5° de la Ley N° 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado

Lo anterior es lo que se conoce como el deber de reserva, que en concreto – en el ámbito tributario - consiste en la obligación que gravita sobre todos los funcionarios del Servicio de Impuestos Internos, que con motivo del cargo público que desempeñan, acceden al conocimiento de datos o antecedentes de índole tributaria de los contribuyentes, de no revelarlos o hacerlos públicos, salvo las excepciones legales.

Para la concreción de este principio el legislador limita el actuar del administrador tributario, quien por su propia función se encuentra compelido a requerir y conservar datos relacionados con los ingresos, inversiones y gastos de las personas, datos que, en última instancia, provienen o pertenecen al ámbito de la vida privada de los contribuyentes.

Para analizar este deber, y tal como se hizo en el Capítulo V correspondiente al Marco Normativo del presente informe, en primer término es necesario considerar las normas positivas referidas a la reserva de los antecedentes de carácter tributario obtenidos de las declaraciones obligatorias que deben presentar los contribuyentes.

### iii. Análisis de la norma

El artículo 35 del Código Tributario aparece por primera vez - **con su texto original** - en el Decreto Ley N° 830 de 1974, con la siguiente redacción:

*“Junto con sus declaraciones, los contribuyentes sujetos a la obligación de llevar contabilidad presentarán los balances y copia de los inventarios con la firma de un contador.*

*El contribuyente podrá cumplir dicha obligación acreditando que lleva un libro de inventario debidamente foliado y timbrado,*

*u otro sistema autorizado por el Director Regional. El Servicio podrá exigir la presentación de otros documentos tales como libros de contabilidad, detalle de la cuenta de pérdidas y ganancias, documentos o exposición explicativas y demás que justifiquen el monto de la renta declarada y las partidas anotadas en la contabilidad.*

*El Director y demás funcionarios del Servicio no podrán divulgar, en forma alguna, la cuantía o fuente de las rentas, ni las pérdidas, gastos o cualesquiera datos relativos a ellas, que figuren en las declaraciones obligatorias, ni permitirán que éstas o sus copias o los libros o papeles que contengan extractos o datos tomados de ellas sean conocidos por persona alguna ajena al Servicio salvo en cuanto fueren necesarios para dar cumplimiento a las disposiciones del presente Código u otras normas legales. El precepto anterior no obsta al examen de las declaraciones por los jueces o al otorgamiento de la información que éstos soliciten sobre datos contenidos en ellas, cuando dicho examen, o información sea necesario para la prosecución de los juicios sobre impuesto, sobre alimentos y en procesos por delitos comunes, ni a la publicación de datos estadísticos en forma que no puedan identificarse los informes, declaraciones o partidas respecto de cada contribuyente en particular.*

*No obstante, lo dispuesto en los incisos anteriores, en cada una de las inspecciones se mantendrá a disposición del público una lista en que aparezcan, por orden alfabético, los nombres de todos los contribuyentes afectos a impuestos de acuerdo con las declaraciones anuales que deban presentar. En estas listas se*

*indicará, además, la renta imponible de los impuestos de categoría, global complementario y adicional, como asimismo el impuesto anual que por los referidos tributos le ha correspondido a cada contribuyente. Podrá indicarse también en estas listas el monto de las rentas exentas del impuesto global complementario; pero, si así no se hiciere, la información respectiva se proporcionará a cualquiera persona que lo solicite”.*

Respecto del origen de ésta norma, no es posible establecer sus antecedentes legislativos, pues no se encuentra disponible su historia en la Biblioteca del Congreso Nacional, lo que dificulta la labor de determinar su sentido y alcance.

No obstante, se puede establecer – de modo indubitable - que su inclusión en el Código Tributario se efectúa en el año 1974 y no antes, ya que el antiguo texto del mencionado artículo<sup>42</sup>, no contemplaba estas disposiciones, siendo su redacción la siguiente:

*“Junto con sus declaraciones, los contribuyentes sujetos a la obligación de llevar contabilidad presentarán los balances y copia de los inventarios con la firma de un contador.*

*El contribuyente podrá cumplir dicha obligación acreditando que lleva un libro de inventario debidamente foliado y timbrado, u otro sistema autorizado por el Director. El Servicio podrá exigir la presentación de otros documentos, tales como libros de contabilidad, detalle de la cuenta de pérdidas y ganancias, documentos o exposiciones explicativas y demás que justifiquen*

---

<sup>42</sup> D.F.L. N° 190 de Hacienda publicado con fecha 5 de Abril de 1960.

*el monto de la renta declarada y las partidas anotadas en la contabilidad.”*

De acuerdo con lo señalado el inciso tercero y el inciso cuarto del artículo 35 del Código Tributario, fueron agregados en el año 1974.

Al día de hoy, y luego de las modificaciones introducidas por varias leyes<sup>43</sup> el artículo 35 del Código Tributario – **texto actual** – tiene la siguiente redacción:

*“Junto con sus declaraciones, los contribuyentes sujetos a la obligación de llevar contabilidad presentarán los balances y copia de los inventarios con la firma de un contador.*

*El contribuyente podrá cumplir dicha obligación acreditando que lleva un libro de inventario debidamente foliado y timbrado, u otro sistema autorizado por el Director Regional. El Servicio podrá exigir la presentación de otros documentos tales como libros de contabilidad, detalle de la cuenta de pérdidas y ganancias, documentos o exposición explicativas y demás que justifiquen el monto de la renta declarada y las partidas anotadas en la contabilidad.*

*El Director y demás funcionarios del Servicio no podrán divulgar, en forma alguna, la cuantía o fuente de las rentas, ni las pérdidas, gastos o cualesquiera datos relativos a ellas, que figuren en las declaraciones obligatorias, ni permitirán que éstas o sus copias o los libros o papeles que contengan extractos*

---

<sup>43</sup> Ley 19.398 de 4 de Agosto de 1995; Ley 19.738 de 19 de Junio de 2001 y Ley 19.806 de 31 de Mayo de 2002



*o datos tomados de ellas sean conocidos por persona alguna ajena al Servicio salvo en cuanto fueren necesarios para dar cumplimiento a las disposiciones del presente Código u otras normas legales.*

*El precepto anterior no obsta al examen de las declaraciones por los jueces o al otorgamiento de la información que éstos soliciten sobre datos contenidos en ellas, cuando dicho examen o información sea necesario para la prosecución de los juicios sobre impuesto y sobre alimentos; ni al examen que practiquen o a la información que soliciten los fiscales del Ministerio Público cuando investiguen hechos constitutivos de delito, ni a la publicación de datos estadísticos en forma que no puedan identificarse los informes, declaraciones o partidas respecto de cada contribuyente en particular.*

*Para los efectos de lo dispuesto en este artículo y para el debido resguardo del eficaz cumplimiento de los procedimientos y recursos que contempla este Código, sólo el Servicio podrá revisar o examinar las declaraciones que presenten los contribuyentes, sin perjuicio de las atribuciones de los Tribunales de Justicia y de los fiscales del Ministerio Público, en su caso.*

*La información tributaria, que conforme a la ley proporcione el Servicio, solamente podrá ser usada para los fines propios de la institución que la recepciona”.*

Con estos antecedentes podríamos concluir que el artículo 35 del Código Tributario, en su inciso tercero, establece para todos los funcionarios del Servicio la obligación de no *“divulgar, en forma alguna, la cuantía o fuente de las rentas, ni las pérdidas, gastos o cualesquiera dato relativos a ella, que figuren en las declaraciones obligatorias presentadas por los contribuyentes, ni permitir que éstas o sus copias o los libros o papeles que contengan extractos o datos tomados de ellas sean conocidos por persona alguna ajena al Servicio, salvo en cuanto fueren necesarios para dar cumplimiento a las disposiciones del mismo Código Tributario o a otras normas legales”*.

Complementando lo anterior, el inciso cuarto de la disposición precitada dispone que *“Para los efectos de lo dispuesto en este Artículo y para el debido resguardo del eficaz cumplimiento de los procedimientos y recursos que contempla este Código, sólo el Servicio podrá revisar o examinar las declaraciones que presenten los contribuyentes, sin perjuicio de las atribuciones de los Tribunales de Justicia y de los Fiscales del Ministerio Público, en su caso”*.

Con esta norma queda claro que el deber de reserva tributaria queda limitado a:

6. La cuantía o fuente de las rentas;
7. Las pérdidas, gastos o cualesquiera dato relativos a ella; y
8. Que figuren en las declaraciones obligatorias presentadas por los contribuyentes.

Esta interpretación de la norma, sobre la base de una exégesis literal, nos lleva a la conclusión de que el resto de la información en poder del Servicio de Impuestos Internos sería de acceso público, sin quedar afectada por el deber de reserva establecido en el artículo 35 del Código Tributario. Lo anterior, sin perjuicio de la reserva que pudiera afectarle a la información no comprendida en ese ámbito de acuerdo a lo establecido en el artículo 21 N° 2 de la Ley 20.285 sobre Acceso a la

Información Pública, que establece reserva sobre aquella información que sea susceptible de afectar la esfera de la vida privada de las personas o derechos de carácter comercial o económico.

Para complementar esta interpretación, deben analizarse las excepciones que el propio Código Tributario y otras disposiciones legales le fijan al deber de reserva respecto de la información tributaria que recae en el Servicio de Impuestos Internos.

#### **iv. Excepciones a la norma básica**

Tal como señalamos recién, existe absoluto consenso que este deber de reserva tiene excepciones, las cuales se encuentran consagradas en diferentes normas legales, que levantan esta restricción, permitiendo o incluso obligando al Servicio de Impuestos Internos a entregar determinadas informaciones a organismos o personas determinadas, especificadas en las distintas disposiciones pertinentes.

Estas situaciones en que dicho deber de reserva debe ceder su imperio por razones de interés superior social, están dispersas en numerosas leyes; y básicamente autorizan a ciertos órganos públicos, en determinadas circunstancias previstas en las respectivas disposiciones normativas a adquirir conocimiento sobre los antecedentes tributarios de los contribuyentes.

A continuación, se reseñan las normas que hacen excepción al deber de reserva:

1.- La primera excepción esta en el propio artículo 35 del Código Tributario, cuando en el inciso tercero, dispone que el deber de reserva no obsta al examen de las declaraciones por los Jueces o al otorgamiento de la información que éstos

soliciten sobre datos contenidos en ellas, cuando dicho examen o información sea necesario para la prosecución de los juicios sobre impuestos, sobre alimentos, y en los procesos sobre delitos comunes.

2.- Asimismo, y también contenida en el Código Tributario, se han excepcionado del deber de reserva las investigaciones de antecedentes que sean necesarios en las gestiones de cobranza ejecutiva de las obligaciones tributarias, respecto de las cuales el artículo 168 inciso tercero dispone: *“El Servicio de Tesorerías, a través de los funcionarios que designe nominativamente el Tesorero General, tendrá acceso, para él solo objeto de determinar los bienes del contribuyente, a todas las declaraciones de impuestos que haya formulado el contribuyente, como, asimismo, a todos los demás antecedentes que obren en poder del Servicio de Impuestos Internos, siendo aplicables en este caso la obligación y sanciones que este Código impone a los funcionarios del Servicio de Impuestos Internos, en relación al secreto de la documentación del contribuyente.”*

3.- Por otra parte, el Servicio también debe proporcionar la información requerida en los siguientes casos:

a) **Artículo 49 del Código del Trabajo**, en mérito del cual corresponde a esta Institución determinar el capital propio del empleador invertido en la empresa y calcular el monto de la utilidad líquida que deberá servir de base para el pago de las gratificaciones legales, antecedente, este último, que el mismo Servicio debe comunicar al Juzgado de Letras del Trabajo o a la Dirección del Trabajo cuando éstos lo soliciten.

Asimismo, el Servicio deberá otorgar certificaciones en igual sentido a los empleadores, sindicatos de trabajadores o delegados del personal, cuando ellos así lo requieran.

b) **Artículos 20 y 21 de la Ley 17.374**, Orgánica del Instituto Nacional de Estadísticas, de acuerdo con los cuales, debe entregarse la información, datos o antecedentes que el Instituto solicite acerca de hechos que por su naturaleza y finalidad tengan relación con la formación de estadísticas oficiales.

c) **Artículo 164 del D.F.L N° 1** que fija texto refundido del D.L. 2763 y de las Leyes 18.933 y 18.409, de acuerdo con el cual procede entregar al Fondo Nacional de Salud los antecedentes que permitan a dicho Organismo determinar los ingresos mensuales de sus afiliados y otros que éste solicite.

d) **Artículo 9 de la Ley 18.918**, Orgánica Constitucional del Congreso, según el cual: *“Los Organismos de la Administración del Estado deberán proporcionar los informes y antecedentes específicos que les sean solicitados por la Cámara o por organismo internos autorizados por sus respectivos reglamentos, con excepción de aquellos que por expresa disposición de la ley tengan el carácter de secretos o reservados.*

*Los informes o antecedentes solicitados que revistan el carácter de secretos o reservados por su naturaleza o por disposición especial que no tenga fuerza de ley, serán proporcionados por el servicio, organismo o entidad por medio del Ministerio del que dependan o mediante el cual se encuentre vinculado con el gobierno, manteniéndose los respectivos documentos en reserva. Si tales informes y antecedentes fueren secretos, por comprometer la seguridad nacional, afectar la actividad económica o financiera del país, o por otro motivo justificado, el Ministro sólo los proporcionará a la comisión respectiva o a la Cámara que corresponda, en su caso, en la sesión secreta que para estos efectos se celebre.”.*

e) **Artículo 16 de la Ley 19.366**, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, que faculta al Consejo de Defensa del Estado a requerir directamente de las autoridades y funcionarios o empleados de cualesquiera de los servicios de la administración del Estado, la cooperación, la asistencia, el apoyo, los informes y antecedentes que estime necesarios para el cumplimiento de las funciones que le corresponden como ente investigador de los delitos referidos al tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y “lavado de dinero”.

f) **Artículos 54 y 55 del D.F.L. N° 1, de 1993**, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado, de acuerdo con los cuales los funcionarios del Servicio deben proporcionar, en la forma más expedita y rápida los informes, copias de instrumentos y datos que se les soliciten, como asimismo, prestar con la oportunidad y prontitud debida la cooperación que les requiera el Consejo de Defensa del Estado.

g) **Artículo 4 de la Ley 19.479**, que autoriza al Servicio de Impuestos Internos para entregar información de contribuyentes al Director Nacional de Aduanas, cuando éste la requiera para cumplir las labores fiscalizadoras encomendadas a ese Servicio.

En estos casos será aplicable a los funcionarios del Servicio Nacional de Aduanas el artículo 35 del Código Tributario, respecto de la información de que tomen conocimiento.

h) **Artículo 9 de la Ley 10.336**, Orgánica de la Contraloría General de la República, el que en su inciso segundo establece que el Contralor podrá solicitar de las distintas autoridades, jefaturas de servicios o funcionarios los datos e informaciones que necesite para el mejor desempeño de sus labores y podrá, también, dirigirse a cualquiera autoridad o funcionario para impartir instrucciones relativas a la fiscalización que legalmente le corresponde.

Complementando lo anterior, el inciso final de la misma disposición estipula que las normas que establezcan el secreto o reserva sobre determinados asuntos no obstarán a que se proporcione a la Contraloría General la información o antecedentes que ella requiera para el ejercicio de su fiscalización, sin perjuicio de que sobre su personal pese igual obligación de guardar tal reserva o secreto.

i) **Artículo 9 de la Ley 19.287**, sobre Fondos Solidarios de Créditos Universitarios, cuyo inciso primero es el siguiente: *“El Administrador General del Fondo de cada institución podrá verificar la información suministrada por los deudores con todos los antecedentes de que dispongan el Servicio de Impuestos Internos, las instituciones previsionales, empleadores y demás organismos públicos y privados, todos los cuales estarán obligados a proporcionar dichos antecedentes.....”*.

j) De conformidad con la **letra b) del Artículo 4 de la Ley 18.455** sobre Bebidas Alcohólicas y Vinagres, el Servicio Agrícola y Ganadero deberá velar por el cumplimiento de dicha ley, pudiendo requerir para tales efectos la intervención de otras autoridades las que, en conformidad a sus

respectivas facultades, deberán prestarle toda la colaboración que aquél les solicite.

En especial, el Servicio Agrícola y Ganadero podrá exigir antecedentes que sean necesarios para la fiscalización del cumplimiento del mencionado cuerpo legal en relación a la producción, elaboración, envasado, guarda, comercialización, importación, exportación y transporte de productos.

k) **Artículo 53 de la Ley 18.840**, Orgánica del Banco Central, de acuerdo con el cual el Banco deberá compilar y publicar, oportunamente, las principales estadísticas macroeconómicas nacionales, incluyendo aquellas de carácter monetario y cambiario, de balanza de pagos y las cuentas nacionales u otros sistemas globales de contabilidad económica y social.

Para los efectos previstos en dicha norma, el Consejo deberá establecer, mediante acuerdo publicado en el Diario Oficial, la naturaleza, contenido y periodicidad de la información que dará a conocer.

Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo aludido, el Banco estará facultado para exigir a los diversos servicios o reparticiones de la Administración Pública, instituciones descentralizadas y, en general, al sector público, la información que estime necesaria.

l) **Artículo 18 de la Ley 20.027** que establece normas para el financiamiento de estudios de educación superior y que declara que la norma del artículo 35 del Código Tributario, no será aplicable a la información relativa a los ingresos de los deudores de los créditos



otorgados en conformidad con esta ley. La información a que se refiere dicho artículo sólo podrá ser proporcionada a la Comisión Administradora del Sistema de Crédito para Estudios Superiores, individualizando dicha Comisión a los contribuyentes y señalando el uso que de acuerdo con esta ley se dará a la información requerida.

Como puede apreciarse las excepciones al deber de reserva son numerosas y reafirman el carácter de norma excepcional.

Tal como señalamos, estos antecedentes nos llevarían rápidamente a concluir que la norma del artículo 35 del Código Tributario establece un deber de reserva que obliga a todos y cada uno de los funcionarios del Servicio, con las excepciones expuestas y que – según el tenor literal de la norma - está referido a los datos contenidos en las declaraciones obligatorias que deben presentar los contribuyentes al Servicio, relativos a la cuantía de las rentas, su fuente, pérdidas, gastos o cualquiera otro antecedente referido a las rentas. Tal como se destacó al analizar la Ley 19.628 en el Capítulo V del presente informe, el origen de la información se encuentra en las declaraciones realizadas por los propios titulares para el cumplimiento de sus obligaciones tributarias, de modo que podemos determinar que se trata de datos obtenidos o recopilados de una fuente no accesible al público, y a los cuales se aplican por tanto las restricciones que la referida Ley 19.628 establece para el tratamiento de este tipo de datos personales.

A contrario sensu, todas las demás informaciones y datos que se encuentren en poder del Servicio de Impuestos Internos podrían ser reveladas sin más restricciones que las ya señaladas, sin perjuicio de la eventual aplicación a su respecto de las causales de reserva dispuestas en el artículo 21 de la Ley 20.285. Frente a esta conclusión, resulta indispensable revisar cual ha sido hasta

ahora la postura del Servicio de Impuestos Internos.

**v. Criterios del Servicio de Impuestos Internos**

De acuerdo con la información recopilada para la preparación de este informe, podemos señalar que el Servicio de Impuestos Internos ha sostenido que además de la norma del artículo 35 y sus alcances, existirían otros antecedentes que deben quedar amparados por la misma norma.<sup>44</sup>

En efecto, según se expresa en la Circular N° 43 del Servicio de Impuestos Internos de 24 de Julio de 1998: *“el Servicio de Impuestos Internos ha interpretado que se encuentra afectada por el deber de reserva, por referirse a un antecedente relativo a la fuente de la renta, la solicitud de información sobre el “capital efectivo” de un contribuyente. Dicha situación es distinta de aquella referida a la solicitud de antecedentes sobre el “capital propio” del contribuyente, dato, este último, que no comparte con aquél la característica de reservado, por lo que es factible su entrega en las condiciones que establece esta Circular u otras instrucciones”*.

Como puede apreciarse, en este caso el propio Servicio aclara que – en su opinión – un dato como el de capital efectivo estaría incluido dentro del deber de reserva, toda vez que se vincularía con la fuente de la renta. En principio coincidimos con esa interpretación, pues se trataría de un dato que fluiría de una declaración obligatoria y se vincularía con la renta, encontrándose comprendida dentro del ámbito del artículo 35 del Código Tributario.

Adicionalmente, y fundándose en el artículo 55 letra h) de la Ley 18.834 sobre Estatuto Administrativo y en el artículo 40, letra c) de la Ley Orgánica del Servicio

---

<sup>44</sup> Circular del Servicio de Impuestos Internos N° 43 del 24 de Julio de 1998

de Impuestos Internos (D.F.L. N° 7 de 1980 del Ministerio de Hacienda) el mencionado organismo ha sostenido que el deber de reserva se extiende también a otros antecedentes que “*por su naturaleza*” deben ser reservados.

En efecto, el artículo 40 letra c) de la Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos prescribe que los funcionarios del Servicio están impedidos de “*Revelar al margen de las instrucciones del Director el contenido de los informes que se hayan emitido, o dar a personas ajenas al Servicio noticias acerca de hechos o situaciones de que hubiere tomado conocimiento en el ejercicio de su cargo*”.

Por otra parte, el artículo 55 letra h) del Estatuto Administrativo obliga a los funcionarios a: “*Guardar secreto de los asuntos que revistan el carácter de reservados en virtud de ley, reglamento, de su naturaleza o por instrucciones especiales*”.

Fundado en las normas antes referidas, el Servicio de Impuestos Internos ha sostenido que no procede entregar a terceros ajenos al Servicio información relacionada con antecedentes que tengan el carácter de reservados por mandato legal, de reglamento o por instrucciones especiales<sup>45</sup>, o bien que revistan el carácter de reservados por “*su naturaleza*”.

Según lo expresado en la ya referida Circular N° 43, se debe entender que un antecedente tendrá el carácter de “*reservado por su naturaleza*”, cuando la exigencia de mantener la reserva del mismo no provenga directamente de la ley, del reglamento, o de instrucciones especiales, sino que por la esencia de su contenido

---

<sup>45</sup> Dicha interpretación resultaba compatible con el régimen vigente hasta antes de la dictación de la Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, en el cual se permitía que los Órganos de la Administración del Estado determinaran ámbitos de reserva de información por vía reglamentaria. En virtud de la normativa actualmente vigente, la reserva sólo puede imponerse a través de una ley de quórum calificado.

se desprenda que existen razones de utilidad y conveniencia para mantenerlo al resguardo del conocimiento de terceras personas.

Este criterio - propio del Servicio de Impuestos Internos - tiene excepciones que el propio organismo se encarga de aclarar en la ya mencionada Circular N° 43. Así, en los numerales 4 y 5 del párrafo II.- sobre El Deber de Reserva de los Antecedentes Tributarios de la Circular N° 43 se expresa:

*“4) Por otra parte, como criterios generales sobre la materia, debe tenerse presente que esta Dirección ha considerado que los antecedentes relativos al domicilio de los contribuyentes o a datos genéricos de los mismos, tales como sus nombres o números de R.U.T. o la identidad de los representantes legales de las personas jurídicas u otros análogos, pueden ser puestos a disposición de los Tribunales o de otros organismos públicos cuando estos así lo requieran. Sobre este particular, se ha interpretado que los antecedentes mencionados corresponden a datos de carácter público, puesto que con ellos actúan en la vida diaria, tanto las personas naturales como jurídicas, por lo que no poseen el carácter de antecedentes reservados por su naturaleza.*

*En estos casos se ha entendido que, dado que la información solicitada, es requerida por un Tribunal de la República u otro organismo de la administración del Estado y que está referida a datos que, conforme a lo precedentemente expuesto, no están revestidos del carácter de reservados, ni por disposiciones legales o reglamentarias, ni por su propia naturaleza, lo que asegura que su divulgación no permite tomar conocimiento de la*

*situación tributaria particular del contribuyente de que se trata, la entrega de la información no vulnera el deber de reserva que pesa sobre el Servicio y sus funcionarios.*

*5) Del mismo modo, se ha interpretado que la información contenida en el Catastro Técnico, tales como: deslindes, capacidad de suelos o superficie predial, no se encuentra restringida por la reserva, dado que dichos datos y antecedentes no corresponden a aquellos a que se refiere el inciso segundo del artículo 35 del Código.*

*En relación a los datos de dicho Catastro que son obtenidos por funcionarios del Servicio en trabajos en terreno, se ha concluido, asimismo, que no tienen el carácter de reservados por su naturaleza ni respecto de los mismos existen instrucciones que restrinjan el acceso a los terceros.”*

Como puede apreciarse el Servicio de Impuestos Internos – en ejercicio de su facultad de interpretar las normas tributarias<sup>46</sup> - ha adoptado ciertos criterios sobre los alcances del deber de reserva, fundándose en las normas antes citadas. Cabe hacer presente que esta normativa (Circular N° 43) es una interpretación del año 1998.

---

<sup>46</sup> Artículo 6° letra A) N° 1 del Código Tributario: Corresponde al Servicio de Impuestos Internos el ejercicio de las atribuciones que le confiere su Estatuto Orgánico, el presente Código y las leyes y, en especial, la aplicación y fiscalización administrativa de las disposiciones tributarias. Dentro de las facultades que las leyes confieren al Servicio, corresponde:

Al Director de Impuestos Internos:

1° Interpretar administrativamente las disposiciones tributarias, fijar normas, impartir instrucciones y dictar órdenes para la aplicación y fiscalización de los impuestos.

Por otro lado, la Circular N° 63 del 14 de Septiembre del 2001 que imparte instrucciones acerca de las modificaciones introducidas al Código Tributario por la Ley N° 19.738 de 19 de Junio de 2001, interpreta el inciso final agregado al artículo 35, señalando que éste *“tiene por objeto acotar el uso de la información tributaria que proporcione el Servicio, de manera que ésta sólo puede ser utilizada para los fines propios de la institución que la recibe de parte del Servicio. La modificación persigue reforzar la garantía del secreto tributario que protege la información proporcionada por el contribuyente.”*

Con estos antecedentes, la situación de los alcances del deber de reserva estaba relativamente clara, pues contando con una norma como el artículo 35 del Código Tributario, con sus excepciones legales, y la interpretación del Servicio de Impuestos Internos, se podían resolver los eventuales pedidos de información.

#### **vi. Conflicto actual**

Esta situación ha cambiado radicalmente con ocasión – de acuerdo a lo señalado en la introducción de este Informe – de la dictación de la Ley 20.285 de Acceso a la Información Pública, que ha hecho surgir un conflicto entre los derechos consagrados en materia de acceso a la información y el deber de reserva consagrado en el artículo 35 del Código Tributario, recién analizado.

En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 20.285 ya referida, *“Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley. 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.”*

Complementa esta norma, el artículo 16 de la misma ley, cuando dispone que: *“La autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, requerido, estará obligado a proporcionar la información que se le solicite, salvo que concurra la oposición regulada en el artículo 20 o alguna de las causales de secreto o reserva que establece la ley”*.

Finalmente los artículos 20 y 21 de la Ley N° 20.285 establecen las excepciones en que puede fundarse el organismo para rechazar la petición de información<sup>47</sup>.

El problema se produce al encontrarnos por una parte frente a una norma vigente desde el año 1974, interpretada por la autoridad administrativa, y por otra parte, frente a disposiciones de la Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, vigente desde el año 2008. Lo anterior nos pone en la obligación de determinar el alcance de las referidas normas, en relación a la otra, lo que nos lleva necesariamente a formularnos las siguientes preguntas:

¿Hasta dónde el derecho de acceso a la información pública puede levantar el deber de reserva tributaria?

¿Cómo se concilia la amplitud que la autoridad tributaria le asigna al deber de reserva con las disposiciones de la Ley de Transparencia?

---

<sup>47</sup> Véase el análisis de la Ley 20.285 contenido en el Capítulo V del presente informe.

¿Son las excepciones de los artículos 20 y 21 de la Ley de Transparencia, fundamento para ampliar el deber de reserva?

#### **vii. Análisis especial**

Tal como ha quedado demostrado a través de los capítulos precedentes, nos encontramos frente a una colisión entre el derecho a la vida privada y el derecho de acceso a la información pública, siendo clave en esta discusión el alto nivel tecnológico que ha alcanzado el tratamiento de la información y el valor que se le asigna a los datos.

Ésta temática se encuentra vinculada con la incorporación de la idea de transparencia a nuestro ordenamiento jurídico, especialmente en su aspecto pasivo<sup>48</sup>. Hasta antes de la vigencia de éstas normas, el Estado y sus organismos se manejaban bajo un denominado manto de secretismo.

Si bien como lo sostienen algunos, la estructuración de la democracia se basa en la libertad de información y en el derecho a saber o “habeas data” hay una fuerte tendencia a mantener como fortalezas secretos de Estado, la que además se expresó durante la discusión de la Ley 20.050 y la Ley 20.285, sin que ésta vez haya primado.

Esta tendencia fortalece una tradición de secretismo, que se había constituido en parte fundamental de las culturas administrativas públicas y privadas, las que consideraban que la importancia de sus actos debía estar cubierta y protegida por

---

<sup>48</sup> Entenderemos por transparencia pasiva el procedimiento legal mediante el cual los órganos del Estado responden a los requerimientos de información de los ciudadanos.



un manto de secreto, aún cuando no hubiese bases legales para ello y éste tenga como único fundamento la costumbre.

Es claro que en Chile la tradición de secretismo es parte esencial de la cultura organizacional pública y constituye una costumbre que se impone sobre los usuarios y ciudadanos. Si bien concordamos en que hay ciertos ámbitos donde el secreto se justifica plenamente, la tendencia de la cultura organizacional pública chilena ha sido la de extender este secreto a áreas en las que no existe tal justificación.

En el conflicto actual encontramos diversos valores en conflicto, uno de los cuales está dado por el fortalecimiento del secreto del Estado y sus instituciones, frente a otro de dichos valores, consistente en el derecho de las personas a tener acceso libre a la información pública, y por último, el derecho a la privacidad de las personas ante el tratamiento de sus datos personales. La competencia es principalmente entre transparencia y secretismo, éste último en numerosas ocasiones se ha justificado en la protección de la esfera de la vida privada de las personas, sin ponderar adecuadamente el valor de garantía esencial en una sociedad democrática que corresponde al derecho de acceso a la información pública.

Tal como dijimos en la introducción del Marco Normativo, la reforma constitucional del año 2005 incorporó a nuestro ordenamiento jurídico los principios de probidad y de transparencia, al establecer que sólo puede excluirse información que afecte al interés nacional, la seguridad nacional o que afecte el cumplimiento de las funciones del organismo público, lo que sólo podrá establecerse en una ley de quórum calificado. Este es un gran cambio, considerando lo que había ocurrido en el año 1994 cuando se creó la Comisión

Nacional de Ética Pública<sup>49</sup>, que luego dio lugar a la Ley 19653, llamada de Probidad y Transparencia, que si bien estableció que las personas tenían derecho a solicitar información a los servicios públicos, a la vez creó una larga lista de excepciones y autorizó reglamentos que prohibieran esta entrega, haciendo prácticamente nula la eficacia de esta regulación en atención a sus fines.

Nos encontramos hoy día con normas que aseguran efectivamente la transparencia, y que obligan al Estado a entregar información cuyo acceso hasta antes de su vigencia, podía ser negado por los organismos públicos en virtud de las numerosas causales de reserva que podían disponer, a las que se sumaba un engorroso procedimiento judicial en caso de que el requirente de información deseara reclamar por la denegación de ésta.

Sobre este punto, compartimos los criterios del profesor Humberto Nogueira, cuando señala que el principio de transparencia, *“dice relación con el conocimiento de algo, que no es lo mismo que la publicidad. Desde este punto de vista, la publicidad se vincula más bien con la obligación del órgano que desarrolla la función de entregar al público los temas que son de relevancia pública. En cambio, la transparencia implica que la ciudadanía tiene derecho a reclamar esa información para que la actuación del órgano sea efectivamente legitimada desde el punto de vista de lo que es una sociedad democrática”*<sup>50</sup>.

Lo clave entonces es resolver ahora las preguntas antes formuladas que nos permitirán arribar a las conclusiones de este informe.

### **¿Hasta dónde el derecho de acceso a la información pública puede levantar el deber de reserva tributaria?**

---

<sup>49</sup> Decreto 423 de 1994 del Ministerio del Interior.

<sup>50</sup> Opinión extraída de la discusión de la Ley 20.050, en la que el profesor Humberto Nogueira expuso ante la Comisión de Legislación y Justicia.

En nuestra opinión, y atendiendo a la actual redacción del artículo 35 del Código Tributario, el Servicio de Impuestos Internos no puede – amparándose en el deber de reserva tributaria - negarse a entregar información que se encuentra en su poder, con excepción de la extraída de las declaraciones obligatorias de los contribuyentes que se refieran a la cuantía o fuente de las rentas y a las pérdidas, gastos o cualesquiera datos relativos a ella.

En este sentido deben primar las normas de la Ley 20.285 que establecen la obligatoriedad para los organismos públicos de entregar 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 contenidas en el artículo 21 de ésta ley.

Resulta relevante señalar en este punto, que si bien el Código Tributario no es una ley de quórum calificado, como lo exige el 8° de la Constitución, es igualmente válida como causal de reserva en virtud de las disposiciones transitorias de la Ley 20.285, en que se dispone:

*Artículo 1°.- 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 la Constitución Política.*

**¿Cómo se concilia la amplitud que la autoridad tributaria le asigna al deber de reserva con las disposiciones de la Ley 20.285 de Acceso a la Información Pública?**

Estimamos que la interpretación que el Servicio de Impuestos Internos le ha dado al deber de reserva excede los alcances que las nuevas normas sobre transparencia han establecido para todos los organismos del Estado, debiendo revisarse las mencionadas instrucciones.

**¿Son las excepciones de los artículos 20 y 21 de la Ley de Transparencia, fundamento para ampliar el deber de reserva?**

No obstante lo señalado, somos de opinión que el deber de reserva puede ampliarse en aquellos casos en los cuales puedan encontrarse incluidas algunas de las excepciones que el propio artículo 21 de la Ley 20.285 considera, y que fueron oportunamente analizadas.

Lo anterior, toda vez que existe consenso en que las causales de reserva o secreto de información establecidas por la Ley de Transparencia son, en general, razonables y se ajustan a los estándares que al efecto se observan en el derecho comparado.

Sin embargo, debemos tener presente que las referidas causales en gran parte constituyen “conceptos jurídicos indeterminados”, cuyo contenido y extensión requiere ser delimitado para su aplicación al caso en concreto.

Al respecto, es probable que un reconocimiento “débil” o restrictivo del derecho de acceso a la información extienda, injustificadamente, el ámbito de reserva de la

información; mientras que su reconocimiento “fuerte” lo constituirá en un mandato que obligue a su máxima realización posible.

Por eso, al igual como lo sostienen los autores Cristóbal Tello E., Marcelo Cerna G. y Andrés Pavón M.<sup>51</sup> somos de opinión que estas causales deberán ser interpretadas para cada caso particular y ponderarse adecuadamente los valores en contraposición: el acceso a la información versus el bien jurídico protegido por cada causal de reserva.

La interpretación de estos conceptos jurídicos indeterminados deberá ser restrictiva, conforme con el artículo 19 N° 26 de la Constitución Política de la Republica y los principios de apertura o transparencia, máxima divulgación y divisibilidad, consagrados en el artículo 11 de la Ley 20.285 de Acceso a la Información Pública.<sup>52</sup>

Este mismo principio fue recogido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando señaló que “el derecho a la libertad de pensamiento y de

---

<sup>51</sup> “Acceso a la información pública: los desafíos del Consejo para la Transparencia”, Anuario de Derechos Humanos N° 5 - 2009 – Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile./ pp. 193-204

<sup>52</sup> El principio de apertura o transparencia consiste en que 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. Por tanto, se invierte la carga de la prueba en favor del requirente de información, correspondiendo al órgano que niegue su acceso acreditar la causal legal de secreto o reserva en que se funda. Finalmente, por el principio de la divisibilidad, si un acto administrativo contiene información que puede ser conocida y a su vez contiene información que debe denegarse en virtud de causa legal, se mantendrá en reserva sólo aquella parte que se considera reservada.

expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado”<sup>53</sup>

Conforme con este pronunciamiento, señalan los autores mencionados, el Consejo deberá delimitar las causales de reserva considerando que “(...) *las restricciones que se impongan deben ser necesarias en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ser conducente para alcanzar el logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho*”<sup>54</sup>. Concordamos plenamente con éste criterio.

Para efectos de determinar la aplicabilidad de las causales de reserva, uno de los mecanismos que se utiliza mayoritariamente en la doctrina comparada es el denominado “*test de daño*”. Este *test* establece la obligación de la autoridad de demostrar que la divulgación de un determinado documento o información

---

<sup>53</sup> Corte IDH. *Caso Claude Reyes vs. Chile*, párr. 77.

<sup>54</sup> Corte IDH. *Caso Claude Reyes vs. Chile*, párr. 91. En igual sentido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Declaración sobre Libertad de Expresión (108º Período ordinario de sesiones, octubre, 2000) señaló que “[e]l acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas”. En similar sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que la restricción del derecho de acceso a la información debe ser “necesaria” para asegurar un fin legítimo, es decir, que el acceso a la información dañe sustancialmente o perjudique seriamente un interés protegido. Primando el carácter público de la información cuando en la revelación exista un interés superior al de su reserva. *Lingens v. Austria*, 8 de julio de 1986, solicitud N° 9815/82, EHRR 407. párr. 39-40.

produce o puede producir un daño específico a un valor o un derecho jurídicamente protegido. Por ejemplo, frente a una solicitud de entrega de un documento relativo a seguridad nacional, no es suficiente que el documento en cuestión trate materias de seguridad nacional para que en forma automática se le otorgue el carácter de reservado. En este caso, corresponde que la autoridad lleve a cabo una ponderación de los valores en conflicto, esto es, el derecho de acceso a la información pública frente a la seguridad nacional, de manera de poder determinar si con motivo del ejercicio del primero de ellos se dañará el segundo y que, como consecuencia de esa ponderación, corresponda aplicar una reserva temporal o no del documento solicitado.

La Ley 20.285 incorporó el *test* de daño como uno de los criterios para resolver la aplicación de las excepciones al principio de la publicidad. En efecto, el artículo 21 de la Ley 20.285 establece la posibilidad de negar el acceso a la información, ya sea total o parcialmente “*cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte...*”. Esta forma de calificar las excepciones a la publicidad de los documentos en la ley recoge la experiencia de países que cuentan con una desarrollada legislación en la materia como Irlanda, Canadá, Inglaterra y México.

En el caso de México, para efectos de precisar el estándar o criterio en la aplicación del test de daño, el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI), organismo similar al Consejo para la Transparencia, entregó lineamientos generales para la clasificación y desclasificación de información.

El IFAI intentó entregar mayor sustento técnico en la interpretación de la ley mediante la incorporación de elementos objetivos para la determinación del daño por difusión de información. Se estableció que el daño a los intereses establecidos en la ley debía ser “*presente, probable y específico*”. Sin embargo, la aplicación de este

estándar ha sido difícil. El IFAI ha tenido problemas en precisar el contenido específico de daño “presente”, “probable” y “específico”, y se ha limitado a reiterar lo establecido en la ley y en los lineamientos ya señalados, sin profundizar en los fundamentos y criterios necesarios para delimitar las causales de reserva.

En Inglaterra, la Ley de Libertad de Información establece 23 excepciones a la publicidad de la información, la mayoría de éstas sujetas al test de daño. Para efectos de fijar el estándar de daño que debe aplicarse a las causales, la legislación inglesa utiliza como criterio “la probabilidad” de que se genere el perjuicio. De esta forma, la autoridad llamada a aplicar este estándar deberá ponderar los valores en conflicto evaluando la probabilidad de que ocurra un daño al divulgar la información requerida. En este ejercicio deberían considerarse factores objetivos que permitan advertir la presencia de un perjuicio inminente y muy probable que justifique la excepción de publicidad.

Lo anterior es absolutamente consistente con lo señalado por Humberto Nogueira durante la discusión de la Ley 20.050<sup>55</sup> donde hizo hincapié en la importancia de establecer el significado de la expresión “información pública”.

Respecto del alcance del derecho a la información manifestó que éste *“recae sobre el asunto que corresponde a la cosa pública, a lo que es de interés común para todos; por lo tanto, hay que acotarlo, porque, una vez más, sobre esta materia operará el control de constitucionalidad, el cual se estructura en base a tres parámetros:*

---

<sup>55</sup> Dicha opinión fue recogida en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en mociones de los HH. Senadores señores Chadwick, Díez, Larraín y Romero, y de los HH. Senadores señores Bitar, Hamilton, Silva y Viera-Gallo, con las que inician sendos proyectos que introducen diversas reformas a la Carta Fundamental. Boletines N°s 2.526-07 y 2.534-07.



- a) *la legitimidad de la finalidad de la norma, porque la disposición legal, de acuerdo con el artículo 19, número 26.º, no puede afectar el contenido esencial de un derecho;*
- b) *en segundo lugar, el principio de proporcionalidad, vale decir, si el medio es adecuado y proporcionado al objetivo perseguido, pues si no lo es, puede ser declarado inconstitucional, y,*
- c) *finalmente, la razonabilidad de la norma, vale decir, si tiene un fundamento que sea coherente con el objetivo y el medio que se va a perseguir”.*

En vista de lo anterior se mostró partidario de delimitar el alcance del derecho a la información con el objeto de evitar los problemas de interpretación y aplicación de las disposiciones con posterioridad.

Asimismo, señaló que tanto los tribunales americanos como los europeos han declarado que las normas deben interpretarse de acuerdo con el sentido y alcance de lo que es una sociedad democrática, apuntando que el sentido del secreto y de lo reservado no es incompatible con la naturaleza y finalidad de una República y de una sociedad democrática.

Siguiendo esa línea argumental, es deber de los órganos sujetos al régimen especial de transparencia crear los mecanismos y procedimientos que aseguren el ejercicio de este derecho fundamental, excluyendo toda exigencia o requisitos que puedan obstruir o impedir su ejercicio.

## **VII. CONCLUSIÓN**

Lo primero que debemos señalar antes de formular nuestras conclusiones es que el análisis se ha hecho optando por el enfoque de derecho de acceso a la información

como derecho humano (en contraposición a la visión tradicional que lo comprendía como una mera herramienta de lucha contra la corrupción).

En este sentido y considerando que la tendencia mundial es a la información abierta y de fácil acceso para todos, es obligatorio que la información sea pública, ya que ello constituye una característica y condición de la democracia, debiendo en todo caso subordinarse a las normas expresas que establecen el secreto en aquellos casos que se justifican.

Bajo esa premisa, estimamos que el alcance del deber de reserva consagrado en el artículo 35 del Código Tributario debe ser interpretado restrictivamente, limitándose a la información que provenga de las declaraciones obligatorias de los contribuyentes que se refieran a la cuantía o fuente de las rentas ni las pérdidas, gastos o cualesquiera datos relativos a ellas, lo que debe entenderse sin perjuicio de la eventual aplicación de las causales de reserva establecidas en el artículo 21 de la misma Ley 20.285 y que pueden afectar a información de carácter tributario, particularmente por ser susceptibles de afectar a la esfera de la vida privada de las personas o a sus derechos de carácter comercial o económico..

Lo anterior debe complementarse necesariamente con el análisis casuístico que permita dirimir los casos en los cuales se requiera información del Servicio de Impuestos Internos, aplicándose los criterios de la propia Ley 20.285 para ordenar o no su entrega.

En este sentido, somos de opinión que una buena forma de evaluar los casos de solicitud de información que afecte a datos personales, sea el definir los tipos de información que maneja el Servicio de Impuestos Internos de acuerdo a las categorías establecidas en la Ley 19.628 y las formas en que las obtiene,

distinguiendo de acuerdo a la referida Ley 19.628 si los datos han sido recabados de fuentes accesibles al público o de fuentes no accesibles al público. Para estos efectos, resulta útil además la distinción que ha hecho la propia autoridad tributaria, que se contiene en documento<sup>56</sup> del Servicio de Impuestos Internos que distingue entre:

### ***1.2 Categorías de la información***

*Dentro de la información que la Administración Tributaria debe estar facultada para requerir a los contribuyentes, podemos distinguir tres tipos:*

***a) Información requerida en forma permanente.*** *Es información que mantiene la Administración Tributaria en sus bases de información y que constituye el núcleo básico de los procesos de fiscalización. Se compone básicamente de:*

*Información de identificación de los contribuyentes, que se ingresa en el inicio de actividades o alternativamente, cuando el contribuyente realiza acciones de interés tributario.*

*Datos provenientes de las declaraciones periódicas que deben ser entregadas por todos los contribuyentes, en las cuales ellos determinan su base de impuesto de acuerdo a las normativas establecidas.*

---

<sup>56</sup> La Capacidad Contributiva, Presupuesto Jurídico y Fundamento de la Tributación - Tema 3.1 El Acceso a la Información por la Administración Tributaria, Benjamín Schütz García, Subdirector de Fiscalización, Servicio de Impuestos Internos presentado en la Conferencia Técnica del Centro Interamericano de Administraciones Tributarias- CIAT efectuada en Sicilia, Italia, del 2 al 5 de octubre de 2000.

□ *Información adicional que deben proporcionar en forma periódica contribuyentes que, por sus características, ameritan un tratamiento especial. En el caso de Chile, esta información se refiere a Grandes Contribuyentes, Sectores Primarios y Exportadores.*

*Este tipo de información se debe actualizar periódicamente, debe ser de alta calidad y debe cumplir los requisitos de suficiencia, oportunidad, unicidad, etc., dado que es fundamental para realizar el control del grado de cumplimiento del contribuyente. Deben existir mecanismos simples y ágiles para su recepción y corrección, de forma que se facilite el cumplimiento y se apoye la entrega oportuna y de alta calidad. El envío de información por Internet, la existencia de procedimientos estructurados para la interacción con el contribuyente, los compromisos de tiempos de atención breves, son algunos ejemplos de mecanismos que se aplican en estos casos.*

**b) Información preparada.** *Esta categoría corresponde a aquella información que los contribuyentes deben mantener disponible para ser entregada o revisada por la Administración Tributaria en cualquier momento, en los plazos y con los requisitos que ésta ha establecido a través de normativas legales. En esta categoría está por ejemplo, la información contable, los libros de Compras y Ventas, inventarios, etc.*

**c) Información no-preparada.** *La Administración Tributaria debe tener facultades para solicitar otra información de interés tributario, que se genera producto de la actividad propia del*

*contribuyente y que no tiene el grado de estructuración y sistematización de los tipos descritos anteriormente.*

*Sobre la base de esta clasificación, el criterio es mantener en las bases de datos de la Administración Tributaria el primer tipo de información básica que es la que se requiere para determinar los posibles incumplimientos tributarios.*

*Respecto de las fuentes de donde se obtiene la información son tres: el propio contribuyente a través de la emisión de informes y las declaraciones de impuestos, los agentes informantes y los procesos que realiza la Administración Tributaria.*

*Dependiendo de la fuente, son las posibilidades que se le ofrecen al contribuyente y que se detallan a continuación:*

- a) Información presentada por el contribuyente.*
- b) Información presentada por agentes informantes.*
- c) Información obtenida como resultado de los procesos que realiza la Administración Tributaria.*

En virtud de lo expuesto, compartimos los criterios sostenidos por el Consejo para la Transparencia en la Decisión de Amparo N° A117-09 en la que resolvió que en el caso en cuestión “no se está vulnerando tal deber de reserva si se da acceso a la información solicitada, ya que en ningún caso se está refiriendo a la cuantía de las rentas, pérdidas, gastos, etc. ni a otra información de la señalada en tal norma y que el Servicio tiene deber de reserva.” Esta decisión se ha realizado interpretando de forma

restrictiva las causales de reserva, como lo venimos proponiendo, y además propendiendo a la máxima realización del derecho de acceso a la información pública, en tanto no colisione con otras garantías de aquellas que emanan de la esencia de la naturaleza humana.

\*\*\*\*\*

## Informe Jurídico

# "REGULACIÓN JURÍDICA DE LOS SISTEMAS DE TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES AL INTERIOR DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, Y SU ARMONIZACIÓN CON LA LEY 20.285 SOBRE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS".

**RENATO JIJENA LEIVA**

**Profesor de Derecho Informático PUCV**  
**www.jijena.com**

## SUMARIO

### INTRODUCCIÓN

### PARTE PRIMERA:

#### REGULACIÓN JURÍDICA DE LOS SISTEMAS DE TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES AL INTERIOR DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

- A. Normas jurídicas generales y especiales que regulan legalmente los sistemas de tratamiento de datos personales (STDP) en el Sector Público (referencia).....12
- B. Las disposiciones especiales de la ley 19.628 sobre tratamiento de datos personales y su aplicación a los servicios públicos de la Administración del Estado, devenidos legalmente en "*Responsables de Bases de Datos*".....18
  - 1. Contenidos esenciales de la ley 19.628 y su Reglamento.....18
  - 2. Un presupuesto esencial para el tratamiento de datos personales en los servicios públicos.....27
  - 3. El Título IV de la ley 19.628: "Del tratamiento de datos por los organismos públicos".....28

4.	Análisis de la competencia que el artículo 22 de la ley y su Reglamento le asignan al Servicio de Registro Civil. Acerca del rol "no fiscalizador" del Registro Civil.....	30
5.	Aplicación del artículo 4 a los servicios públicos.....	35
6.	El concepto de " <i>tratamiento de datos personales</i> " en los órganos de la Administración.....	39
7.	El concepto de " <i>fuentes accesibles al público</i> " aplicable al sistema de tratamiento de datos personales en el Sector Público.....	40
8.	Finalidad del tratamiento de datos personales.....	43
9.	Acerca del tratamiento de datos personales sensibles o personalísimos en los órganos de la Administración.....	43
10.	La institución del responsable del registro de la base o de los bancos de datos personales de los servicios públicos.....	44
11.	Obligación de secreto para los responsables de bases de datos de los servicios públicos.....	46
12.	Transferencia telemática o vía redes de datos personales, dentro de Chile y hacia el extranjero.....	47
13.	Gestión diligente y normas sobre responsabilidad del administrador o funcionario público "responsable" de la base de datos del servicio público.....	50
14.	Carácter personalísimo y limitaciones de Orden Público del ejercicio del derecho de acceso o habeas data del artículo 12 .....	51
15.	Regulaciones para la gestión de los servicios públicos desde la perspectiva de los " <i>Principios del Derecho de Protección de Datos Personales</i> " recogidos por la ley 19.628.....	57
16.	Regulaciones para la gestión de los servicios públicos desde la perspectiva de los " <i>Derechos para la Protección de Datos Personales</i> " recogidos por la ley 19.628.....	59
17.	Competencia de los servicios públicos para publicar datos personales patrimoniales y negativos de los ciudadanos en el sistema de información comercial vigente en Chile.....	61
18.	Modificaciones en curso a la ley 19.628. Cuadro comparativo con lo establecido por el Boletín 6120, a esta fecha en trámite parlamentario en la Cámara de Diputados.....	70
C.	Acerca de la naturaleza jurídica de los datos personales "RUN" y "RUT" y su tratamiento en los servicios públicos.....	78
D.	Dictámenes de la Contraloría General de la República respecto a convenios de intercambio de información " <i>entre servicios públicos y empresas privadas</i> ".....	84
E.	Convenios de intercambio de datos personales " <i>entre los servicios públicos</i> ".....	92



- F. Proyección de las normas sobre protección de datos personales de la ley 19.628 al ámbito de la red Internet. El Decreto Supremo N°100 y la regulación de las Políticas de Privacidad de los sitios web de los servicios públicos.....98
- G. Regulación jurídica de la seguridad de los STDP en los servicios públicos. Análisis del Decreto Supremo N°83, de 2005, y de las eventuales sanciones penales.....105
- H. Regulación jurídica del dato personal "*dirección de correo electrónico*", tanto "*de los ciudadanos*" como "*de los funcionarios públicos*".....115
- I. Sobre la no confidencialidad, privacidad e inviolabilidad de las comunicaciones sostenidas por los funcionarios públicos vía correos electrónicos corporativos o institucionales.....129
- J. Sobre la comercialización y venta de los datos personales de los ciudadanos realizada por los servicios públicos.....138
- K. Responsabilidad y competencia de Derecho Público para utilizar datos personales como mecanismos de autenticación para el acceso a los sitios web del Estado. Sobre las claves de acceso o password y las llamadas direcciones IP.....142
- L. Prevenciones sobre la legalidad del proyecto Plataforma Integrada de Servicios Electrónicos del Estado (PISEE).....150

## PARTE SEGUNDA:

### REGULACION DEL SISTEMA DE TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES Y UN INTENTO DE ARMONIZACION CON LA LEY 20.285.

- A. Normas constitucionales, políticas legislativas y conflictos jurídicos diversos. Una distinción esencial.....155
- B. Contenidos esenciales de la ley 20.285.....159
- C. Hipótesis de trabajo y/o planteamiento general acerca de la armonización jurídica. La protección legal del tratamiento de datos personales en los servicios públicos como una limitante al derecho de acceso a la información administrativa.....163
- D. La protección de los datos personales-sensibles de los ciudadanos es una excepción a las normas de transparencia activa del artículo 7° de la ley 20.285..... 170

- E. Invocación de los derechos contemplados en la ley 19.628, en especial del derecho de controlar, autodeterminar y autorizar el tratamiento de sus datos personales, como causa suficiente para que un tercero notificado en virtud del artículo 20 de la ley 20.285 se oponga a la solicitud de acceso a la información.....172
- F. Análisis del artículo 21 de la Ley de Transparencia y las causales de secreto o reserva establecidas en los números 2° y 5°, en concordancia con la ley 19.628.....179
- G. Acerca del rol preliminarmente asignado por el artículo 33 letra m de la ley 20.285 al Consejo de Transparencia.....184
- H. Acerca de la incompatibilidad entre el principio legal de la no necesidad de exigir expresión de causa o motivo para el solicitante y posible reclamante en sede de la ley 20.285, con los supuestos esenciales de la ley 19.628.....188
- I. Comentarios a algunos criterios jurisprudenciales del Consejo de Transparencia sostenidos a esta fecha en materia de protección de datos personales.....195

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

## INTRODUCCIÓN

1. El artículo 33 letra m) de la ley 20.285 del año 2008 -sobre acceso y transparencia de la información administrativa- estableció, dentro de las competencias del nuevo "Consejo de Transparencia", la obligación de velar por la aplicación y el cumplimiento de la ley 19.628 del año 1999 sobre el tratamiento o procesamiento electrónico -o manual- y la protección de *datos personales o nominativos*<sup>1</sup> en la gestión de los órganos de la Administración del Estado.

Esta segunda normativa, titulada en concreto "*sobre protección de la vida privada*" como consecuencia de un resabio de su tramitación parlamentaria, pero que no define los conceptos de vida privada, de privacidad o de intimidad -*los que a efectos de este Informe son considerados términos sinónimos pero que en doctrina poseen alcances diversos*<sup>2</sup>- y que se circunscribe sólo al ámbito del tratamiento de datos personales para asegurar el derecho al control y a la autodeterminación informativa que poseen sus titulares<sup>3</sup>, es el resultado de una Política Pública y de una filosofía radicalmente diversa a la de la ley de acceso y transparencia a los actos y documentos de la Administración<sup>4</sup>.

Al decir del artículo 1º, a la ley 19.628 se sujeta el tratamiento de los datos de carácter personal en registros o bancos de datos por organismos públicos o por particulares<sup>5</sup>. En este Informe se alude frecuentemente a la sigla "STDP", esto es, al *Sistema de Tratamiento de Datos Personales* que existe en toda corporación, servicio público, entidad o empresa.

---

<sup>1</sup> El artículo 2º contempla dos categorías, en relación de género a especie: (i) *los datos de carácter personal o datos personales*, que son los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables; y (ii) *los datos sensibles*, que son aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, "tales como" -dice la ley- los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual.

<sup>2</sup> El artículo 2º letra g) de la ley 19.628, cuando define lo que son los datos sensibles, alude a los hechos o circunstancias de "*la vida privada o intimidad*" de las personas.

<sup>3</sup> La primera Moción senatorial era un proyecto más amplio, sobre protección civil de la privacidad en el caso de intromisiones ilegítimas, y luego de su paso por la Cámara se limitó al tema del procesamiento computacional o del tratamiento informático de los datos personales, sin que su título inicial fuera modificado.

<sup>4</sup> Se le ha denominado (en el número 4 del artículo 1º de la ley 20.285), por sus contenidos, la "*Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado* -en adelante ley de acceso y transparencia-, y se mencionan como aspectos concretos esenciales de ella (i) *las normas sobre transparencia activa*, (ii) *la regulación de la transparencia pasiva o del ejercicio del derecho de acceso* -que no es el Habeas Data de la ley 19.628, y (iii) *la perspectiva orgánica o la creación del Consejo de Transparencia*.

<sup>5</sup> La excepción está dada (según el mismo artículo) por el tratamiento que se efectúe en ejercicio de las libertades de emitir opinión y de informar, que se regulará por la ley a que se refiere el artículo 19 N°12 de la Constitución Política.

Ergo, al ser subsumida la aplicación de la ley 19.628 dentro de la competencia de Derecho Público del Consejo de Transparencia, lo que no está exento de generar las distorsiones que se analizan en la Parte Segunda de este Informe, lleva necesariamente a visualizar que al dedicarse a cumplir con el cometido el órgano de la transparencia y el acceso deviene -preliminarmente- en un garante de la intimidad de los ciudadanos, tanto en cuanto -la intimidad o privacidad- datos personales "*tratados*"<sup>6</sup> computacionalmente por los servicios públicos.

Porque, como ha dicho un autor recientemente, uno de los desafíos del Consejo en la aplicación de la ley de acceso y transparencia es el de "*generar criterios y mecanismos que puedan ser utilizados por los diversos órganos de la Administración del Estado para proteger la privacidad de terceros*"<sup>7</sup>.

2. Todo Servicio Público, exclusivamente para cumplir sus funciones, requiere administrar y procesar computacionalmente antecedentes personales o nominativos de sus nacionales. Se requiere, por ejemplo, que el Estado pueda conocer sus rentas y su situación familiar para asignarse subsidios, pensiones o beneficios de educación, sus datos de salud para fijar políticas públicas asistenciales, sus domicilios para ser notificados o determinar donde les corresponde votar, sus propiedades para aplicarles el impuesto territorial, o las importaciones y exportaciones que realizan las empresas para el cobro de aranceles aduaneros<sup>8</sup>.

Son adecuadas las constataciones que se han hecho<sup>9</sup> en cuanto a que el Estado es el principal tenedor de información personal (posee lo que la ley 19.628

---

<sup>6</sup> Como veremos, la expresión "*tratamiento*" de datos personales está definida legalmente en Chile desde el año 1999, y es mucho más amplia que la referencia a las operaciones de recogida, procesamiento y almacenamiento de antecedentes nominativos. Legalmente, la expresión *tratamiento* alude a cualquier operación o complejo de operaciones o procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permitan recolectar, almacenar, grabar, organizar, elaborar, seleccionar, extraer, confrontar, interconectar, disociar, comunicar, ceder, transferir, transmitir o cancelar datos de carácter personal, o utilizarlos en cualquier otra forma.

<sup>7</sup> (SOTO VELASCO)2009

<sup>8</sup> Se ha mencionado la existencia, en este sentido, de "*...una tensión entre las necesidades de la gestión pública, sobre todo una gestión moderna estructurada en torno a las necesidades de los servicios públicos que requiere conocer a sus usuarios, con la necesaria protección de la privacidad de las personas ante el poder público*". Pero efectivamente, si "*...tener información detallada de las personas es tremendamente valioso*" ello "*...no implica que sea necesario poder individualizar a las personas, sino simplemente contar con datos innominados para evaluar el impacto de políticas públicas y para la investigación académica*", de manera que sea posible "*...medir la pertinencia de los subsidios, del sistema de protección social u otros instrumentos del Estado que implican importantes gastos y que requieren evaluaciones rigurosas sobre los efectos que han tenido en la población objetivo específica*".

<sup>9</sup> Véase la URL <http://protecciondedatospersonales.cl/2009/11/16/proteccion-de-datos-en-el-xiii-congreso-de-derecho-informatico/> la exposición de la abogada Romina GARRIDO.

denomina "*registros, recopilaciones o bancos de datos*"<sup>10</sup>), ya que, efectivamente, (i) por razones de planificación, gestión y orden público, almacena y registra hechos y documentos que constituyen información personal de los ciudadanos; (ii) porque el Estado realiza tratamiento de datos personales sin necesidad de autorización expresa de los ciudadanos titulares sino por mandato legal, (iii) porque se requiere manejar y procesar información nominativa al elaborarse Políticas Públicas y al desempeñar sus funciones los servicios públicos; y, (iv) porque el Estado trata o procesa electrónicamente datos sensibles como los antecedentes de salud.

**3.** A la normativa del "*Derecho Público*" le corresponde establecer "*límites*" y "*restricciones*". Los primeros, para que no se vulnere la intimidad de las personas cuyos datos se procesan. Las segundas, para que sólo se usen los datos personales dentro de la competencia exclusiva de los servicios públicos y para sus fines específicos.

Resulta procedente hablar de la regulación jurídica de los "*Sistemas de Tratamiento de Datos Personales o STDP en el Sector Público*", porque conceptualmente -en sede de la Teoría General de Sistemas- existen diversos componentes que conforman un todo cuando los órganos de la Administración utilizan las herramientas de la informática y de la telemática para gestionar los antecedentes nominativos de los ciudadanos y, en definitiva, cumplir sus fines promocionales y asistenciales.

Pero el marco normativo de los STDP no se circunscribe sólo a la ley 19.628, sino que se extiende -por ejemplo- a la regulación de convenios de intercambio de datos, se proyecta a las realidades de la red Internet, y exige la adopción de mecanismos idóneos de seguridad de sistemas por parte de los servicios públicos que, en su calidad legal de "*responsables de bases de datos*"<sup>11</sup>, siempre deben ser diligentes.

**4. En la Parte Primera de este Informe**, la mas extensa, se analiza -creemos sin omisiones importantes- todo el marco normativo relacionado con el tratamiento de datos personales por los servicios públicos de la Administración, en base incluso a casos concretos, recogiendo estudios cualitativos y cuantitativos ya realizados y analizándose fallos de los tribunales.

---

<sup>10</sup> Dice el artículo 2° letra m), que registro o banco de datos es *el conjunto organizado de datos de carácter personal, sea automatizado o no y cualquiera sea la forma o modalidad de su creación u organización, que permita relacionar los datos entre sí, así como realizar todo tipo de tratamiento de datos*. Luego, a modo de sinónimo, el artículo 11 alude a "*registros o bases*" de datos. En Teoría General de Sistemas un "*banco*" de datos es un "*conjunto de bases de datos*".

<sup>11</sup> El artículo 2° letra n) dispone que n) *el responsable del registro o banco de datos es la persona natural o jurídica privada, o el respectivo organismo público, a quien compete las decisiones relacionadas con el tratamiento de los datos de carácter personal*.

Son diversas las normas legales generales y especiales, reglamentarias y administrativas que, sumadas a Dictámenes de organismos fiscalizadores como la Contraloría General de la República, han configurado un marco de Derecho Público dentro del cual deben desempeñarse los órganos del Estado.

Si bien es cierto el énfasis del análisis se pone en la ley especial N°19.628 de 1999 (acápito "B"), que regula a los servicios públicos en su calidad de "*responsables de bases de datos*" nominativos de los ciudadanos y de sus propios funcionarios, a partir de ella se realiza el cruce con todas las otras normas relacionadas.

Así y con este objetivo: (i) se encuadra en la ley 19.628 la regulación legal de los datos llamados "RUN" y "RUT"; (ii) se analizan los convenios de intercambio, cesión o comunicación de información nominativa entre servicios públicos o entre éstos y empresas particulares, dictaminados en cuanto a su validez por la Contraloría General de la República; (iii) se proyecta la problemática del tratamiento de datos personales de los ciudadanos al uso de la red Internet, lo que lleva a revisar el Decreto Supremo N°100; (iv) se analiza el marco normativo relacionado con la seguridad que deben observar los servicios públicos en la gestión de los STDP, y un Decreto N°83 que complementa lo establecido en la ley 19.628; (v) se estudia la regulación legal del dato personal "*dirección de correo electrónico*", tanto de los ciudadanos como de los funcionarios públicos, donde los primeros no pueden ser utilizados con fines de *spam*, y la problemática relacionada con la supuesta privacidad o confidencialidad de las comunicaciones de los funcionarios en base a sus casillas de correo institucionales; (vi) se revisa someramente la posibilidad cierta de que, mediando facultades legales expresas, se comercialicen datos personales de los ciudadanos; (vii) se estudia la opción de generarse bases de datos personales para implementar mecanismos de autenticación de los ciudadanos que se conecten en línea a los servidores de la red Internet de los servicios públicos, como así mismo, las consideraciones sobre la confidencialidad de las llamadas direcciones IP de los ciudadanos -que también poseen la naturaleza de datos personales-; y, (viii) se formulan algunas prevenciones respecto a la falta de sustrato legal que a esta fecha se observa para la llamada PISEE o Plataforma Integrada de Servicios Electrónicos del Estado.

**5. En la Parte Segunda del Informe** se intenta conciliar todo el marco normativo de los STDP con las disposiciones y contenidos de la ley 20.285, con el criterio transversal a todos los acápites del Informe que deriva de entender que el tratamiento de los datos personales de los ciudadanos es y debe ser, jurídica, constitucional y legalmente, una limitante al ejercicio del derecho de acceso a los actos, contratos, documentos, resoluciones y procedimientos de la Administración del Estado.

(i) Se analizan en forma comparada, en primer lugar, las normas constitucionales, las políticas legislativas y los conflictos jurídicos que pueden

presentarse, tanto en sede de protección de datos personales como en el ámbito de la ley de acceso y transparencia; (ii) se consignan los contenidos esenciales de la ley 20.285, de cara a su relación con el tratamiento de datos personales; (iii) se formula y se argumenta acerca de la hipótesis central de trabajo de la Parte Segunda del Informe, a saber, que la protección legal de los STDP es una limitante al derecho de acceso a la información administrativa; (iv) se analiza la excepción a la transparencia activa del artículo 7° de la ley, constituida por los datos personales sensibles o personalísimos; (v) se estudian los derechos contemplados para los titulares de los datos personales en la ley 19.628, visualizados como motivo o causa suficiente para que un tercero notificado en virtud del artículo 20° de la ley 20.285 se oponga válida y fundadamente a la solicitud de acceso; (vi) se analizan las causales de secreto o reserva de los números 2° y 5° del artículo 21, siempre en concordancia con la ley 19.628; (vii) se analizan los alcances del rol y de la competencia otorgada al Consejo de Transparencia por el artículo 33 letra m) de la ley 20.285; (viii) se discurre luego acerca de la incompatibilidad entre el principio de la no exigencia de motivo o causa en las solicitudes de acceso de la ley 20.285, con los supuestos esenciales de la ley 19.628; (ix) y se termina esta Parte Segunda del Informe con la revisión de los criterios sostenidos por el Consejo de Transparencia en algunos Dictámenes de Amparo relacionados con datos personales.

6. Al final de esta introducción, algunas breves consideraciones "*meta-jurídicas*".

La regulación jurídica del sistema de tratamiento o procesamiento electrónico de datos personales que existe para los servicios públicos es un tema relevante, que también -desde el conocimiento de la realidad práctica- ha sido desperfilado por juristas y medios de prensa. Se ha sugerido que los servicios públicos participarían en un verdadero tráfico de datos personales en conjunto con empresas particulares, olvidándose que los órganos del Estado persiguen fines de orden público y que requieren de procesar y acceder a datos sobre los chilenos sólo para el cumplimiento de sus fines promocionales y asistenciales. Se ha olvidado además, que los servicios públicos actúan con total transparencia y sin anonimato, con lo cual no cabe incluirlos en el "*mercado negro*" en el que si operan las empresas particulares proveedoras y distribuidoras de información, no registradas ni fiscalizadas debido a las omisiones, limitaciones y falencias de la ley 19.628.

Desde Septiembre del año 2009 ONG chilenas como *Proacceso* iniciaron un proceso sistemático de apariciones en los medios de prensa, mediante entrevistas, columnas y cartas al director que apuntaban a cuestionar la regulación y las prácticas relacionadas con tema del procesamiento de datos personales en el sector público, en particular en el Servicio Electoral de Chile. La ONG aspira -con bastante fundamento- a posicionar el debate como Política Pública, poniendo de relevancia el nuevo rol asignado en el artículo 33 letra m) de la ley 20.285 y en

el proyecto de ley del Boletín 6120 -que apunta a modificar la ley 19.628- al Consejo de Transparencia<sup>12</sup>.

Pero ella no visualizó:

(i) Que en Chile ningún servicio público procesa datos personales en forma secreta, y que todos deben hacerlo en forma diligente, leal y lícita y sólo para cumplir sus fines promocionales y asistenciales, bajo apercibimiento de aplicárseles las responsabilidades objetivas de Derecho Público que establece la Ley General de Bases de la Administración del Estado;

(ii) Que para el sector público no se requiere un registro obligatorio de responsables de bases de datos porque todos saben que todos los servicios públicos tratan datos de los ciudadanos, y cualquier personas respecto de cualquier servicio público puede ejercer el Habeas Data del artículo 12 de la ley 19.628, sin que se enfrente al anonimato o a la clandestinidad de los responsables de las bases de datos;

(iii) Que la competencia asignada en esta materia al Registro Civil para solo llevar un listado era innecesaria, fue mera burocracia y no importaba una medida de fiscalización de aquellas que le son propias a los entes en el Derecho Comparado que fiscalizan a los órganos registrados, tanto a los públicos como a los particulares dedicados al tratamiento de datos personales<sup>13</sup>;

---

<sup>12</sup> En el mes de Diciembre del 2009 ha vuelto a insistir en sus denuncias, nuevamente en torno a la falta de los servicios públicos no anotados en el Registro Público del artículo 22, pero esta vez con una referencia nueva a la falta de seguridad tecnológica en la administración de los sistemas de tratamiento de datos personales de los servicios públicos, respecto a lo cual, demostrando no conocer el Decreto Supremo 83, afirmó que no existían políticas claras ni normas técnicas sobre las reglas de seguridad que se debieran seguir en el manejo de las bases de datos. Véase la URL <http://diario.elmercurio.cl/2009/12/28/nacional/politica/noticias/b2e65221-d7a4-4480-915b-ccd75c7eede2.htm>

<sup>13</sup> Aún así, la ONG realizó un estudio e informe a partir de un cuestionario de siete preguntas enviado durante el mes de septiembre a los servicios públicos, que involucró a 164 servicios, programas o beneficios de los ministerios de Vivienda, Salud, Educación, Trabajo y Planificación, y el Servicio Nacional de la Mujer, y dentro de sus conclusiones constató: (i) que el 97% de 164 servicios públicos vulneraba la norma de protección de datos personales, porque ellos no entregan los antecedentes que exigen el artículo 22 de la ley 19.628 y su Reglamento al Registro Civil, lo que impediría -según ellos- conocer la información que maneja el Estado sobre los ciudadanos; y, (ii) que sólo el 3% de las reparticiones dependientes de los ministerios sociales tienen inscritas las bases de datos con información de ciudadanos que usan en sus entidades. La ONG calificó como "*un panorama preocupante*" el que exista un escaso cumplimiento de la ley sobre protección de datos y vida privada, porque de los 50 servicios que respondieron formalmente hubo 39 que reconocieron tener bases de datos personales, y de éstos solamente 5 han cumplido con su deber de registrarlas ante la entidad correspondiente, que es el Registro Civil.



(iv) Que la importancia de un registro obligatorio surge para evitar el anonimato en el tráfico de datos personales realizados por los *list brokers* en el sector privado, que son los que operan sólo con fines de lucro, sin autorización, en forma quizás no leal y quizás ilícita; y,

(v) Que esta omisión de la ley de 1999 no fue casual, porque bajo el pretexto de "*no ser burocráticos*" y aprobar una ley para lo cual no se contaba con el patrocinio del Ejecutivo de la época -facultado por la Constitución en forma exclusiva para generar las instancias orgánicas y de fiscalización en la Administración-, el Congreso Nacional se apartó radicalmente de lo que regulaban los dos modelos mencionados como esenciales de la ley 19.628, a saber, la ley de Francia de 1978 y la de España de 1992.

## PARTE PRIMERA

### REGULACIÓN JURÍDICA DE LOS SISTEMAS DE TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES AL INTERIOR DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

#### A. Normas jurídicas generales y especiales que regulan legalmente los sistemas de tratamiento de datos personales (en adelante indistintamente referido como "STDP") en el Sector Público (referencia).

1. Todo órgano de la Administración del Estado procesa datos personales o nominativos, públicos o secretos -así calificados por ley-, sobre personas naturales o jurídicas, nominados e innominados o estadísticos, que son recopilados o generados, procesados, almacenados y transmitidos en el ejercicio de sus funciones y competencias legales.

(i) Por *información estadística* deben entenderse aquellos datos recopilados o generados que por su naturaleza no permiten individualizar a los ciudadanos, sean personas naturales o jurídicas; (ii) por *información innominada*, aquel conjunto de datos reales que se independizan de toda identificación o caracterización del administrado porque son disociados; y, (iii) por *información nominativa o datos personales*, a aquellos que nominada e individualmente permiten determinar con precisión los antecedentes personales de los ciudadanos, tales como los llamados "*datos de identificación del sujeto*" -RUT, nombre, dirección, comuna, teléfono, fax o email-.

Las normas legales generales y particulares vigentes en Chile están llamadas a regular y a determinar los parámetros constitucionales y administrativos para el tratamiento y/o procesamiento computacional de los datos y de la información sobre los ciudadanos, que a un servicio público le compete recopilar, procesar, almacenar, generar y difundir en el cumplimiento de sus funciones públicas y únicamente en este ámbito.

Si como se sostiene y fundamenta en este Informe las bases de datos de los servicios públicos no pueden ser calificadas como fuentes públicas de información susceptibles de ser accesadas por cualquier particular, empresa o servicio público, en cualquier tiempo y en forma gratuita, *salvo en condiciones y circunstancias excepcionales como por haberlo establecido una ley general o por ordenarlo una resolución judicial*, un órgano de la Administración sólo debiera permitir el acceso a los antecedentes o datos personales que recopila, procesa y genera: (i) a los servicios públicos, a los tribunales y a las entidades facultadas por ley; y, (ii) a los propios ciudadanos titulares y propietarios de los antecedentes

-personas naturales o jurídicas- a quienes se refieran o aludan, únicos requirentes frente a los cuales siempre puede hablarse de la existencia de una obligación legal -o carga pública- de entrega de información nominativa.

En la Segunda Parte del Informe se analiza en extenso cuáles son las particularidades generadas por la ley 20.285, que en síntesis y al momento de intentar conciliar, armonizar o equilibrar con ella la normativa anterior sobre tratamiento de datos personales -no sólo la ley 19.628-, y no obstante los objetivos de transparencia y publicidad de los actos, contratos, documentos, resoluciones y procedimientos que le son propios, sus disposiciones y las Políticas Públicas que las inspiran no pueden ser entendidas como el desconocimiento de la normativa legal que ampara y regula el tratamiento de datos personales.

La existencia de una específica causal de reserva o secreto, como la del artículo 21 N°2 que alude a la esfera privada de un ciudadano, es un ejemplo que demuestra lo contrario.

Toda evaluación por un servicio público para proceder a la entrega de información nominativa, que le pertenece a los ciudadanos y que sólo posee como mero tenedor para cumplir sus fines promocionales y asistenciales, siempre debiera considerar:

(i) La naturaleza concreta de los requirentes<sup>14</sup>;

(ii) La naturaleza de la información solicitada (v.gr. pública; privada, secreta o reservada<sup>15</sup>; nominativa; estadística o disociada; relacionada; etcétera);

---

<sup>14</sup> Esto, por cuanto las solicitudes o requerimientos de información nominativa pueden ser provenientes de diversas entidades, públicas y privadas, y personas jurídicas o naturales. En atención a su naturaleza, los solicitantes de información o datos personales *por ejemplo pueden ser*: (i) el titular respecto de sus propios antecedentes que lo individualizan e identifican; (ii) un ciudadano respecto de los antecedentes de terceros o ciudadanos distintos del petionario; (iii) los tribunales de justicia; (iv) otro servicio público para el adecuado cumplimiento de sus fines y actuando dentro de su competencia; (v) una empresa comercial de información sólo con fines de lucro; o, (vi) una empresa que excepcionalmente y por motivos calificados haya suscrito previamente un convenio de intercambio de información.

<sup>15</sup> Así por ejemplo, la situación más conocida e importante de información sujeta a secreto o reserva es el inciso segundo del artículo 35 del Código Tributario establece, para todos los funcionarios -sin excepciones-, la obligación de no divulgar, en forma alguna, la cuantía o fuente de las rentas y el capital efectivo de un contribuyente, ni las pérdidas, gastos o cualquier dato relativo a ellas, que figuren en las declaraciones obligatorias presentadas por los ciudadanos. Agrega que los funcionarios no podrán permitir que las declaraciones, sus copias o los libros o documentos que contengan extractos o datos tomados de ellas sean conocidos por persona alguna ajena al servicio.

(iii) Si existe -o no- una obligación expresa establecida por ley para proceder a la entrega de la información<sup>16</sup>; y,

(iv) "*La finalidad de los requerimientos de datos o información personal*", por cierto, una de las diferencias esenciales con los presupuestos de la ley 20.285, que cuando nos trasladamos al ámbito del acceso y transparencia a la información administrativa (que documentalmente puede comprender o referirse a datos personales), expresamente prescinde de la exigencia de motivo o causa en una solicitud.

Y para este análisis, pero desde la perspectiva jurídica, toda evaluación para proceder a la entrega de información nominativa deberá considerar los siguientes criterios o niveles:

1°, *Estudiar la procedencia o no teniendo presente lo que establezcan normas legales generales de Derecho Público y Administrativo, como la Ley General de Bases de la Administración del Estado*. Así por ejemplo, en el caso que los requerimientos provengan de un servicio público, y en orden a contribuir con los restantes entes de la Administración del Estado en la prestación de los servicios públicos, por regla general el órgano de la Administración apoyará su gestión, toda vez que rige en este ámbito el principio de actuación coordinada de los Órganos de la Administración del Estado establecido en el artículo 5° de la ley 18.575<sup>17</sup>;

2° *Considerar lo que dispongan normas legales especiales o relacionadas con la naturaleza específica de la gestión del servicio público, como sus propias leyes orgánicas*. Por cierto, tratándose de servicios públicos habilitados especial y expresamente por ley para acceder a la información del órgano de la Administración, y sin que ello implique desconocer el mandato de la ley, siempre debiera suscribir con tales servicios un convenio que determine las modalidades operativas y las concretas medidas de seguridad mediante las cuales se apoyará la gestión del órgano y se cumplirá con el mandato legal; y,

---

<sup>16</sup> Un ejemplo de cuando el requirente es un servicio público facultado legalmente, lo encontramos en el artículo 2° letra i) de la ley 19.913 del año 2003, que al crear la UAF o Unidad de Análisis Financiero la asignó competencia para acceder a la información y a los antecedentes en poder de otros organismos públicos, pero con restricciones: que se trate de la revisión de una operación sospechosa previamente reportada a la UAF o detectada por ella en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de información legalmente sujeta a secreto o reserva.

<sup>17</sup> No obstante que se tenga presente la importancia de colaborar con los servicios públicos apoyando su gestión con el acceso a la información que les sea de utilidad, siempre debiera evaluarse que la solicitud de dicha información sea precisamente para el cumplimiento de los fines públicos que sean de su competencia y no por otras razones o para otros fines, porque lo que establece la LGBAE no es un derecho absoluto y posteriormente no podría excusarse el órgano requerido de no haber sido diligente en la aceptación de la solicitud.

3°, *Revisar luego lo que dispongan normas especiales como la ley 19.628 sobre tratamiento de datos personales<sup>18</sup> y la ley 20.285 sobre transparencia y acceso a la información administrativa<sup>19</sup> -si es que este fuera el contexto específico de la solicitud, porque los datos solicitados se contienen en un acto, contrato, resolución o documento administrativo-;*

La consecuencia de actuar en conformidad a estos criterios jurídicos es que podrá determinarse -siempre- la naturaleza posible de los datos o de la información que se esté solicitando; *la competencia del servicio público para "tratar", procesar, almacenar, generar o difundir los datos personales sobre los ciudadanos<sup>20</sup>*; la naturaleza de la entidad que solicita información y los fines con que se hace; y, por último, incluso la determinación si es conveniente o no *-lo que implica un análisis de mérito ineludible para el órgano de la Administración cuando se trata de la gestión diligente de datos personales-* para los fines y funciones del servicio público y de la Administración del Estado el entregar o no determinada información nominativa.

2. Todo órgano de la Administración debe tener presente que los ciudadanos poseen los mecanismos legales para controlar el uso respecto de los datos personales o nominativos que los individualicen, y que cualquier particular puede presentar una denuncia ante los Tribunales o ante la Contraloría General de la República. Tal derecho de petición está consagrado -de manera general- en la Constitución, en la Ley de Bases de la Administración del Estado y -ahora en concreto y de manera especial- en el artículo 12 de la ley 19.628 y -desde el año 2008 pero sólo en cuanto se pida el acceso a actos, contratos o documentos del Estado y lo haga el propio titular de los datos personales- en el artículo 10° de la ley 20.285<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> Así por ejemplo, si lo que está en juego es la petición de los antecedentes de salud de los chilenos que tienen Sida al Ministerio respectivo, debe entenderse que el artículo 10° de la ley 19.628 establece que los datos sensibles no pueden ser tratados si una ley no lo autoriza, y cuando la Ley Orgánica del Ministerio lo permite para sus funciones de un servicio público que actúa dentro de su competencia, ello no significa que los datos sobre los enfermos de Sida pueden ser transferidos o comunicados a terceros libremente, si es que esa no es una de las específicas competencias establecidas por ley para este órgano determinado.

<sup>19</sup> En el mismo ejemplo de la petición de los antecedentes de salud de los chilenos que tienen Sida al Ministerio respectivo, en conformidad al artículo 21 N°2 de la ley 20.285 se trataría de información sujeta a secreto o reserva por ser parte de la esfera privada de las personas.

<sup>20</sup> En el cumplimiento de las funciones de su competencia de Derecho Público, el órgano público sólo puede recibir y procesar o generar información sobre los ciudadanos en la medida que una norma legal expresamente lo faculte al efecto, información nominativa que -por cierto- es recibida por diversos canales, tales como declaraciones en papel y electrónicas, llenado de formularios, solicitudes de beneficios sociales, etcétera.

<sup>21</sup> Esto, con las particularidades o complicaciones que derivan que esa ley permite que cualquiera y no sólo un titular de datos solicite el acceso respecto de sus propios antecedentes personales, y que además lo puede hacer sin expresar motivo o causa. Debe concluirse la negativa de la solicitud en sede de la ley 20.285, es nuestro parecer, si los datos personales no los pide el propio titular y si se piden sin expresión de causa o motivo.

En su calidad de responsable de las bases de datos en las que se procesa, almacena y genera información, un servicio público debe dar cumplimiento cabal a todo requerimiento que una persona natural -titular de los datos- haga invocando como fundamento el derecho de acceso a antecedentes personales o datos nominativos que lo identifican, a que aluden los artículos 12 y 16 de la ley 19.628, sobre tratamiento de datos personales.

El ciudadano-persona natural podrá solicitar información sobre la procedencia de los datos almacenados, el propósito de dicho almacenamiento, la identidad de los posibles destinatarios a los cuales los datos se les transmitan regularmente. Consecuencialmente, podrá pedir que ellos sean corregidos, actualizados, eliminados o bloqueados, salvo que con la petición se impida o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones del servicio público, se afecte la reserva o secreto establecidas legalmente, o se afecte la seguridad de la nación o el interés nacional.

**3.** Existen pues, como se ha referenciado, una serie de *normas legales generales y particulares, reglamentarias, administrativas y Dictámenes de la Contraloría General de la República* relacionados con la gestión de sistemas informáticos, de bases de datos personales, de servidores y de redes telemáticas abiertas (como Internet) o cerradas (como las Intranet o las redes VAN que operan en materia aduanera), que en su conjunto determinan la competencia, las obligaciones y la responsabilidad específica de un órgano de la Administración del Estado en materia de tratamiento informático y/o telemático de datos personales.

Por cierto, el conjunto de las normas que habilitan y regulan el procesamiento electrónico de datos personales sobre los ciudadanos (personas naturales o jurídicas) son leyes que facultan a los servicios públicos para tratarlos sin el consentimiento expreso previo del titular, o desde ya, sin que se requiera la autorización previa de los titulares de los datos personales. Y esto, únicamente para posibilitar que ellos cumplan sus fines promocionales y asistenciales y para velar por un interés superior de Orden Público que los convoca y preside, porque de tratarse o procesarse los datos personales o nominativos de otra forma, surgirán las diversas responsabilidades que este Informe analiza en detalle y dentro de diversos contextos específicos.

Por lo mismo, determinar los criterios jurídicos aplicables, los deberes, las limitaciones y las responsabilidades de los funcionarios públicos por un lado, y los derechos de los ciudadanos por el otro, no se logra sólo con el análisis del articulado de la ley 19.628.

Ellas, las normas legales generales y particulares, reglamentarias y administrativas referidas por ejemplo a la seguridad de sistemas, a la mantención de repositorios documentales, o al uso de la red Internet y de páginas WEB, en cuanto incidan en la gestión informática ajustada a derecho y diligente de los datos personales de los ciudadanos que por su naturaleza pueden ser tratados

computacionalmente por uno o más servicios públicos, también configuran y/o determinan lo que en el Título IV de la ley 19.628 el artículo 20 califica como "*las materias de su competencia*" exclusiva<sup>22</sup>.

Así, en concreto y por ejemplo, cuando el artículo 33 letra m) de la ley 20.285 establece que el Consejo de Transparencia debe velar por el cumplimiento de la ley 19.628 al interior de la Administración del Estado, por aplicación de un Decreto Supremo N°100 del año 2006 la competencia de vigilancia o tutela se extiende a la definición que se haga de las Políticas de Privacidad respecto de los datos personales de los ciudadanos disponibles, accedidos, recopilados y registrados mediante los sitios web de los servicios públicos.

Pudiera entenderse que la promulgación de estas normas obedece a una Política Pública previamente determinada. Ello, porque algunos documentos marco de lineamientos de la gestión del Estado han hecho referencia al problema del tratamiento de datos personales.

Es el caso, en el contexto del gobierno electrónico y de la modernización del Estado, que a comienzos del año 2007 se retomó parcialmente el tema de la protección de los datos personales de los ciudadanos que son procesados o "*tratados*" computacionalmente por los servicios públicos. Concretamente, se hizo en el Marco de un *Instructivo Presidencial N°001 que creó el Comité de Ministros para el Desarrollo Digital*, cuya finalidad esencial es la de coordinar, implementar y hacer el seguimiento de una Agenda Digital<sup>23</sup>.

En términos específicos, uno de los objetivos iniciales encomendados al Comité fue el de diseñar y consensuar un *Plan Estratégico Nacional en TICs* y una *Política de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones (PTIC)*. A este respecto, se consignó en el Instructivo Presidencial que la Política debía atender problemas sociales y económicos derivados del avance de las tecnologías de la información que no habían sido considerados adecuadamente, o que habían mostrado ser obstáculos importantes para el crecimiento tecnológico de los países desarrollados. Y se señaló, como uno de los ejemplos de problemas sociales, a "*los derivados de ambigüedades en torno a la privacidad y seguridad de los datos personales procesados y almacenados en medios digitales*".

---

<sup>22</sup> Título IV; Del tratamiento de datos por los organismos públicos; Artículo 20: "*El tratamiento de datos personales por parte de un organismo público sólo podrá efectuarse respecto de las materias de su competencia y con sujeción a las reglas precedentes. En esas condiciones, no necesitará el consentimiento del titular*".

<sup>23</sup> Está disponible en la URL [http://www.estrategiadigital.gob.cl/files/instructivo\\_ComiteMinistrosDesarrolloDigital\\_02-02-2007.pdf](http://www.estrategiadigital.gob.cl/files/instructivo_ComiteMinistrosDesarrolloDigital_02-02-2007.pdf)

**B. Las disposiciones especiales de la ley 19.628 de 1999, sobre tratamiento de datos personales y su aplicación a los servicios públicos de la Administración del Estado devenidos legalmente en "Responsables de Bases de Datos".**

**1. Contenidos esenciales de la ley 19.628 y su Reglamento.**

**1.1 Fundamentos y visión de contexto de la normativa.**

Si bien es cierto *el problema de la protección legal de datos personales frente al tratamiento computacional de los mismos* es un tema con bastante perspectiva en países extranjeros, en Chile constituye una realidad desconocida y poco estudiada jurídicamente. Desde ya cabe señalar que el tema de los *"datos personales o nominativos tratados o procesados computacionalmente"* va mucho más allá que el problema de los protestos, de la morosidad comercial y de los archivos históricos almacenados en bancos de datos.

Suele afirmarse que el abuso de las posibilidades computacionales -*sea por entes particulares, sea por órganos estatales-* constituye la amenaza por excelencia contra la intimidad, porque cruzándose telemáticamente datos personales o nominativos puede obtenerse un perfil de las personas cuyos antecedentes son procesados. Esta imagen inmaterial del titular de los datos debe ser resguardada porque puede ser creada errada, negligente o dolosamente, lo que eventualmente se traducirá en perjuicios como discriminaciones, la imposibilidad de ejercer algún derecho, o la pérdida de algún beneficio.

Conceptualmente, un *dato* es un antecedente que da cuenta de un hecho o de una característica determinada. Es además una unidad básica de información.

El conjunto organizado de datos constituye *información* y, sociológicamente hablando, es un nuevo bien económico de alto valor y una forma de poder.

Un dato es *personal o nominativo* cuando permite identificar cualquiera característica de una persona para relacionarse en sociedad, por ejemplo al consignarse en una guía de teléfonos datos generales, o cuando son de mayor importancia o sensibilidad como ocurre con la filiación política, el credo religioso que se profesa, los antecedentes laborales, la situación de salud, la mayor o menor riqueza, las operaciones comerciales que se realizan, las acciones en empresas que se poseen, los depósitos en cuenta corriente o a plazo, los impuestos pagados, etcétera.

Se presenta un conflicto que surge entre tres intereses relevantes.



Por un lado está el legítimo interés de aquellas personas cuyos datos nominativos se procesan computacionalmente, en resguardar su vida privada y la necesaria confidencialidad de antecedentes como sus creencias religiosas, su filiación política, sus tendencias sexuales, su estado de salud, el monto de su patrimonio, etc.

Por otra parte, se presenta un interés –también muy legítimo- que poseen los gobiernos y los particulares para acceder a cierta información: ...los Estados para cumplir con sus fines promocionales y asistenciales de orden público, como por ejemplo saber quienes tienen SIDA al momento de fijar políticas de salud; y los particulares, que para asegurar la vigencia de un orden público económico necesitarán conocer los antecedentes comerciales irregulares o negativos de las personas que actúan en la vida comercial.

Modernamente se ha visualizado una tercera garantía, a saber, la que posee todo ciudadano para, en aras de la transparencia y probidad de la gestión estatal, acceder a la información sobre actos, contratos, documentos, resoluciones, licitaciones y otros similares que respaldan y dan cuenta de la actividad de los órganos de la Administración del Estado -v.gr subsidios asignados, fundamentos de las adjudicaciones en licitaciones, remuneraciones pagadas y calificaciones aplicadas a los funcionarios, etcétera-, y esa información puede -y de hecho lo hace- contener antecedentes nominativos, personales e incluso sensibles -v.gr nombres de los beneficiarios de los subsidios, nombres de los funcionarios calificados, identidad de las empresas adjudicadas, etcétera-.

Se trata, por ende, de lograr un equilibrio y establecer límites entre el derecho a la intimidad que consagra el artículo 19 N°4 de la Constitución y los derechos de acceso a la información consagrado en los artículos 19 N°12 y 8° de la Carta Fundamental.

La interrogante a dilucidar o la hipótesis de trabajo, en consecuencia, puede ser la siguiente: *¿cómo conciliar el Derecho a la Información con el Derecho a la Intimidad?; ¿cómo equilibrar por un lado la máxima libertad o acceso a la información con un adecuado resguardo de la privacidad?*

Se trata de una cuestión importante por cierto, no de meras disquisiciones teóricas o doctrinarias, porque si bien es cierto el orden público social y económico de una Nación requiere que tanto el Estado como los particulares manejen determinados datos personales, sea para fijar políticas de salud o para evitar la morosidad comercial, esto no puede traducirse, al extremo, en abusos contra las personas o titulares individualizados por sus antecedentes.

Los órganos estatales que a partir de nuestro número de identificación nacional procesan información personal, se han preocupado de aclarar que ellos sólo estarían manejando o procesando ciertos "*datos públicos*". Esto es delicado, porque el límite entre "*la esfera privada*" y "*la esfera social o pública*" de una

persona no se ha establecido legalmente con claridad, y porque el problema de los cotidianos atentados contra la vida privada, la igualdad laboral, la igualdad ante la ley y la libre iniciativa en materia económica -para nombrar algunas garantías fundamentales afectadas- surge cuando se cruzan computacionalmente y con toda facilidad antecedentes personales y se elaboran perfiles.

En la medida que un particular consienta o una norma legal establezca -en Chile lo hace la ley 19.628- que ciertos datos o antecedentes personales sean susceptibles de conocerse<sup>24</sup>, éstos pasarán a formar parte de una "*esfera social o pública*" porque lo vincularán con la sociedad.

En el caso contrario, esto es, si cada titular de los datos que lo individualizan opta por mantenerlos reservados o no existe una ley que por razones de orden público permita expresamente conocerlos<sup>25</sup>, tales antecedentes, que les pertenecen<sup>26</sup>, serán parte de una "*esfera íntima o reservada*", que no puede ser atisbada, procesada o conocida por particulares, por empresas que quieran comercializarlos e incluso por órganos estatales. Dichos datos en Chile están protegidos por la esfera íntima que consagra la Garantía del artículo 19 N°4 de la Constitución, y a esta esfera privada de los administrados también alude expresamente el artículo 21 N°2 de la ley 20.285.

Ningún órgano de la Administración en Chile podría reivindicar o atribuirse la propiedad de la información nominativa que trata o procesa. Así lo hacen, por ejemplo, una empresa chilena que ofrece productos de bases de datos en Internet (v.gr. guías de empresas) o el ente universitario (pero comercial) administrador de los nombres de dominio (www.nic.cl), que advierten en sus páginas web que están otorgando el derecho de acceder a sus bases exclusivamente a modo de consulta y que el contenido de las bases de datos es de su propiedad y está protegido por el derecho de autor. Estas afirmaciones constituyen un error jurídico, toda vez que son cosas muy distintas "*el continente*" o la estructura de la base o banco de datos que "*el contenido*" o la información almacenada en el mismo<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> Pensemos en los siguientes datos: número de teléfono; profesión; filiación política; origen étnico; situación laboral; cotizaciones previsionales; monto de impuestos declarados; créditos bancarios obtenidos; viajes realizados; valores transados en la Bolsa; participaciones en sociedades; etcétera.

<sup>25</sup> Tal es el caso del prontuario o registro de condenas, de la base de datos del Servicio de Registro Electoral, del Boletín Comercial de la Cámara de Comercio de Santiago, etcétera.

<sup>26</sup> A propósito de los datos patrimoniales, desde 1929 a la fecha la Superintendencia de Bancos ha sostenido que uno de los atributos del dominio lo constituye la facultad exclusiva del dueño para permitir o impedir a terceros que se impongan o no de sus negocios.

<sup>27</sup> Las normas internacionales de mayor importancia que aluden al tema, a saber, el acuerdo TRIP del GATT y la OMC adoptado en 1994 en Marrakech sobre aspectos de la propiedad intelectual relacionados con el comercio (Anexo 1C, artículo 10°), la Directiva de la Unión Europea 96/9/CE de 1996, y el Tratado sobre Derecho de Autor de la OMPI adoptado a fines de 1996 en Ginebra (artículo 5°), establecen claramente que la Propiedad Intelectual ampara a las compilaciones de datos cuya selección o disposición de contenidos sean creaciones originales, y señalan expresamente que dicha protección autoral no abarca a la información compilada o "a los datos en

Se produce -doctrinaria y legalmente- la conciliación entre el Derecho a la Intimidad y el Derecho a la Información a través del control que para el titular de los datos posibilita el denominado *Derecho de Acceso* o *Habeas Data*, (i) una nueva garantía fundamental (o un mecanismo de resguardo y tutela) que contemplan en el Derecho Comparado tanto algunas Cartas Fundamentales como las llamadas Leyes de Protección de Datos, y (ii) una consagración concreta del llamado "*Principio de la Autodeterminación Informativa*".

El *Habeas Data* es una acción cautelar de rango constitucional pero en Chile sólo legal, heredera de otro recurso tan importante como el *Habeas Corpus*, que en las modernas sociedades de la información permite a los titulares de los datos personales y patrimoniales -al decir de una sentencia histórica del Tribunal Constitucional alemán- "*autodeterminar*" el uso que se haga de sus antecedentes cuando ellos son recopilados, registrados y cruzados computacionalmente.

*¿Cómo concilian las leyes de protección de datos los intereses involucrados?*. Básicamente de la siguiente forma:

(i) no se niega la posibilidad del procesamiento o tratamiento de datos, pero se consagran facultades de acceder, corregir, actualizar o eliminar datos para los titulares de los mismos (enmarcadas en el denominado *Habeas Data*);

(ii) se establecen mayores limitaciones para el procesamiento cuando los datos son de especial relevancia como los llamados "sensibles" o "personalísimos" (vida sexual, salud, raza, credo religioso, filiación política, etcétera);

(iii) se regula separadamente el procesamiento que realice un órgano público, una persona natural o una persona jurídica, estableciendo diferentes requisitos de constitución;

(iv) se regulan acabadamente las obligaciones y prohibiciones del responsable de un sistema;

(v) se radica la operatividad de todas las normas en un órgano autónomo de control y fiscalización, "a priori" -autorizando a procesar y fijando los requisitos para hacerlo- y "a posteriori" -conociendo de los reclamos y sancionando-; y,

---

sí mismos". Las empresas aludidas sólo pueden considerarse propietarias intelectuales del diseño y estructura original del fichero computacional, mas por el hecho de recopilar antecedentes sobre personas naturales y jurídicas, procesarlos, seleccionarlos, organizarlos o almacenarlos no se transforman -porque no existe título ni modo de adquirir alguno- en dueñas de la información nominativa que individualiza a otras personas, de manera tal que posteriormente puedan comercializarla libremente (sobre todo cruzada o en forma de "perfiles"). Incluso más: el carácter de depositarias o tenedoras de datos personales les impone obligaciones de confidencialidad y reserva, tan importantes como aquellas que emanan del secreto estadístico o del secreto bancario.

(vi) se configuran sanciones administrativas y penales para el caso que las normas de la ley no se cumplan.

Todas las “*Data Protection Act*” tienen la siguiente estructura, a saber, una parte dogmática, una parte orgánica, una parte procedimental y una parte sancionatoria o represiva. Revisemos brevemente esta estructura:

(i) *Parte Dogmática*: Comprende los conceptos esenciales; principios inspiradores; ámbito de aplicación; especies o categorías de datos protegidos; consagración del Derecho de Acceso o *Habeas Data* y de sus garantías derivadas; derechos, obligaciones, restricciones y prohibiciones para los responsables de los sistemas de tratamiento de datos personales; etcétera.

(ii) *Parte Orgánica*: Se refiere a la autoridad ad hoc independiente, técnicamente competente y con facultades normativas, de control y fiscalización a priori y a posteriori, y sancionatorias sobre los responsables de los bancos de datos personales; alude a la existencia de un registro público de los responsables y los bancos de datos; etcétera.

(iii) *Aspectos Procedimentales*: Se regulan instancias de reclamos de rápida y breve tramitación y fallo ante el órgano ad hoc (agotamiento previo de la vía administrativa); se contempla la posibilidad de interponer recursos posteriores ante los tribunales superiores de justicia; etcétera.

(iv) *Parte Represiva o Sancionatoria*: Incluye la cancelación de la autorización de funcionamiento y eliminación del registro; multas; tipificación de delitos; etcétera.

## 1.2 El contenido específico de la ley 19.628 de 1999.

(i) La ley 19.628 consta de un Título Preliminar sobre Disposiciones Generales (artículos 1º, 2º y 3º); de un Título I sobre la Utilización de Datos Personales (artículos 4º al 11º); de un Título II sobre Derechos de los Titulares de Datos (artículos 12º a 16º); de un Título III acerca de la Utilización de Datos Personales relativos a Obligaciones de Carácter Económico, Financiero, Bancario o Comercial (artículos 17º a 19º); de un Título IV sobre Tratamiento de Datos por Organismos Públicos (artículos 20º, 21º y 22º); de un Título V acerca de la Responsabilidad por las Infracciones a esta Ley (artículo 23º); de un Título Final que modifica el Código Sanitario (artículo 24º); y de tres disposiciones transitorias.

(ii) En esencia, para la ley 19.628 existen “*datos personales*” o nominativos que le pertenecen a sus titulares, a los que conciernen y a los que permiten que sean identificados o identificables, y que son “*tratados*” manual o automatizadamente, tanto por órganos públicos como por empresas o personas particulares, a quienes la ley califica como “*responsables del registro o banco de*”

*datos*". No importa el soporte en que se contengan, informático o manual, o que sean imágenes o representaciones de caracteres biométricos como la huella digital o el iris. Sólo le importa a la ley 19.628 que ellos se refieran a personas naturales o físicas -no a las fictas o jurídicas-, identificadas e identificables o determinables a futuro.

(iii) La regla general formalmente declarada por el artículo 4° del texto legal es que dicho "*tratamiento de datos personales*" sólo puede hacerse en virtud de autorización legal o del titular de los datos, pero del contexto de las normas se desprende que la mayoría de los datos provienen de "*fuentes de acceso público*" (por lo cual no se requiere de autorización para su tratamiento) y se consagran importantes y amplias excepciones sobre todo en materia de datos "*personales-patrimoniales*", lo cual transforma a la regla general en una mera declaración de principios.

(iv) El mecanismo de resguardo recogido parcialmente del Derecho Comparado también se denomina *Derecho de Acceso o Habeas Data*, y éste, después de ejercerse ante quien aparezca como responsable sólo puede reclamarse ante los tribunales ordinarios de justicia, en conformidad al artículo 16° de la ley.

(v) En cuanto al *ámbito de aplicación de la ley*, es el artículo 1° el que establece que se sujetará a las disposiciones de esta ley *el tratamiento de los datos de carácter personal*, definidos por el artículo 2° como los relativos a cualquier información concerniente a *personas naturales identificadas o identificables*, contenidos en registros o bancos de datos procesados tanto por organismos públicos como por entidades particulares.

No estamos frente a una ley relacionada sólo con el procesamiento computacional de datos. Porque el artículo 1° no utiliza la expresión "*tratamiento automatizado*", y porque la letra o) del artículo 2° define muy ampliamente como "*tratamiento de datos*" a "cualquier operación o complejo de operaciones o procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no...", claramente quedan comprendidos aquí todos los registros, *cardex* o ficheros manuales o soportados en papel, por cierto, hoy en día de menor importancia cualitativa y cuantitativa que los registros informáticos.

Como corolario y sentando algo así como un principio de legalidad o una especie de condición general de licitud para este ámbito, agrega el artículo 1° que cualquier persona podrá efectuar el tratamiento de datos personales siempre que lo haga de manera concordante con la ley y para finalidades permitidas por el ordenamiento jurídico, y que en todo caso se deberá respetar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los titulares de los datos y de las facultades que la ley les reconoce.

El texto legal distingue lo que es el tratamiento o procesamiento de datos personales al interior de la Administración Estatal o en el Sector Público y lo que ocurre en el sector privado o respecto al tratamiento por particulares, sean personas naturales o jurídicas.

En doctrina y con un afán meramente explicativo, se ha distinguido entre un ámbito de aplicación "*subjetivo*" y otro ámbito "*objetivo o material*" de la ley 19.628.

*El primero* estaría determinado por los sujetos regulados por la ley, a saber, el responsable de un registro, base o banco de datos (que puede ser una entidad particular natural o jurídica y un servicio público) y que realiza el tratamiento de ellos; la persona natural -sólo ella- titular de los datos e individualizada por los antecedentes nominativos; una supuesta autoridad de registro que sería el Servicio de Registro Civil -y la calificación es *per se* errada, porque mantener un listado de bases de datos existentes sólo en organismos públicos, descartándose a los registros de naturaleza particular o privada, no implica -de modo alguno- asignarle la calidad de "*Autoridad*" fiscalizadora y garante del ejercicio de los derechos de los titulares de los datos nominativos-; y, terceros a los que eventualmente se les transfieran o comuniquen los datos personales, que no son regulados orgánicamente pero si mencionados en las disposiciones de la ley.

*El ámbito de aplicación objetivo o material*, por su parte, derivaría de la amplia, comprensiva o genérica definición de tratamiento de datos personales, y comprendería tanto a las operaciones o procedimientos técnicos de tratamiento automatizado de datos personales como a las realizadas manualmente o sin sistemas informáticos, que permitan usar "*de cualquier forma*" y relacionar los datos nominativos entre sí.

El artículo 2° letra o) menciona operaciones concretas sólo a título de ejemplo, a saber: *recolectar, almacenar, grabar, organizar, elaborar, seleccionar, extraer, confrontar, interconectar, disociar, comunicar, ceder, transferir, transmitir y cancelar* datos personales; y el mismo artículo pero en la letra m), agrega, dentro de las opciones posibles, la operación consistente en "*relacionarlos*" entre sí cuando estén almacenados en una base o banco de datos.

(vi) La ley aprobada distingue *distintas categorías de datos*, sin un tratamiento sistemático en el cuerpo legal. Algunas, como veremos, se definen en el artículo segundo. Otros fueron mencionados en los respectivos debates parlamentarios.

El concepto esencial y genérico es el de *dato personal*, que es "*el relativo a cualquier información concerniente a una persona natural, identificada o identificable*". El se opone o es radicalmente diverso al dato "*estadístico*", disociado e innominado, que -en síntesis- no permite individualizar a persona alguna o no pueden ser asociados a su titular de manera de poder identificarlo, y que por ende quedan fuera de la institucionalidad jurídica de la ley 19.628.

Revisten especial importancia los conceptos de datos personales “sensibles”, personales “patrimoniales” o económicos, financieros, bancarios o comerciales, pudiendo estos últimos ser positivos -referidos en el artículo 4º inciso quinto- o negativos -sobre mora, protestos o insolvencia-, que son los regulados en los artículos 17, 18 y 19 pero sólo de cara a su comunicación a terceros-.

El artículo 2º define 16 conceptos, no siendo las definiciones lo suficientemente claras. Respecto de los datos se define cuando son “caducos”<sup>28</sup>, no verdaderos, no pertinentes o no necesarios, “estadísticos”<sup>29</sup>, “de carácter personal”<sup>30</sup> o personal “sensible”<sup>31</sup>. Respecto de las actividades de las que pueden ser objeto los datos personales, el término más amplio que se define es “tratamiento de datos”<sup>32</sup>, y derivados de este, los conceptos de “almacenamiento”<sup>33</sup>, “bloqueo”<sup>34</sup>, “comunicación o transmisión”<sup>35</sup>, “eliminación o cancelación”<sup>36</sup>, “modificación”<sup>37</sup> y “procedimiento de disociación”<sup>38</sup>. En relación a lo que podemos denominar la infraestructura del procesamiento de datos personales, el artículo define lo que es un “registro o banco de datos”, el “responsable del registro o banco de datos”, el “titular de los datos” y los “organismos públicos”.

(vii) Nada dice la ley sobre el *tratamiento de datos personales de las “personas jurídicas”*, donde sus representantes legales serían los titulares de la protección de datos personales y quienes podrían ejercer el derecho de acceso y

<sup>28</sup> Conforme lo establece la letra d) del artículo 2º, “dato caduco” es el que -en consideración a su calidad o cualificación- ha perdido actualidad por disposición de la ley, por el cumplimiento de la condición o la expiración del plazo señalado para su vigencia o, si no hubiese norma expresa, por el cambio de los hechos o circunstancias que consigna.

<sup>29</sup> Letra e): ...dato que, en su origen, o como consecuencia de su tratamiento, no puede ser asociado a un titular identificado o identificable.

<sup>30</sup> Letra f): ...datos relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables.

<sup>31</sup> Son aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual.

<sup>32</sup> Es cualquier operación o complejo de operaciones o procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permitan recolectar, almacenar, grabar, organizar, elaborar, seleccionar, extraer, confrontar, interconectar, disociar, comunicar, ceder, transferir, transmitir o cancelar datos de carácter personal, o utilizarlos en cualquier otra forma.

<sup>33</sup> Se entiende por tal la conservación o custodia de datos en un registro o banco de datos.

<sup>34</sup> Consiste en la suspensión temporal de cualquier operación de tratamiento de los datos almacenados.

<sup>35</sup> La comunicación o transmisión de datos consiste en dar a conocer de cualquier forma los datos de carácter personal a personas distintas del titular, sean determinadas o indeterminadas.

<sup>36</sup> Es la destrucción de datos almacenados en registros o bancos de datos, cualquiera fuere el procedimiento empleado para ello.

<sup>37</sup> Consiste en todo cambio en el contenido de los datos almacenados en registros o bancos de datos.

<sup>38</sup> Se entiende por tal a todo tratamiento de datos personales de manera que la información que se obtenga no pueda asociarse a persona determinada o determinable.

sus derivados en conformidad a los artículos 12 y ss. de la ley 19.628. El legislador de la ley 19.628 habría querido entender que la privacidad, la intimidad o la vida privada son sólo atributos, garantías o derechos de las personas naturales.

Debe reconocerse que el punto no es unánime sino discutido en el Derecho Comparado, sobre todo para quienes consideran que existen otros mecanismos jurídicos para resguardar los atributos de las personas jurídicas, a saber, el derecho de sociedades, las leyes sobre propiedad industrial e intelectual, las normas sobre libre competencia, etcétera, todas las cuales, empero, de manera alguna resguardan el eventual tratamiento abusivo que se haga por las empresas que prestan servicios de información.

Pero las personas jurídicas también poseen atributos de su personalidad, aunque su naturaleza jurídica emane de una ficción legal. Ellas son sujetos de información cuyos antecedentes también son “tratados” computacionalmente, y por definición quedan al margen de la ley que sólo rige en relación a “titulares” personas naturales. Ocurre que la información sobre las personas jurídicas es tan relevante como la de las personas naturales y también merece ser resguardada<sup>39</sup>.

(viii) *¿Es la ley 19.628 una norma que carece de los contenidos dogmáticos, orgánicos, procedimentales y sancionadores mínimos que una data protection act contiene y requiere?*

Si desde la perspectiva de la estructura de las leyes de protección de datos, todas poseen una estructura que puede ser resumida en 4 partes: una dogmática, una orgánica (para que lo dogmático no sean meras declaraciones de principios), una procedimental y una sancionadora, la ley 19.628 posee una parte dogmática débil, no tiene parte orgánica, no contempla procedimientos administrativos de tutela sino uno judicial, y no posee un arsenal sancionador adecuado.

La ley 19.628, salvo en lo relacionado con los plazos de publicación de datos sobre mora y protestos -donde es conocida como "*La Ley Dicom*"-, por sus errores de forma y de fondo y por sus insuficiencias no ha tenido casi ninguna aplicación práctica. La gente no la conoce ni percibe su importancia cotidiana, la gente no la utiliza, no existen procedimientos judiciales relevantes o de impacto público de Habeas Data en curso, no existe un registro obligatorio para evitar el

---

<sup>39</sup> Esta tutela jurídica por ende permanece en el ámbito de las reglas generales del derecho, por lo que cualquier persona jurídica respecto de la cual se abuse de sus antecedentes propios o bien éstos sean procesados en forma errada (datos obsoletos, caducos, inexactos), deberá recurrir a los procedimientos, acciones y recursos generales contemplados en nuestro ordenamiento jurídico. Estimamos que si bien en menor amplitud que las personas naturales, las personas jurídicas también gozan de un necesario derecho a la confidencialidad o reserva de los antecedentes que a ellas se refieren, por cuanto éstos las convierten en sujetos de derechos y en personas identificadas e identificables.



tráfico anónimo de los "list brokers" (en Francia, procesar sin estar registrado es delito penal desde 1978) y no existe un órgano administrativo al cual reclamar en forma sumaria y eficaz<sup>40</sup>.

## **2. Un presupuesto esencial para el tratamiento de datos personales en los servicios públicos.**

De cara al sector público -y para respaldar su actuación en materia de tratamiento de datos personales- el estudio inicial debe centrarse en el análisis de tres artículos de la ley 19.628, a saber, el 2°, el 4° y el 20°.

En resumen, (i) el artículo 2° establece que en Chile la regla general son las llamadas "fuentes públicas de información"<sup>41</sup>, a saber, las que no sean de acceso restringido o reservado como las cubiertas por el secreto bancario, el secreto tributario, el secreto de filiación política, el secreto estadístico o el secreto sanitario de archivos y exámenes de salud; (ii) el artículo 4° consagra -por la vía de las excepciones- un enorme caudal de información nominativa que por provenir de fuentes públicas puede tratarse legalmente sin autorización de los titulares individualizados y propietarios de los datos personales; y, (iii) el artículo 20° es perentorio para establecer que un servicio público, actuando dentro de su competencia, no requiere autorización de los ciudadanos para tratar los datos personales que le toque procesar en el marco propio y exclusivo de dicha competencia de Derecho Público.

Estas normas, aplicadas a los servicios públicos, no son abusivas, injustas o perjudiciales para los ciudadanos, como si ocurre en el sector privado, que ha resultado no regulado, no acotado y no fiscalizado idóneamente con la vigencia y las disposiciones de la ley 19.628. Estas normas, por el contrario y como ha dictaminado la Contraloría General de la República posibilitan y habilitan que el Estado cumpla adecuadamente los fines promocionales y asistenciales que le son propios incluso celebrando convenios de intercambio de bases de datos<sup>42</sup>.

A modo de anticipo: la Contraloría el año 2001 en un Dictamen 10.322 expresamente alude a la facultad de los servicios públicos para, con el fin de

<sup>40</sup> A nuestro parecer, el cambio de una breve pero amplia moción senatorial del año 93 -mediante la cual sólo se buscaba sancionar civilmente algunas intromisiones ilegítimas a la privacidad y consignar algunos principios en materia de protección de datos personales en el ámbito de su procesamiento informático-, a la actual norma vigente -fruto de una indicación presentada en la Cámara de Diputados-, en definitiva fue un aporte parcial que nació trunco de cara a las disposiciones más relevantes de una verdadera ley de protección de datos.

<sup>41</sup> Cuestión esencial será la de determinar si los registros, bases y bancos de datos de los órganos de la Administración son susceptibles de ser calificados como "fuentes públicas de información", en el contexto por cierto de la ley 19.628 y no, digámoslo desde ya, de la ley 20.285 sobre acceso y transparencia de la información administrativa.

<sup>42</sup> Véase la letra D de esta Parte Primera del Informe.

cumplir sus obligaciones de asistencia y bien público, comprender dentro del "tratamiento" de datos personales el "celebrar convenios de intercambio de información"; esto es, reconoce que poseen facultades amplias para celebrar contratos relacionados con el cumplimiento de sus fines del servicio público, a propósito de datos personales o de información nominativa que sea *per se* pública y no secreta o reservada.

Cuestión esencial será, lo reiteramos, establecer si las bases o bancos de datos personales o nominativos que mantienen los servicios públicos deben ser consideradas legalmente como "fuentes de acceso público" o como "fuentes de acceso reservado o secreto". Creemos -dicho a modo de anticipo- (i) que la respuesta sólo puede determinarse considerando la especial naturaleza del dato personal o nominativo tratado<sup>43</sup>, y (ii) que por regla general los STDP del sector público no deben ser considerados fuentes accesibles al público o fuentes públicas de información nominativa, a pesar de la amplitud de la definición legal del artículo 2° de la ley 19.628<sup>44</sup>.

### **3. El Título IV de la ley 19.628: "Del tratamiento de datos por los organismos públicos".**

El artículo 2° letra k) define lo que son los Organismos Públicos, entendiéndose por tales a "las autoridades, órganos del Estado y organismos, descritos y regulados por la Constitución Política de la República, y los comprendidos en el inciso segundo del artículo 1° de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado".

Respecto a las *bases de datos públicas o administradas por organismos públicos*, la ley contempla un Título específico, compuesto por los artículos N°20, 21 y 22.

Disponen los artículos 20 y 21:

*Artículo 20. El tratamiento de datos personales por parte de un organismo público sólo podrá efectuarse respecto de las materias de su competencia y con sujeción a las reglas precedentes. En esas condiciones, no necesitará el consentimiento del titular.*

*Artículo 21. Los organismos públicos que sometan a tratamiento datos personales relativos a condenas por delitos, infracciones administrativas o*

<sup>43</sup> En consecuencia, si por ejemplo es un dato personal sensible o sujeto a secreto tributario o estadístico, siempre estará no almacenado en fuentes públicas.

<sup>44</sup> La letra i) las define como los registros o recopilaciones de datos personales, públicos o privados, de acceso no restringido o reservado a los solicitantes.

*faltas disciplinarias, no podrán comunicarlos una vez prescrita la acción penal o administrativa, o cumplida o prescrita la sanción o la pena.*

*Exceptuase los casos en que esa información les sea solicitada por los tribunales de justicia u otros organismos públicos dentro del ámbito de su competencia, quienes deberán guardar respecto de ella la debida reserva o secreto y, en todo caso, les será aplicable lo dispuesto en los artículos 5º, 7º, 11 y 18.*

Los órganos de la Administración del Estado sólo pueden procesar todo tipo de datos personales de los ciudadanos actuando dentro de su competencia de Derecho Público y para fines de servicio público. Si así lo hacen y a diferencia de los responsables de bases de datos particulares o del sector privado, la ley los releva de la necesidad de la autorización del titular de los datos para el tratamiento que establece el artículo 4º,

Todo responsable de bases de datos de un servicio público debe, además de cumplir con la norma general del artículo 20 en cuanto a tratar computacionalmente datos personales "*sólo dentro de su competencia exclusiva*", respetar la totalidad de las otras normas de la ley 19.628. A ello se refiere la ley cuando menciona "*a las reglas precedentes*" al Título IV.

La determinación de cuál es la concreta competencia exclusiva de un servicio público será una cuestión que deberá resolverse caso a caso o servicio a servicio, y en consideración a diversas normas especiales, como por ejemplo las Leyes Orgánicas de cada uno. Lo ideal, para evitar cuestionamientos o dudas interpretativas, es que las normas legales especiales confieran expresamente la competencia para el tratamiento de datos personales al órgano público.

Se menciona como ejemplo conflictivo al SERVEL, a cuyo respecto nadie podría discutir su facultad para tratar y mantener registros con los padrones electorales, pero de cara a la venta o cesión de esos padrones en el último tiempo ONG como *Proacceso* han cuestionado abiertamente sus facultades y/o competencias de Derecho Público en este sentido.

Si un servicio público actúa y trata datos nominativos fuera de las materias de su competencia incurriría en una causal de ilegalidad y de nulidad de derecho público. Es la Constitución Política en el artículo 7º la que establece (i) que los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescribe la ley; (ii) que ninguna magistratura puede atribuirse ninguna otra competencia, autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución y las leyes; y, (iii) *que todo acto en contravención a este artículo es nulo.*

Por tratarse la ley 19.628 de una norma de Orden Público que instrumentaliza el resguardo de una garantía constitucional y concreta el principio de la Autodeterminación Informativa, no es factible que mediando una simple autorización de los ciudadanos titulares de los antecedentes nominativos -y a falta de una autorización legal- los servicios públicos inventen nuevas competencias para, en esos ámbitos ajenos a su competencia exclusiva, realizar tratamientos de datos personales.

Respecto al Título IV de la ley, cabe preguntarse por el alcance de la expresión “*organismos públicos*”. Semánticamente cabe pensar que se trata de todos los órganos o poderes del Estado, y que por ende se regula en él el tratamiento de datos personales por el Ejecutivo, por el Legislativo y por el Poder Judicial. Y si la ley no distingue, no es lícito al intérprete distinguir. De lo que establece el artículo 21, en él los tribunales de justicia son expresamente calificados como organismos públicos. Y desde el punto de vista de fondo, el mismo artículo alude a una función que realizan los tribunales, esto es, el tratar datos personales o nominativos relativos a condenas por delitos, infracciones administrativas o faltas disciplinarias.

Ergo, el Servicio de Registro Civil debiera considerar en su listado a los Tribunales de Justicia, lo cual -por cierto- nada aporta desde el punto de vista de dar certeza, publicidad y transparencia al sistema de tratamiento de datos personales en Chile, y paralelamente, ninguna facultad fiscalizadora posee el Registro Civil para el evento –por ejemplo- de un tratamiento indebido de datos personales por el Poder Judicial.

#### ***4. Análisis de la competencia que el artículo 22 de la ley y su Reglamento le asignan al Servicio de Registro Civil. Acerca del rol "no fiscalizador" del Registro Civil.***

Señala el artículo 22:

*Artículo 22. El Servicio de Registro Civil e Identificación llevará un registro de los bancos de datos personales a cargo de organismos públicos.*

*Este registro tendrá carácter público y en él constará, respecto de cada uno de esos bancos de datos, el fundamento jurídico de su existencia, su finalidad, tipos de datos almacenados y descripción del universo de personas que comprende, todo lo cual será definido en un reglamento.*

*El organismo público responsable del banco de datos proporcionará esos antecedentes al Servicio de Registro Civil e Identificación cuando se inicien las actividades del banco, y comunicará cualquier cambio de los elementos indicados en el inciso anterior dentro de los quince días desde que se produzca.*

Cabe destacar al inicio que el artículo 22 contempla la obligación de que sea el Servicio de Registro Civil el ente que llevará un *Registro Público de Bancos de Datos Personales a cargo de organismos públicos*, pero sólo en relación a entes estatales y excluyendo de la obligación de registro a las empresas particulares. La carga legal se agota en la confección y mantención del registro público, porque el Servicio de Registro Civil no almacena ni accede a los "contenidos" de esos "continentes" llamados bases o bancos de datos.

Esta disposición, fruto de una indicación presentada por el Ejecutivo durante el debate en Comisión Mixta ya que se trata de una materia de iniciativa exclusiva del Presidente, es de difícil comprensión, porque en sí no lleva envuelta el establecer una instancia o grado de fiscalización alguno, que es la razón de ser en las leyes de protección de datos de la existencia de órganos ad hoc<sup>45</sup>.

*¿Cuáles son las sanciones a aplicar al órgano público que no se registre?; ¿puede el Servicio de Registro Civil realizar algún control al efecto y con qué facultades, si en Derecho Público sólo puede hacerse aquello que esté expresamente permitido?.*

A esta fecha todos los servicios públicos debieran haber dado cabal cumplimiento a lo establecido tanto en el artículo 22 de la ley 19.628 como en su Reglamento, que mandata al Servicio de Registro Civil para llevar un registro de los bancos de datos personales a cargo de organismos públicos, registro que es de carácter público y al cual el organismo público responsable del banco de datos debe proporcionar una serie de antecedentes cuando se inicien las actividades del banco, y comunicar cualquier cambio de los elementos dentro de los quince días desde que se produzca.

*Que ello no haya ocurrido*, aún cuando en el hecho no es tan grave por cuanto los servicios públicos no tratan datos en forma anónima o clandestina y las personas saben que pueden ejercer el Habeas Data del artículo 12° de la ley 19.628 contra cualquier servicio público, es una muestra clara de lo inoperancia y de la insuficiencia de la normativa.

*Que ello no haya ocurrido* se ha cuantificado y ha sido objeto de denuncias públicas. Como comentamos a pié de página en la Introducción del Informe, entre Septiembre y Diciembre del año 2009 se realizó un estudio a partir de un cuestionario de siete preguntas enviado a 164 servicios, programas o beneficios de los ministerios de Vivienda, Salud, Educación, Trabajo y Planificación, y el Servicio Nacional de la Mujer. Dentro de sus conclusiones se constató: (i) que el 97% de 164 servicios públicos vulneraba la norma de protección de datos

---

<sup>45</sup> Para entender la importancia y la operatividad práctica del tema, véase en Internet la dirección [www.ag-protecciondatos.es/regis.html](http://www.ag-protecciondatos.es/regis.html), que conecta con el Registro General de Protección de Datos existente desde 1992 en España.

personales, porque ellos no entregaban los antecedentes que exigen el artículo 22 de la ley 19.628 y su Reglamento, al Registro Civil; y, (ii) que sólo el 3% de las reparticiones dependientes de los ministerios sociales tienen inscritas las bases de datos con información de ciudadanos que usan en sus entidades<sup>46</sup>.

De manera particular, y reiterando lo que disponen los artículos 2° y 3° del Decreto Supremo N°779 de Noviembre del año 2000 (el Reglamento de la ley 19.628)<sup>47</sup>, a todos los servicios públicos el Registro Civil les ha pedido -sin facultad de apercibir y coaccionar aplicando sanciones- informar en relación a cada uno de sus bancos o bases de datos personales acerca de su nombre, el fundamento jurídico específico de su existencia, su finalidad, la naturaleza de la información personal almacenada o del tipo de datos (personal o nominativa, sensible, estadística, sujeta a secreto o reserva, patrimonial, financiera, sobre seguridad nacional, etcétera), y el universo (cantidad y naturaleza) de las personas o ciudadanos individualizados o identificados en el sistema.

Lo esencial del reparo jurídico que es procedente hacer apunta a cuestionar la opción de Política Pública subyacente en la ley 19.628. Da la impresión, en definitiva, que derechamente no existió tal definición previa. Parafraseando el Mensaje del referido Boletín 6120, ya en 1999 y para velar por el adecuado cumplimiento de las nuevas disposiciones relativas al tratamiento de datos personales se requería una autoridad dotada de competencias y herramientas eficaces, para dictar normativas sobre la materia, para fiscalizar, para adoptar medidas de resguardo y para sancionar los incumplimientos mediante la aplicación de multas.

En efecto, al no haberse contemplado un organismo administrativo, Agencia o Superintendencia que se encargara de velar por el cumplimiento de sus normas, limitándose a entregar al Registro Civil e Identificación el deber formal de llevar un registro de las bases de datos a cargo de organismos públicos como una simple medida de publicidad, era imposible fiscalizar el cumplimiento de las normas de la ley y muchas de sus disposiciones se hicieron ineficaces.

---

<sup>46</sup> La ONG que realizó el estudio, lo reiteramos, calificó como "*un panorama preocupante*" el que existiera un escaso cumplimiento de la ley sobre protección de datos y vida privada, porque de los 50 servicios que respondieron formalmente hubo 39 que reconocieron tener bases de datos personales, y de éstos solamente 5 habían cumplido con su deber de registrarlas ante la entidad correspondiente, que es el Registro Civil.

<sup>47</sup> El Decreto 779 consta de cuatro Títulos. El primero, se refiere a las inscripciones en el Registro de Bancos de Datos Personales; el segundo, a las obligaciones de los organismos públicos responsables de bancos de datos personales; el tercero, a los informes que el Registro civil otorga a todo aquel que lo solicite acerca de un banco de datos determinado; y el cuarto, sobre las correcciones y modificaciones a las inscripciones.

Debe entenderse que en 1999 el legislador no entendía los alcances del problema. Consta en las Actas del debate en Comisiones, que entre otras razones se descartó contemplar la existencia de una Autoridad de Protección de Datos "*para no ser burocráticos*", y que en otra, incluso se debatió acerca de la posibilidad -carente de toda lógica práctica y jurídica- que fuera la Contraloría General de la República la que asumiera este rol.

Ergo, la opción de darle la competencia meramente formal y anodina desde el punto de la fiscalización y las facultades que le son propias en la legislación comparada a las Autoridades de Protección de Datos al Servicio de Registro Civil, quien sólo mantiene un registro de las bases de datos personales del sector público meramente informativo, se acercó -a nuestro parecer- al ámbito de lo que en Derecho Administrativo o Constitucional se conoce como "*la irresponsabilidad del Estado Legislador*", porque en definitiva los únicos perjudicados a la fecha han sido los ciudadanos y/o administrados.

Por cierto, las primeras propuestas acerca de la necesidad de crear para Chile una institucionalidad orgánica relacionada con el procesamiento computacional de datos personales o nominativos las formulamos en 1990-92<sup>48</sup>. Propusimos en aquel entonces la necesidad de reflexionar acerca de la importancia de otorgar a la intimidad, frente a los abusos derivados de la informática, una protección o resguardo "*extrapenal*" -no fue adecuada la denominación, por cierto-. Concretamente, nos preguntamos si estábamos ante una oportunidad para introducir en Chile la institución del *Ombudsman* o Defensor del Pueblo, o si era conveniente la creación de una Superintendencia de Bases y Bancos de Datos.

*¿Qué es lo que no puede hacer el Servicio de Registro Civil?; ¿cuáles son las competencias que no posee y que por ende no se le puede conferir la calidad de Autoridad de Protección de datos?.*

Parfraseando al contenido del Boletín 6120 que a esta fecha está modificando la ley 19.628, dichas competencias serían, por ejemplo:

- (i) mantener un Registro Único Nacional de Bases de Datos;
- (ii) fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones sobre tratamiento de datos personales, pudiendo recabar, en cualquier momento, del responsable del respectivo registro o banco de datos, la información que estimara pertinente;
- (iii) inspeccionar los registros o bancos de datos personales a efectos de verificar el cumplimiento de las obligaciones que establece la ley;

---

<sup>48</sup> JIJENA, Renato (1990-92), páginas 62 y ss.

(iv) requerir la inscripción de los bancos de datos que no estén registrados en el Registro Único Nacional;

(v) dictar instrucciones de carácter general o particular respecto de las condiciones de legitimidad de un tratamiento de datos;

(vi) conocer de las reclamaciones de particulares relacionadas con el ejercicio de sus derechos de protección de datos;

(vii) ejercer potestades sancionadoras contra los responsables de los bancos de datos que infrinjan la normativa sobre protección de datos; y,

(viii) requerir a los responsables y encargados de los tratamientos, previa audiencia de éstos, la adopción de las medidas necesarias para la adecuación del tratamiento de datos a las disposiciones de la ley y, en su caso, ordenar la cesación de los tratamientos y cancelación del registro.

Cabe hacer una referencia, sobre la cual volveremos en el acápite G de la Parte Segunda de este Informe, acerca de la relación de este artículo con lo dispuesto en los artículos 10° y 33 letra m) de la ley 20.285, que establece el acceso a la información administrativa el primero y que mandata al Consejo de Transparencia para velar por la aplicación de la ley 19.628 en el sector público el segundo.

Sobre la competencia del Consejo, debe tenerse presente que ella no significa que pueda asumir como propias las competencias que la ley 19.628 asigna al Registro Civil; antes, muy por el contrario, significa que el Consejo debiera instruir a los servicios públicos para que den cumplimiento a la obligación de registro, en los términos establecidos por el Decreto Supremo 779 que reglamenta este artículo 22.

Y en cuanto al artículo 10°, a nuestro parecer él no es la vía jurídica para acceder al contenido específico de estas bases de datos que administra el Registro Civil, salvo que se quiera conocer acerca de la existencia y el estado del Registro Público, u objetar un informe o certificado específico que administrativamente o mediante un acto administrativo haga el Registro Civil acerca del listado de bases de datos de los servicios públicos que administra.

En primer lugar, porque la información se encuentra disponible en la página web del Registro civil -cuestión de hecho-, y en segundo lugar, porque cuando el artículo 10° alude a *"toda otra información del Estado"* esa mención no puede extenderse a los datos personales o nominativos de los ciudadanos. Aunque por cierto, como consignamos, el Servicio de Registro Civil no conoce de modo alguno el contenido concreto de las bases de datos, sino sólo las descripciones e informaciones que los propios órganos de la Administración le remiten.



De hecho, el propio Servicio informa que él no posee información actualizada porque no mantiene el control acerca de la creación, la posible modificación o la eliminación de una base o banco de datos nominativos.

## **5. Aplicación de la regla general del artículo 4° a los servicios públicos.**

**5.1** Ubicada en el Título I sobre la utilización de datos personales, se trata de la norma más conflictiva y confusa, misma que, en nuestra opinión, es clave para entender que estamos frente a una normativa que apuntó a proteger y legalizar el negocio del procesamiento de datos personales desde la perspectiva de las empresas del ramo, más que a resguardar los derechos de los titulares a quienes aluden o a quienes se refieren los datos personales o nominativos.

El artículo sienta un principio general en materia de procesamiento de datos personales, el que, atendidas las excepciones que luego consagra, no es sino una mera declaración de principios.

Señala que *el tratamiento de los datos personales sólo podrá efectuarse cuando esta ley u otras disposiciones legales lo autoricen, o cuando el titular consienta expresamente en ello.*

Respecto a la *autorización* mediante la cual el titular de los datos personales consiente expresamente en el *tratamiento*, señalan los incisos segundo, tercero y cuarto que tanto su otorgamiento como su revocación deben *constar por escrito*<sup>49</sup>, que la revocación se produce sin efecto retroactivo, y que la persona que autoriza debe ser *debidamente informada* respecto del propósito del almacenamiento de sus datos personales y de su posible “*comunicación*” al público. Como nada se dice, creemos que tal autorización podrá ser otorgada antes -en forma previa- o después de iniciado el procesamiento, con lo cual tendría lugar la denominada *ratificación*.

Fácil es concluir que dicha autorización del titular se transformará en una amplia cláusula tipo, especialmente en los contratos de adhesión<sup>50</sup>.

<sup>49</sup> Entendiéndose además, en conformidad al artículo 3° de la ley 19.799 del año 2003, que homologa y hace equivalentes los soportes documentales o en papel con los magnéticos, electrónicos o digitales, que la exigencia de escrituración legalmente también resiste ser cumplida en forma electrónica, por ejemplo mediante un *email* o un *click* en un formulario llenado *on line* y que quede registrado en un *log* específico. Señala la ley que se si realizan actos por medios electrónicos ellos se reputarán como escritos, y la firma de la autorización podría verificarse o con mecanismos de PKI o criptográficos o con claves de acceso o password que, aplicadas, permitan identificar formalmente al titular de los datos que suscriba la autorización.

<sup>50</sup> Estas cláusulas no son ajenas al actual sistema financiero chileno. Así por ejemplo, en las Condiciones Generales de la solicitud de productos de una Financiera se señala que el solicitante faculta a la entidad “para proporcionar a sus empresas relacionadas todos los datos referidos a mi individualización que he facilitado en la presente solicitud de crédito, tales como nombre y

La ley 19.628 permite excepcionalmente el tratamiento, sin que sea necesaria la autorización del titular, cuando se trate de fuentes de datos personales accesibles al público, y, como hemos visto a propósito del artículo 20°, cuando el tratamiento lo realicen los servicios públicos actuando dentro de su competencia<sup>51</sup>.

La norma consagra diversas excepciones en los incisos quinto y sexto, en relación a la autorización del titular requerida para el tratamiento de los datos.

Establece que en determinados casos no requiere autorización el tratamiento de datos personales que provengan o que se recolecten de *fuentes accesibles al público*, que son, por la ambigua definición del artículo 2°, la verdadera regla general que surge cuando a *contrario sensu* no sean de acceso secreto, restringido o reservado, como es el caso de los datos sujetos a secreto bancario, a secreto estadístico, a secreto tributario o sobre filiación política.

Dichas situaciones de excepción son, taxativa pero muy ampliamente formuladas, las siguientes:

a) Cuando los datos personales sean de carácter económico, financiero, bancario o comercial.

Esta excepción debe ser analizada distinguiendo entre datos patrimoniales “positivos” y “negativos” y en relación con lo dispuesto en los artículos 17°, 18° y 19° (Título III de la ley, únicamente referido a comunicación a terceros de datos personales patrimoniales negativos).

En materia de datos patrimoniales “positivos”, relacionados con los ingresos, ahorros, gastos e inversiones de las personas, esta excepción legal sumada a la amplia definición de fuentes de acceso público, se puede estimar que es inconstitucional, toda vez que vulnera al artículo 19 N°4 de la CPE.

Distinto es el caso de los “negativos” o referidos a insolvencia, mora y protestos, los que, en atención al cuidado del orden público económico y a la luz

---

apellidos, estado civil, domicilio, profesión u oficio, Carnet de Identidad Nacional, Rut, y si fuera requerido para ello, lo faculto para informar a sus empresas relacionadas acerca de los depósitos y captaciones que mantengo y las obligaciones que he contratado...”.

<sup>51</sup> Otras normas legales que permiten y regulan el tratamiento de datos personales son, por ejemplo, las Leyes Orgánicas de los servicios públicos, la ley 20.285 en casos de transparencia activa, la ley 19.970 que permite la creación de un registro de ADN, la ley que permite al Consejo de la Cultura crear un banco de datos personales, la ley 19.799 que obliga a los prestadores de servicios de certificación a tratar con confidencialidad los datos personales de sus clientes o signatarios y mantenerlos en bases de datos, la ley 20.120 sobre investigación científica en el ser humano; la ley 19.397, que establece la Autoridad Sanitaria y faculta al Ministerio de Salud para mantener registros o bancos de datos respecto de las materias de su competencia y tratar datos personales o sensibles; etcétera.

del artículo 19 N°12 de la CPE, sí deben poder ser procesados –con ciertos límites- y obviamente sin el requisito de la autorización previa de sus titulares. En consideración a éstos, y junto con no requerirse autorización para su tratamiento, el artículo 17 se encarga más adelante de precisar cuáles son los que específicamente o en qué casos los datos sobre incumplimiento de obligaciones pueden ser *comunicados* (concepto específico y modalidad de tratamiento) a terceros.

Particularmente grave es la no exigencia de autorización o consentimiento de los titulares de los datos para la actividad consistente en “tratar” (recopilar, procesar, almacenar, cruzar, comunicar, etcétera) antecedentes personales económicos, comerciales, patrimoniales y financieros positivos -que no dan cuenta de insolvencia patrimonial o de protestos-, quizás los más relevantes para las empresas de marketing directo, ya que la naturaleza o el contenido de la información que administran o su cartera de clientes es su principal activo.

b) Cuando los datos personales se contengan en listados relativos a una categoría de personas que se limiten a indicar antecedentes tales como la pertenencia del individuo a ese grupo, su profesión o actividad, sus títulos educativos, dirección o fecha de nacimiento.

La expresión “*tales como*” demuestra que se trata de una enumeración sólo ejemplar o *numerus apertus*. El uso de la expresión se traduce en que será una cuestión de hecho que en definitiva determinarán los tribunales para cada caso concreto sometido a su decisión, definir si un dato personal o nominativo es o no de aquellos contenidos en listados relativos a una categoría de personas que pueden ser tratados –con la amplitud de operaciones que involucra el término- sin autorización de sus titulares.

c) Cuando los datos personales sean necesarios para comunicaciones comerciales de respuesta directa o comercialización o venta directa de bienes o servicios.

La ley aprobada, a diferencia de toda la legislación extranjera, legaliza con mínimas limitaciones el marketing directo. El artículo 4º en comento establece como amplia excepción y perentoriamente, que no se requiere autorización para el procesamiento de datos personales que provengan de fuentes públicas cuando sean necesarios para comunicaciones comerciales de respuesta directa o comercialización o venta directa de bienes o servicios, lo que, sumado a las dos excepciones anteriores o perfilados con los datos a que ellas aluden, declara exento de autorización o control para el titular a un cúmulo demasiado grande de datos nominativos o personales<sup>52</sup>.

---

<sup>52</sup> Difícil tarea tendrán los congresistas que impulsaron la ley para explicar en el futuro la razón de que frente a una actividad esencial para las empresas de marketing directo y que sólo persigue fines de lucro o comerciales, inconstitucionalmente optaron por impedir que los chilenos

d) Cuando el tratamiento de datos personales lo realicen personas jurídicas privadas para el uso exclusivo suyo, de sus asociados y de las entidades a que están afiliadas, con fines estadísticos, de tarificación u otros de beneficio general de aquéllos.

**5.2** Los servicios públicos sólo pueden procesar, tratar, comunicar o publicar los datos cuando una ley los faculte expresamente, o porque, no habiendo autorización legal, previamente obtienen autorización expresa y fundada para ser tratados asociados al nombre de los ciudadanos (*no en forma desagregada o estadística, lo que no requiere autorización ni legal ni expresa*), titulares y propietarios<sup>53</sup> de los datos personales o nominativos que los individualizan.

Repetimos: que no se requiera autorización previa, consentimiento expreso o implícito para recoger, tratar o procesar datos personales de los ciudadanos se debe a que *"la ley"* -fundamentalmente la ley 19.628 en sus artículos 2º, 4º y 20º, los instructivos presidenciales de Gobierno Electrónico, las Leyes Orgánicas de cada servicio, normas especiales, y la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, así lo permiten. Son normas que *"reemplazan a la voluntad, al consentimiento o a la autorización de los ciudadanos"*. En lo que compete al tratamiento de datos personales en los servicios públicos existen además, para algunos, normas especiales que los facultan para operar en forma privativa.

A modo de anticipo, porque volveremos con detalle sobre este punto en la Parte Segunda de este Informe: ...estimamos que no existe fundamento jurídico alguno para entender que las normas del artículo 5º<sup>54</sup> o la del artículo 10º<sup>55</sup> de la

---

"autodeterminen", autoricen y controlen el uso de sus antecedentes. Del mismo modo, se ha permitido legalmente que AFP, ISAPRE, multitiendas, Universidades, Asociaciones Gremiales, órganos públicos, etc. puedan comercializar grandes cúmulos de información, siempre con la ignorancia y sin el consentimiento de los titulares y propietarios de los antecedentes que los individualizan.

<sup>53</sup> Si los ciudadanos son los propietarios de sus datos, los servicios públicos son meros poseedores o tenedores de ellos sujetos a la responsabilidad de los artículos 11 y 23 de la ley 19.628.

<sup>54</sup> Señala: *"En virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado. 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"*.

<sup>55</sup> Dispone: *"Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley. 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*

ley 20.285 constituyen una de aquellas autorizaciones legales para tratar los datos nominativos con prescindencia de la voluntad de su titular, a que alude esta regla general del artículo 4° de la ley 19.628.

En consecuencia, solicitados por un tercero sin expresión de causa o motivo y denegados de entregarse por un servicio público, en sede del amparo al derecho de acceso del artículo 24 de la ley 20.285 el Consejo de Transparencia debería abstenerse de fallar ordenando su entrega, cesión o comunicación. Máxime, cuando el artículo 33 letra m) lo obliga expresamente a velar por la correcta aplicación de la ley 19.628 entre los órganos de la Administración.

### **6. El concepto de "tratamiento de datos personales" en los órganos de la Administración.**

Revisar esta definición es esencial, por cuanto su amplitud es muy grande. Es decir, implica un variado y amplio conjunto de operaciones en relación de los datos personales de los ciudadanos, las que, interpretadas literalmente, significa que actuando dentro de su competencia los servicios públicos pueden desarrollar diversas funcionalidades. Así por ejemplo, si el "tratamiento" implica la "comunicación, cesión o transferencia" de datos personales, cabe interpretar que se encuentran permitidos los convenios de intercambio de datos personales y la comunicación que se haga a terceros mediante su publicación en sitios web.

El amplísimo artículo 2° letra o) señala que es tratamiento de datos personales, lo siguiente:

*"...cualquier operación o complejo de operaciones o procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permitan recolectar, almacenar, grabar, organizar, elaborar, seleccionar, extraer, confrontar, interconectar, disociar, comunicar, ceder, transferir, transmitir o cancelar datos de carácter personal, o utilizarlos en cualquier otra forma".*

No obstante lo amplio de la expresión, tratándose de su uso respecto de servicios públicos no siempre va a significar que éstos puedan realizar todas y cada una de las operaciones descritas. Así por ejemplo, la ley autoriza al INE a tratar la información recopilada de los censos para el cumplimiento de sus funciones, pero esa misma ley, de cara a su necesaria restricción consagra el llamado "secreto estadístico"<sup>56</sup>, lo que le impide al INE el poder comunicar o transmitir a terceros la información respectiva en forma nominada o que se permita con ella identificar a los ciudadanos censados.

---

*presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales".*

La característica de que el tratamiento de datos personales pueda no ser electrónico, informático, telemático o automatizado sino sólo mediante soportes manuales, guarda relación con otra definición, la del artículo 2° letra m, que dispone que legalmente debe entenderse por "registro o banco de datos", al conjunto organizado de datos de carácter personal, "sea automatizado o no y cualquiera sea la forma o modalidad de su creación u organización", que permita relacionar los datos entre sí, así como realizar todo tipo de tratamiento de datos.

### **7. El concepto de "fuentes accesibles al público" aplicable al sistema de tratamiento de datos personales en el Sector Público.**

El concepto legal a esta fecha, en la ley 19.628, es el siguiente:

*"i) Fuentes accesibles al público, los registros o recopilaciones de datos personales, públicos o privados, de acceso no restringido o reservado a los solicitantes".*

El artículo 4° establece que determinadas especies de datos que provengan de fuentes accesibles al público excepcionalmente no requieren autorización de sus titulares para ser tratados.

El artículo 5° inciso quinto señala que no se establecen limitaciones para la transmisión vía redes de "*datos personales accesibles al público en general*".

El artículo 9° establece, a *contrario sensu*, que los datos personales que provengan o se hayan recolectado de fuentes accesibles al público pueden usarse para fines diversos de aquellos con que fueron recolectados.

Por sus deficiencias, ambigüedades y posibles inconstitucionalidades, existe un proyecto en trámite que apunta a reemplazarlo y asignarle el debido alcance y naturaleza al concepto<sup>57</sup>. El gran problema de la definición es que no

---

<sup>57</sup> El artículo, una vez modificado en la forma propuesta por el Boletín 6120 en trámite en la Cámara de Diputados,, quedaría con el siguiente tenor: i) Fuentes accesibles al público, los registros o recopilaciones de datos personales, públicos o privados, cuyo acceso no se haya restringido o reservado sólo a los titulares e interesados en los datos personales que contiene, y que no hayan sido calificados como reservados o secretos en la normativa específica que les rija, tales como, (i) la estadística de los censos; (ii) los listados telefónicos en los términos previstos por su normativa específica; (iii) las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales que voluntariamente se hayan incorporado, consintiendo en el tratamiento público de sus datos, y que contengan únicamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, grado académico, domicilio o residencia e indicación de su pertenencia al grupo; (iv) los diarios y boletines oficiales; y (v) los medios de comunicación social. El responsable del banco de datos deberá arbitrar las medidas necesarias para la correcta identificación por los titulares de datos, de la condición de fuente accesible al público.

aclara lo que debe entenderse por "*acceso no restringido o reservado a los solicitantes*", lo que nos ha dado pie para, desde antes de su entrada en vigencia, reparar las consecuencias de esta mala y ambigua tipificación conceptual.

Parafraseando: fuentes -de datos personales o nominativos- accesibles al público, serán todas aquellas que no sean de acceso restringido o reservado; fuentes no accesibles al público, serán todas aquellas que sean de acceso restringido, secreto o reservado, no de hecho, sino porque la restricción, el secreto o la reserva, al ser de excepción, la establece una norma legal.

A modo de ejemplo, las bases de datos personales del Registro Civil no deben ser consideradas legalmente como "*fuentes accesibles al público*" o fuentes públicas de información, y por ende, son por regla general de acceso restringido o reservado, e incluso secreto, salvo, respecto de los antecedentes personales que pueden obtenerse por la vía de los certificados y porque la ley obliga a este servicio público a entregarlos a los ciudadanos y le permite comercializarlos.

En todas las leyes de protección de datos del Derecho Comparado, el concepto es claro, y alude a fuentes, bases o bancos de datos que por su naturaleza son accesibles al público o públicas, como los diarios oficiales, los listados telefónicos, los medios de prensa, los registros de los Conservadores de Bienes Raíces, etcétera.

En Chile no es así, y la definición debe interpretarse *a contrario sensu*, pero con un alcance distinto según se trate de (i) *bases de datos de los particulares o del sector privado*, o de los (ii) *bancos de datos mantenidos por los servicios u órganos del sector público*.

(i) Para los primeros, bastará determinar cuáles admiten ser consideradas legalmente en Chile como bases de datos de acceso no restringido, reservado o secreto.

Si tenemos presente que los únicos casos "*legales*" de secreto o reserva son -por excepción- el secreto bancario, el secreto tributario, el secreto estadístico, el secreto profesional, el secreto sanitario y el secreto de filiación política, puede considerarse que por regla general y al no existir una ley que establezca lo contrario -que existe reserva o secreto de la fuente o base de datos- todos los restantes registros o bancos de datos personales serán de acceso público, no restringido y no reservado, aplicando el principio de que en Derecho Privado puede hacerse todo aquello que no esté expresamente prohibido.

(ii) Para los segundos, esto es, para que las bases de datos nominativos de los servicios públicos con datos personales o nominativos sean calificables como fuentes accesibles al público y su acceso no considerado restringido o reservado, ello no puede depender sólo de que no exista una norma legal expresa que establezca la restricción o la reserva al acceso de la data personal.

Junto con no existir una prohibición expresa de procesar, "tratar", ceder o comunicar computacionalmente los datos personales, copulativamente debería existir una norma de Derecho Público que -también expresamente y con una concreta finalidad de servicio público- permitiera realizar la comunicación, cesión o publicación ante terceros, es decir, que habilitara al órgano del Estado para ser proveedor de antecedentes nominativos.

Ergo, cabe concluir que por regla general los servicios públicos no son proveedores gratuitos u onerosos de datos personales para el mercado ni para los particulares -terceros diversos del titular individualizado y al que le pertenecen los datos nominativos-.

Lo anterior está, por ejemplo: (i) expresamente permitido para el SERVEL, al que se le autoriza la comercialización de los padrones electorales y esencialmente el número de RUT; (ii) expresamente permitido al Servicio de Registro Civil, que puede comercializar certificados (documentos que contienen datos personales) referidos al estado civil de los ciudadanos como una de sus competencias esenciales de servicio público; (iii) "*al parecer permitido*" al Servicio Nacional de Aduanas (no hemos tenido las normas respectivas a la vista), que comercializa datos de las empresas importadoras y exportadoras referidos a las mercancías (valores, orígenes o proveedores, características, etc.) a cuyo respecto ellas son consignatarias; y, (iv) la ley obliga a los municipios a exhibir públicamente el avalúo de los predios y bienes raíces.

Es factible hacer el análisis aislado de un dato disponible en un servicio público determinado. Así por ejemplo:

(i) En primer lugar *la base de datos con los domicilios de los ciudadanos que administra el Servicio de Registro Civil* no admite ser calificada como una fuente de datos personales accesibles al público en forma masiva y sistematizada, sino que a su respecto incluso regiría la obligación legal de secreto del artículo 7° de la ley 19.628.

(ii) En segundo lugar, la autorización para el tratamiento del dato personal "*domicilio de los ciudadanos*" la otorga la ley en forma supletoria a la voluntad del ciudadano, tanto en los artículos 4° y 20° de la ley 19.628 como en la Ley Orgánica del Registro Civil.

(iii) Y en tercer lugar, la ley no faculta al servicio para entregar en forma masiva bases de datos con los domicilios a requerimiento de cualquier particular o de un a empresa con fines de lucro, sino sólo para emitir certificados (sea en



papel, sea electrónicamente en virtud del artículo 3° de la ley 19.799) en que pudiera constar el dato<sup>58</sup>.

### **8. Finalidad del tratamiento de datos personales.**

Los servicios públicos deben necesariamente procesar los datos personales cumpliendo con la finalidad tenida en vista y declarada al momento de su recopilación o recogida, lo que es un principio esencial en materia de protección de datos personales desde fines de la década de los 70. Cumplida esta condición el tratamiento que se haga podrá calificarse de legítimo o ajustado a derecho.

Así por ejemplo, los hospitales públicos no podrían usar los datos personales de sus pacientes para afiliarlos a un partido político o a un movimiento anti VIH; el MINVU no podrían usar los datos de los beneficiarios de subsidios de vivienda para ofrecerles seguros de incendio y de vida en conjunto con una empresa particular; y, el MIDEPLAN no podría usar datos de becarios de Conicyt para en conjunto con una línea aérea ofrecerles pasajes rebajados.

Establece el artículo 9°:

*"Los datos personales deben utilizarse sólo para los fines para los cuales hubieren sido recolectados, salvo que provengan o se hayan recolectado de fuentes accesibles al público. En todo caso, la información debe ser exacta, actualizada y responder con veracidad a la situación real del titular de los datos".*

La segunda parte del artículo consagra el llamado "*Principio de la calidad de los datos nominativos*".

### **9. Acerca del tratamiento de datos personales sensibles o personalísimos en los órganos de la Administración.**

Dispone a este respecto el artículo 2° letra g), que se trata de una especie del género datos personales, y que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad. Señala, sólo a modo de ejemplo, a (i) los hábitos personales, (ii) el origen racial, (iii) las ideologías y opiniones políticas, (iv) las creencias o convicciones religiosas, (v) los estados de salud físicos o psíquicos y (vi) la vida sexual.

---

<sup>58</sup> Nada podría objetarse si una empresa o un particular con recursos adquiriera por esta vía certificado impresos de, por ejemplo, dos millones de chilenos.

El uso de la expresión “*tales como*” se traduce en que se trata de una cuestión de hecho que en definitiva determinarán los tribunales el definir si un dato personal o nominativo es o no sensible. Es un concepto general, amplio y abierto,

Dispone a este respecto el artículo 10° de la ley 19.628, que *por regla general los datos sensibles no pueden ser objeto de tratamiento, ...salvo (i) cuando la ley lo autorice, (ii) exista consentimiento del titular o (iii) sean datos de salud necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares.*

Esto significa, primero, (i) que para la ley 19.628 las condiciones legales o de legitimidad del tratamiento dependerán de la naturaleza o especie de dato personal tratado, y en segundo lugar, (ii) que los datos sensibles o personalísimos gozan de una protección jurídica mayor que la de los restantes datos personales, que por regla general siempre pueden tratarse si el titular consiente expresamente en que se haga, o si la ley 19.628 u otra ley lo permiten.

Para los sensibles la regla general es la contraria; si no concurren algunas de las tres condiciones de excepción, ellos no pueden tratarse, o si se hace, el tratamiento sería ilegítimo, ilegal o contrario a derecho.

Existen además leyes expresas que aluden al tratamiento de datos personales sensibles por los entes públicos. Es el caso ya mencionado a pie de página de la ley 19.397, que junto con permitirle al Ministerio de Salud tratar y mantener registros respecto de las materias de su competencia y solicitar o requerirle datos personales a otros servicios públicos, *lo faculta expresamente para tratar datos personales o sensibles con el fin de proteger la salud de la población o para la determinación y otorgamiento de beneficios de salud.*

#### **10. La institución del responsable del registro de la base o de los bancos de datos personales de los servicios públicos.**

La letra n) del artículo 2° señala que reviste tal calidad “*la persona natural o jurídica privada, o el respectivo organismo público, a quien competen las decisiones relacionadas con el tratamiento de los datos de carácter personal*”.

El mismo artículo define lo que debe entenderse por “*registro o banco de datos*”, a saber, “*el conjunto organizado de datos de carácter personal, sea automatizado o no*” (pensemos en el cardex de un archivo con tarjetas) “*...y cualquiera sea la forma o modalidad de su creación u organización, que permita relacionar los datos entre sí, así como realizar todo tipo de tratamiento de datos*”.

El artículo 5° faculta al responsable para establecer un procedimiento automatizado de datos personales.

El artículo 6° señala que el responsable tiene la obligación de eliminar, modificar o bloquear datos personales sin necesidad de requerimiento del titular (léase “*de oficio*”).

El artículo 8° dispone que el responsable puede ser un “*mandatario*” para el tratamiento de datos personales, debiendo aplicarse las reglas generales, otorgándose el contrato de mandato por escrito y dejándose especial constancia de las condiciones para el uso de los datos personales, estipulaciones, atribuciones, competencias y funciones que el responsable -y la ley consigna una obviedad- deberá respetar en el cumplimiento del encargo de su mandante; de no hacerlo -...otra obviedad, pero nuestra- le generará responsabilidad ante los eventuales perjuicios ocasionados, tanto contra el titular de los datos como contra el mandante que le encargó contractualmente la gestión del tratamiento y por no haberse cumplido el cometido mandatado en la forma establecida.

El artículo 11° establece que el responsable de los registros o bases de datos personales deberá cuidar de ellos con la debida diligencia. Obviamente agrega que lo hará “*con posterioridad a su recolección*” y que se hará responsable de los daños producidos. Entendemos, en consecuencia, que responde de la culpa leve.

El artículo 12° lo indica como la persona ante quien se ejerce el denominado *Habeas Data* o *Derecho de Acceso*.

El artículo 16° señala que su domicilio determina la competencia de los tribunales.

El artículo 17° faculta al responsable para comunicar a terceros los datos patrimoniales negativos.

Veremos en el acápite sobre los convenios de intercambio de datos personales entre los servicios públicos y empresas particulares las hipótesis de externalización de funciones, esto es, por ejemplo, cuando el servicio y el funcionario público responsable no asumen directamente la gestión de tratamiento, sea porque se transfieren datos personales a empresas externas con las cuales contratan por ejemplo cobranzas judiciales, sea porque se contratan servicios de respaldo de la información de servidores y bases de datos. Pero esta “externalización”, tan conveniente desde el punto de vista de los costos de gestión, no exime de responsabilidades al órgano de la Administración que externaliza.

Un comentario final respecto del responsable y su importancia en el sector privado. Atendido que la ley eliminó la obligación que los responsables queden anotados en un registro público, es factible que los titulares de los datos personales nunca sepan de la existencia del banco de datos o el origen de los

datos y que los responsables actúen en total anonimato y carentes de toda fiscalización por la autoridad.

Paradójicamente, en el Derecho Comparado la conducta consistente en actuar en el ámbito del procesamiento de datos personales sin haberse registrado y sin autorización previa se sanciona con fuertes multas, e incluso es constitutiva de delito penal.

### **11. Obligación de secreto para los responsables de bases de datos de los servicios públicos.**

Por regla general, el procesamiento o el tratamiento de datos personales genera la necesidad de cumplir con una obligación general de secreto para los funcionarios públicos responsables de las bases de datos que expresamente establece la ley, y que de ser vulnerado por el responsable incluso configura el delito informático del artículo 4° de la ley 19.223.

La excepción está dada en el evento de que la base de datos no sea de acceso restringido, reservado o secreto y pueda por ende legalmente calificarse como "*accesible al público*".

Establece el artículo 7°:

*"Las personas que trabajan en el tratamiento de datos personales, tanto en organismos públicos como privados, están obligadas a guardar secreto sobre los mismos, cuando provengan o hayan sido recolectados de fuentes no accesibles al público, como asimismo sobre los demás datos y antecedentes relacionados con la base de datos, obligación que no cesa por haber terminado sus actividades en ese campo".*

Esta obligación de secreto "*general*" es complementaria de otras cargas legales "*especiales*" establecidas por ley, como ocurre en materia de secreto tributario para el Servicio de Impuestos Internos y la Tesorería General de la República, el secreto estadístico para el Instituto Nacional de Estadísticas, o el secreto de filiación política para el Servicio Electoral.

Y sostenemos que se trata de una obligación general por cuanto, conforme a lo ya analizado más arriba, estimamos que las bases de datos personales de los servicios públicos no son fuentes accesibles al público, cosa que no guarda relación alguna con las obligaciones de transparencia que recientemente ha establecido para ellos la ley 20.285, en relación al acceso a la información administrativa administrada o generada por los órganos de la Administración, porque estas obedecen a otra Política Pública, poseen otros fundamentos constitucionales, y exigen otros supuestos de procedencia. Volveremos sobre ello en la Parte Segunda.

## **12. Transferencia telemática o vía redes de datos personales, dentro de Chile y hacia el extranjero.**

Lo que nosotros denominamos transferencia telemática algunos *paper* doctrinarios lo mencionan como la comunicación o la cesión de datos personales a terceros, y se visualiza como un tema central de la ley 19.628, que determina en su articulado las condiciones y requisitos que se deben cumplir para que un órgano de la Administración pueda, por ejemplo, transferir datos personales de los ciudadanos a terceros -sea a otro servicio público, sea a una entidad particular- mediante un procedimiento automatizado.

El artículo 2° letra c) dispone que la "*comunicación o transmisión de datos*" -ambos términos sinónimos para la ley- consisten en dar a conocer los datos de carácter personal a personas distintas del titular, sean determinadas o indeterminadas, y "*de cualquier forma*" o mediante cualquier soporte o canal electrónico o telemático, como son hoy en día -por ejemplo- los mecanismos de *webservice* de la red Internet.

También, a propósito de la definición legal de "*tratamiento*" del artículo 2°, la ley 19.628 usa la expresión "*interconectar*" datos personales o, más precisamente, a los sistemas o bases de datos que los contienen, y se mencionan las operaciones de comunicar, transferir y transmitir información nominativa.

Se trata de un tema que no es de poca relevancia para los servicios públicos en el plano de las transferencias o transmisiones internacionales, ante la existencia de Convenios de doble tributación que implican intercambios de información, o ante la continua conexión vía redes internacionales de los organismos policiales y de seguridad pública.

Y es relevante en el plano local, (i) porque a esta fecha existen procesos telemáticos de cruces de información entre servicios y entre éstos y empresas particulares que se verifican mediante la red Internet y mecanismos de "*webservice*"; (ii) porque algunos servicios públicos transfieren datos personales a empresas externas con las cuales contratan por ejemplo cobranzas judiciales o servicios de respaldo de la información de servidores y bases de datos; o, (iii) porque se están desarrollando -sin el adecuado apego a la legalidad requerida- proyectos como el de la Plataforma Integrada de Servicios Electrónicos del Estado (la PISEE). Volveremos sobre estos temas a propósito de los Convenios suscritos al efecto.

Este artículo 5° en vigencia posee, en si mismo y en el contexto de la ley, cuatro grandes limitantes que justifican u ocasionan su poca aplicación.

La primera, que se señala en el inciso 5° que no se aplicará este artículo cuando se trate de datos personales accesibles al público en general, que, como sabemos, son prácticamente todos los datos personales en conformidad a lo que establecen los artículos 2° letra i) y 4° (la norma no rige para la generalidad de los datos).

La segunda, que alude a responsables de bases de datos personales o nominativos que los “*transmiten*” y que los “*reciben*”, pero estos necesariamente deben estar localizados físicamente dentro del territorio de Chile para que a ambos se les puedan aplicar las restricciones o limitantes.

La tercera, que las restricciones mencionadas son sólo formales o declarativas ya que no existe un ente administrativo que vele, a priori o a posteriori, por su cumplimiento, y porque el titular de los datos no debe ser obligatoriamente informado por el servicio público acerca de la realización de la transferencia.

Y la cuarta, que se presenta particularmente grave en los STDP del sector privado, es que al no existir un registro obligatorio de responsables las transferencias de datos personales, tanto locales como internacionales, pueden verificarse en el más absoluto anonimato.

Preceptúa el artículo 5° que el responsable del registro o banco de datos personales podrá establecer –obviamente es facultativo– un procedimiento automatizado de transmisión, siempre que –es lo declarado formalmente– *“se cautelen los derechos de los titulares y la transmisión guarde relación con las tareas y finalidades de los organismos participantes”*. Se repite en otro inciso que *“el receptor sólo puede utilizar los datos personales para los fines que motivaron la transmisión”*, lo que es coincidente con el artículo 9° de la ley.

No compartimos de modo alguno la sugerencia de que esta norma desconocería la regla general del artículo 4°, y que por ende, nunca se exigirá autorización previa -o ratificación- del titular de los datos para realizarse la comunicación. Las normas deben interpretarse como un todo armónico, y si bien el artículo 5° intenta regular la comunicación y señala que es facultad del responsable comunicar o no, de haber querido el legislador de la ley 19.628 prescindir de la autorización lo habría señalado expresamente y, probablemente, incluido dentro de las excepciones respectivas.

Se establece además –siempre como una interesante declaración de principios– que frente a un requerimiento de datos personales mediante una red electrónica deberá dejarse constancia (i) de la individualización del requirente, (ii) del motivo y el propósito del requerimiento y, (iii) del tipo de datos que se transmiten, y que la admisibilidad del requerimiento será evaluada por el responsable del banco de datos del servicio público que lo reciba pero la responsabilidad por dicha petición será de quien la haga.

Es también cuestionable lo que establece el inciso final a modo de excepción, esto es, que la disposición tampoco es aplicable cuando se transmiten datos personales a organizaciones internacionales en cumplimiento de lo dispuesto en los tratados y convenios vigentes. *¿Y si esas instancias internacionales no aseguran la confidencialidad de las transferencias desde el punto de vista de la seguridad de sistemas y, por ende, de la privacidad de los titulares de los datos transmitidos telemáticamente?*

El análisis sólo académico que hasta la fecha se había realizado del artículo 5° de la ley 19.628 no ha reparado en que la omisión de abordar el tema de la transferencia de datos personales hacia o desde el extranjero ha sido una de las falencias importantes de la ley<sup>59</sup>.

El Boletín 6120 ha propuesto introducir importantes modificaciones en este sentido, agregando un artículo 5 bis expresamente referido al tema.

El establece que no podrán realizarse transferencias de datos personales a países que no proporcionen un nivel de protección adecuado, conforme a la presente ley, salvo autorización previa del *Consejo de Transparencia y de Protección de Datos* -o quien en definitiva sea el órgano ad hoc-, la que sólo podrá otorgarse si se obtienen garantías adecuadas, y que la adecuación del nivel de protección proporcionado por el país de destino será evaluada a la luz de las circunstancias que rodeen a la transferencia, tomándose en consideración (i) la naturaleza de los datos, (ii) la finalidad y duración del tratamiento, (iii) el país de origen, (iv) el país de destino y (v) las reglas relativas al tratamiento que existan en ese país<sup>60</sup>.

El Mensaje había anticipado que se regulaba el flujo transfronterizo de datos, exigiéndose autorización del Consejo (autoridad controladora) respecto de

---

<sup>59</sup> Basta considerar el tema además desde la perspectiva práctica de un banco o de una empresa transnacional que posea filiales en Chile y que opere de la mano de un servidor "ASP"<sup>60</sup> o central ubicado en el extranjero, donde en definitiva se realizarán las transacciones o donde se almacenará la data personal o nominativa de los cuentacorrentistas o de los clientes de la empresa transnacional.

<sup>60</sup> Agrega el propuesto artículo 5° bis: *"se exceptúan de la prohibición prevista en el inciso primero, la transferencia consentida por el titular de datos, y los casos en que ésta fuere necesaria para la ejecución de un contrato entre el interesado y el responsable del registro o base de datos; para la aplicación de medidas precontractuales adoptadas a petición del interesado; para la celebración o ejecución de un contrato entre el responsable del registro o banco de datos y un tercero en interés del interesado; para el reconocimiento, ejercicio o defensa de un derecho en un proceso judicial; o para la protección del interés vital del interesado. Queda asimismo exceptuada la transferencia internacional de datos personales que resulte de la aplicación de tratados o convenios internacionales en los que el Estado de Chile sea parte, o bien cuando la transferencia fuere necesaria o legalmente exigida para salvaguardar un interés público o cuando se haga a efectos de prestar o solicitar auxilio judicial internacional"*.

aquellos países que no cumplan con un nivel de protección adecuado para realizar la comunicación de los antecedentes nominativos.

### **13. Gestión diligente y normas sobre responsabilidad del administrador o funcionario público "responsable" de la base de datos del servicio público.**

Establece el artículo 11° que el responsable de los registros o bases donde se almacenen datos personales con posterioridad a su recolección deberá cuidar de ellos *"con la debida diligencia"*, haciéndose responsable de los daños.

Y en el Título V, sobre la responsabilidad por las infracciones a esta ley, el artículo 23° dispone que la persona natural o jurídica privada *"o el organismo público"* responsable del banco de datos personales deberá indemnizar el daño patrimonial y moral que causare *"por el tratamiento indebido de los datos"*, sin perjuicio de proceder a eliminar, modificar o bloquear los datos de acuerdo a lo requerido por el titular o, en caso, lo ordenado por el tribunal<sup>61</sup>.

Adicionalmente y como veremos, todo servicio público que trate datos personales debe implementar las medidas de seguridad de sistemas que en forma obligatoria establece el Decreto Supremo N°83 del año 2005, definidas en base a estándares internacionales o a las normas ISO sobre el tema. La base esencial de este trabajo fue una norma publicada el año 2003 por el INN; de hecho, el Decreto 83 se refiere a ella reiterada y expresamente, y fue la que tradujo, a su vez, la Norma ISO 17799 (sobre seguridad de sistemas, servidores y bases de datos).

La norma del INN es la *NCh2777.of2003*, y se denomina como *"Código de Práctica para la gestión de la seguridad de la información"*.

Veremos más adelante el tema de la seguridad que legalmente cabe esperar de los responsables de los STDP de los servicios públicos. Esta obligación llega, a la luz de lo dispuesto por el Decreto Supremo 83 sobre seguridad y confidencialidad de los documentos electrónicos, incluso a la necesidad de determinarse previa y expresamente a un funcionario *"Responsable de la Seguridad de los Sistemas"* del servicio público, nombrado mediante resolución expresa; este encargado, por ejemplo, deberá permanentemente monitorear, auditar y fiscalizar el desempeño de las labores de procesamiento que les sean encomendadas, en conformidad a mecanismos técnicos de monitoreo y control de cumplimiento que en su momento se determinen.

Y veremos como mediante el Boletín 6120 modificadorio de la ley 19.628, al decir de su Mensaje, el proyecto establece para el futuro -mediano plazo tal vez, a

---

<sup>61</sup> En el acápite G de este informe se analizan los cambios propuestos en este ámbito por el Boletín 6120 en actual trámite parlamentario.



riesgo de equivocarnos- (i) que el responsable del tratamiento de datos deberá adoptar todas las medidas técnicas y organizativas que garanticen la seguridad de los datos; y, (ii) que para fijar las condiciones de seguridad ellas serán definidas reglamentariamente y no quedarán a discreción del responsable del tratamiento de datos, salvo que se disponga otra cosa en un tratado del que Chile sea parte, exista interés público comprometido, o ello sea en interés del propio titular.

De cara a la naturaleza de la responsabilidad que para los servicios públicos establece el artículo 11, esto es, si es subjetiva o por falta de servicio u objetiva o por riesgo, no conocemos -salvo error u omisión- fallos de los tribunales que hayan resuelto el tema.

Una opción es la de entender que se establece un sistema de responsabilidad objetiva, donde se prescinde de la existencia de culpa o dolo en el funcionario público, y donde bastaría la constatación de que el tratamiento de datos personales haya sido sin "*la debida diligencia*" que establece el artículo 11 o "*en la forma indebida*" que menciona el artículo 23 y a consecuencia de lo cual un titular de datos resulta perjudicado o "*conculcado en el legítimo ejercicio de sus derechos a consecuencia del tratamiento*" -como alguna vez propuso un proyecto de ley hoy abandonado de tramitación-, en un ámbito de alta complejidad técnica donde son reales y concretos los riesgos derivados del uso de la informática o de la telemática, de los servidores, de las redes y de bases o bancos de datos.

Otra opción, también con fundamento plausible, es la de considerar que por el uso de las mismas expresiones se exigiría falta de diligencia culposa o dolosa en la conducta del funcionario público responsable del tratamiento.

A nosotros nos acomoda aplicar respecto de los servicios públicos, supletoriamente y por vía de interpretación e integración de la norma, lo que establece el artículo 42 de la LGBAE, esto es, que los servicios públicos serán responsables del daño que causaren por falta de servicio, agregándose que el Estado tendrá el derecho de repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal<sup>62</sup>.

#### **14. *Carácter personalísimo y limitaciones de Orden Público del ejercicio del derecho de acceso o Habeas Data del artículo 12.***

---

<sup>62</sup> Esta norma, sobre la cual volveremos, es la que sustenta en doctrina el afirmar que el Estado Chileno y sus funcionarios son subjetivamente responsables, y que la falta de servicio exige expresamente probar la falta; es decir, no bastaría con la relación de causalidad sino que es necesaria la existencia real de la falta, sea de funcionamiento, de funcionamiento tardío o de deficiente funcionamiento del servicio público, causándose un perjuicio a los usuarios o destinatarios del servicio.

**14.1** Esta garantía esencial de toda ley de protección de datos y las facultades que de ella derivan, mismas que por su importancia en varios países tienen rango constitucional, están reguladas en los artículos 12º, 13º, 14º, 15º y 16º de la ley, que son los primeros del Título II sobre *Derechos de los titulares de datos*, y se ejercen precisamente ante quien aparezca como responsable del registro.

La norma establece -en su inciso primero- que toda persona natural y titular de los datos -único legitimado activo del Habeas Data (sea que actúe personalmente o jurídicamente representado)- tiene el *derecho de exigir a quien sea responsable de un banco que se dedique en forma pública o privada al tratamiento de datos personales, "información sobre los datos relativos a su persona" -no respecto de terceros-*, su procedencia y destinatario, el propósito del almacenamiento y la individualización de las personas u organismos a los cuales sus datos son transmitidos regularmente<sup>63</sup>.

Agrega que *-habiéndose en síntesis tomado conocimiento de su exactitud o inexactitud y veracidad o falsedad- ...en caso de que los datos personales sean erróneos, inexactos, equívocos o incompletos, y así se acredite, tendrá derecho a que se modifiquen o rectifiquen y que sin perjuicio de las excepciones legales podrá exigir que se eliminen, cancelen o bloqueen, en caso de que su almacenamiento carezca de fundamento legal o cuando estuvieren caducos. Dos acápite más abajo volveremos sobre el análisis de estos derechos.*

En el contexto del sector público y en el marco de los controles legales y administrativos de la gestión del Estado, este artículo 12 es el elemento esencial que permite e instrumentaliza en derecho un control directo y -en teoría- ejecutivo acerca de la legalidad del tratamiento de datos, control o examen administrativo que se verifica *"a posteriori"* por el titular de los antecedentes nominativos que busca autodeterminar y fiscalizar que el tratamiento no sea ilegal, arbitrario o abusivo. *Es dable calificar este Habeas Data, ejercido contra los órganos de la Administración, como un procedimiento contencioso administrativo especial.*

Este titular debe recurrir obligatoria e inicialmente -a modo de agotamiento de la vía previa- ante el responsable del registro, base o banco de datos en un servicio público determinado<sup>64</sup>, para ejercer extrajudicialmente su derecho de acceso.

Si aquel responsable del registro o banco de datos nada dice, no se pronuncia dentro de un plazo de 48 horas o de dos días hábiles dice la ley, frente

---

<sup>63</sup> Esta garantía procesal se espera que en el mediano plazo adquiera rango constitucional. Ya se han presentado dos Mociones al efecto para agregar la facultad como un nuevo inciso segundo del artículo 19 N°4 de la Constitución. Sobre el tema, véase la URL <http://www.habeasdata.org.cl/2009/05/15/nuevamente-se-avanza-en-materia-de-constitucionalizacion-del-habeas-data/>.

<sup>64</sup> De acá deriva la importancia de que el ciudadano conozca claramente su identidad.

a o incluso también denegando una solicitud de acceso, de modificación, de eliminación, de cancelación o de bloqueo, el titular posee un segundo ámbito de reclamo y de control ya no administrativo, ante los Tribunales de Justicia ordinarios, mediante la acción de derecho de acceso o de Habeas Data y un procedimiento sumario que establece el artículo 16<sup>o65</sup>.

El artículo 6°, extrañamente, repite varios de los conceptos también contenidos en el artículo 12. Ambos artículos debieron haberse refundido en uno solo. Repite la idea de que los datos personales pueden *eliminarse o cancelarse* cuando hayan sido almacenados sin fundamento legal o cuando estén caducos<sup>66</sup>. Señala que deberán *modificarse* cuando sean errados, inexactos, equívocos o incompletos<sup>67</sup>. Lo que es nuevo y exclusivo de este artículo es el establecer perentoriamente que deberán *bloquearse* cuando no se pueda establecer su exactitud o su vigencia sea dudosa, y en cualquiera de ambos casos no corresponda su *cancelación*<sup>68</sup>.

**14.2** Una distinción y/o aclaración desde ya, a modo de anticipo, porque incluso Tribunales Ordinarios de Justicia (en concreto la I. Corte de Apelaciones de Santiago) se han confundido conceptualmente en cuanto a su naturaleza y alcance<sup>69</sup>.

---

<sup>65</sup> En conformidad a las reglas generales del Derecho, y así ha ocurrido, no existe impedimento alguno para optar por interponerse recursos de protección invocando la violación del artículo 19 N°4 de la Constitución, los llamados recursos de amparo económico o demandas de indemnización de perjuicios mediante juicios ordinarios, todos ellos, para buscar que se sancionen posibles tratamientos arbitrarios o ilegales y el uso ilícito o indebido de datos personales, y que se reparen los posibles perjuicios causados por la negligencia del servicio público.

<sup>66</sup> El inciso tercero del artículo 12 señala que “*sin perjuicio de las excepciones legales, podrá, además, exigir que se eliminen, en caso de que su almacenamiento carezca de fundamento legal o cuando estuvieren caducos*”.

<sup>67</sup> El inciso segundo del artículo 12 repetirá más adelante que “*en caso de que los datos personales sean erróneos, inexactos, equívocos o incompletos, y así se acredite, tendrá derecho a que se modifiquen*”.

<sup>68</sup> El artículo 15° establece que “*no podrá solicitarse información, modificación, cancelación o bloqueo de datos personales cuando ello impida o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones fiscalizadoras del organismo público requerido, o afecte la reserva o secreto establecidos en disposiciones legales o reglamentarias, la seguridad de la Nación o el interés nacional*”, y que “*tampoco podrá pedirse la modificación, cancelación o bloqueo de datos personales almacenados por mandato legal, fuera de los casos contemplados en la ley respectiva*”.

<sup>69</sup> En fecha reciente, un fallo de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, al conocer de un reclamo de ilegalidad ante la declaración de incompetencia del Consejo de Transparencia para pronunciarse respecto a la denegación de una solicitud de información interpuesta ante el Banco del Estado (véase la URL [http://www.consejotransparencia.cl/prontus\\_consejo/site/artic/20091026/pags/20091026114231.html](http://www.consejotransparencia.cl/prontus_consejo/site/artic/20091026/pags/20091026114231.html)) ha confundido al acceso del artículo 10° con el habeas data de la ley 19.628. Hoy, al invocarse el ejercicio del *Derecho de Acceso a la Información Pública* consistente en actos y documentos de los órganos estatales, resulta preocupante ver como se desnaturaliza esta otra garantía muy poco conocida-, que posee un objeto y una razón de ser radicalmente diversa.

La causa original que dio lugar al Recurso de Ilegalidad fue un Amparo por denegación de solicitud de información -contemplado en la ley 20.285 y no en la 19.628- interpuesto por un señor Pérez Castro en contra del Banco Estado, respecto al cual el citado Consejo resolvió que no era

(I) En Chile legalmente a esta fecha existe este "*Habeas Data*" del artículo 12 de la ley 19.628 en estudio.

(ii) Con otra finalidad jurídicamente distinta que el control y la autodeterminación de los propios datos personales, existe también legalmente el derecho de acceso del artículo 10° de la ley 20.285<sup>70</sup>, mediante el cual cualquier ciudadano o toda persona tiene derecho a solicitar y a recibir información pública sobre la gestión de cualquier órgano de la Administración, conforme a ciertos principios y con el amparo y/o la tutela del Consejo de Transparencia.

(iii) Con una finalidad similar pero en el contexto de un procedimiento administrativo en curso, el artículo 17 de la ley 19.880 sobre el tema, contempla el derecho de las personas en sus relaciones con la Administración -entre otros- para conocer en cualquier momento el estado de la tramitación de los procedimientos en que sean interesados, para obtener copia autorizada de los documentos del expediente y la devolución de los originales, y para "*acceder a los actos administrativos y sus documentos en los términos previstos en la ley*".

El nuevo inciso primero que se propone incorporar al artículo 12 en el Boletín 6120 mencionado y en trámite en la Cámara de Diputados a esta fecha, establece que si se desconoce la identidad del responsable de la base de datos en un servicio público, toda persona podrá solicitar información sobre la existencia de tratamientos de datos de carácter personal que pudieran afectarle, sus finalidades y todos los antecedentes necesarios para la identificación del responsable del tratamiento, acudiendo al "*Registro Único Nacional de Bancos de Datos*". Pero esta opción, es independiente de quien sea la entidad o el órgano que en definitiva administre dicho banco de datos, a saber, una Secretaría ad hoc, una Agencia de

---

competente para conocer del amparo por tratarse de un recurso en contra de una empresa pública a cuyo respecto sólo tenía competencia en materia de Transparencia Activa (esto es, para fiscalizar lo que obligatoriamente debe publicarse en Internet). Más específicamente, el Consejo había estimado por mayoría que no se trataba de una denegación ante el Amparo deducido sino de una declaración de incompetencia. La Corte de Apelaciones de Santiago hizo público un fallo de la Séptima Sala en el cual resolvió por unanimidad rechazar el Recurso de Ilegalidad por considerarlo "extemporáneo" (se había presentado fuera de fecha, ya que la ley 20.285 otorga un plazo máximo de 15 días para la interposición ante la Corte de Apelaciones), pero -y acá radica el error conceptual y jurídico- en la misma resolución determinó que el Consejo para la Transparencia era "*plenamente competente para conocer del reclamo de habeas data deducido por el recurrente contra el Banco del Estado*".

<sup>70</sup> Señala la norma: "*Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley*"; y agrega, que "*...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*".

Protección de Datos, o el Consejo de Transparencia de la ley 20.285 devenido además en Consejo de Protección de Datos<sup>71</sup>.

Es un grave error jurídico el creer que esta nueva opción nace o deriva de la existencia de la ley de acceso a la información administrativa, la 20.285, o que este Habeas Data para la autodeterminación de los datos personales necesita o evidencia su naturaleza de ser complementario con el acceso a los actos, contratos, documentos y resoluciones de la Administración.

Esta modificación del Boletín 6120, en cuanto a la creación de un órgano ad hoc que administre un registro para terminar con el anonimato que desde 1999 existe en Chile acerca de la identidad de los responsables de bases de datos en el sector privado, deriva de que se trata de un elemento esencial de las leyes de protección de datos que existen desde 1978 a la fecha, y no podía evitarse de ser agregada de cara al objetivo de cumplir con los estándares europeos en general y de la OECD en particular, que es el objetivo central de las modificaciones en curso. Todo se podía haber propuesto legislar, aún cuando no se hubiera creado en Chile el año 2008 el Consejo de Transparencia.

No es efectivo que el derecho a la vida privada, en su aspecto positivo o de control, autodeterminación y fiscalización<sup>72</sup> esté directamente relacionado con el derecho de acceso a la información del Estado. Al contrario, como desarrollaremos, no guardan relación alguna, en cuanto a sus fundamentos, finalidad u objetivos y legitimados activos o titulares.

A mayor abundamiento: cuando se afirma que "*...los derechos que pueden ejercer los titulares de los datos personales registrados en bancos de datos exigen, como requisito previo, ejercer el derecho de información y acceso a la misma, ...pues sin éste derecho esencial la protección de datos personales se volvería ilusoria, dejando sin contenido los derechos de rectificación, cancelación e indemnización*"<sup>73</sup>, no debe olvidarse que este acceso es el del Habeas Data que

---

<sup>71</sup> Como veremos, si se acogiera la tesis de que el concentrarse ambas funciones —la de promover el acceso a la información administrativa o del Estado y la de velar por la protección de datos de carácter personal— en el Consejo de Transparencia, la labor de ponderación frente a un requerimiento en sede de la ley 20.285 que contenga o aluda a datos o antecedentes personales o nominativos quizás sí podría ser realizada de una manera más eficiente. *Pero, esto sólo tratándose de habeas data presentados contra los servicios públicos*, porque nada puede decir -a esta fecha- el Consejo de Transparencia cuando se alude a la problemática del tratamiento de datos personales en el sector privado.

<sup>72</sup> La perspectiva "*negativa*" dice relación con la forma en que surgió el concepto de privacidad, como opción de ser eliminado o dejado a solas, y esto no es socializante.

<sup>73</sup> Calificándose como una "*estrategia emergente para el desarrollo de la protección de datos en Chile*", esta propuesta se ha formulado por dos abogados del Consejo de Transparencia en la URL [http://www.consejotransparencia.cl/prontus\\_consejo/site/artic/20091214/pags/20091214173541.html](http://www.consejotransparencia.cl/prontus_consejo/site/artic/20091214/pags/20091214173541.html)

nació en la jurisprudencia, las leyes y la doctrina extranjera para que el titular de sus propios antecedentes pueda controlar y autodeterminar únicamente el uso que se haga de ellos.

En la Parte Segunda nos hacemos cargo de la tesis -para refutarla- que sostiene que cuando el derecho de acceso de la ley 19.628 se ejerce respecto de un organismo público, responsable del banco de datos, existiría coincidencia eventual entre el derecho de acceso a que alude la ley 20.285; este sería de carácter general -se afirma-, y el derecho de acceso a los datos a que se refiere la ley 19.628 sería de carácter particular<sup>74</sup>.

**14.3** Los servicios públicos sólo deben atender las peticiones de Habeas Data o derecho de acceso que presenten los ciudadanos para controlar y autodeterminar los datos personales cuando sean realizadas por los propios titulares individualizados y por el sólo hecho de serlo, sin necesidad de acreditar o manifestar otro interés legítimo que el de querer autodeterminar y controlar sus propios antecedentes personales, pero sin que puedan entorpecer la gestión de la Administración del Estado, salvo -por cierto- que provengan de fuentes accesibles al público.

Esto lo consagra el artículo 15°, en los siguientes términos:

*"No obstante lo dispuesto en este Título, no podrá solicitarse información, modificación, cancelación o bloqueo de datos personales cuando ello impida o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones fiscalizadoras del organismo público requerido, o afecte la reserva o secreto establecidos en disposiciones legales o reglamentarias, la seguridad de la Nación o el interés nacional. Tampoco podrá pedirse la modificación, cancelación o bloqueo de datos personales almacenados por mandato legal, fuera de los casos contemplados en la ley respectiva".*

---

<sup>74</sup> La propuesta concretamente se fundamenta de esta manera: "...Lo anterior, pues el artículo 10 de la Ley de Transparencia dispone que "Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley". Y agrega que "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". No existe fundamento jurídico alguno, en las actas de la tramitación legislativa, para sostener esta afirmación.

**15. Regulaciones para la gestión de los servicios públicos desde la perspectiva de los "Principios del Derecho de Protección de Datos Personales" recogidos por la ley 19.628.**

No es libre la gestión administrativa que realicen los servicios públicos mediante STDP; pero además de las normas expresas ya referidas, subyacen en la ley 19.628 diversos "*principios esenciales*" que inspiran la regulación, recogidos de la legislación y la doctrina extranjera y que pueden configurar un verdadero "*Código Deontológico*" para los funcionarios públicos responsables del tratamiento de los datos nominativos de los ciudadanos.

Ellos son, y a ellos alude el Mensaje del Boletín 6120 ya referido, el principio (i) *del consentimiento del titular*, el (ii) *de los datos personales especialmente protegidos*, el (iii) *de la calidad de los datos*, el (iv) *de seguridad -y agreguemos de la responsabilidad*, el (v) *de secreto* y el (vi) *de la cesión o transferencia telemática de datos personales*.

La ley dispone que el titular de los datos es la persona natural a la que se refieren los datos de carácter personal, y establece formalmente como principio general que el tratamiento de los datos personales que haga el órgano de la Administración sólo puede efectuarse cuando disposiciones legales lo autoricen o *el titular consienta expresamente en ello*, precisándose que la autorización puede ser revocada por escrito y sin efecto retroactivo. Si es una ley la que lo autoriza, por cierto, la voluntad general del legislador viene a suplir la voluntad particular del titular.

Se menciona el *principio de los datos especialmente protegidos*, porque las leyes de protección de datos tratan de un modo especial a los datos sensibles, una especie del género dato personal.

Si por definición el género lo forman los datos relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables, la especie "datos sensibles" son -para el artículo 2° de la ley 19.628 y para la ley 20.285 y su Reglamento por cierto- aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual.

El principio general es que este tipo de datos "*personalísimos*" no pueden ser objeto de tratamiento, salvo cuando la ley lo autorice, cuando exista consentimiento del titular, o cuando se trate de datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares.

En cuanto al *principio de la calidad de los datos nominativos* que procesen los servicios públicos, se dispone que la información que se trate en los STDP debe ser exacta, actualizada y responder con veracidad a la situación real del titular de los datos, y por ende se define el dato personal caduco y se contemplan varios instrumentos para resguardar este principio. A saber: los datos personales deben ser eliminados o cancelados cuando su almacenamiento carezca de fundamento legal o cuando hayan caducado; los datos han de ser modificados cuando sean erróneos, inexactos, equívocos o incompletos; y los datos deben bloquearse cuando su exactitud no pueda ser establecida o cuando su vigencia sea dudosa.

En cuanto al *principio de seguridad*, él se manifiesta en alguna medida en la existencia de un procedimiento de disociación o desagregación de datos personales, a saber, cuando el servicio público debe garantizar que el tratamiento de datos personales y la información que se genere no podrá asociarse a persona determinada o determinable (lo que ocurre en la práctica cotidiana de los servicios públicos, por ejemplo, mediante el uso de datos fictos o sólo referenciales).

Pero la consagración del principio de la seguridad es más evidente cuando se establece que el responsable de los registros o bases de los servicios públicos donde se almacenen datos personales de los ciudadanos, con posterioridad a su recolección debe cuidar de ellos con la debida diligencia y haciéndose responsable de los daños.

El *principio del secreto*, con una dimensión general, se recoge cuando se dispone que los funcionarios públicos que operan en el tratamiento de datos personales están obligados a guardar secreto sobre los mismos, en la medida que provengan o hayan sido recolectados de fuentes no accesibles al público, como asimismo sobre los demás datos y antecedentes relacionados con la o las bases de datos, obligación que permanece en el tiempo y no cesa por haber terminado sus actividades en el ámbito del STDP.

Por último, se menciona -y así lo recoge el Boletín 6120 que a esta fecha se tramita para modificar la ley 19.628-, el llamado "*principio de cesión*" o para nosotros de la transferencia telemática que realicen los servicios públicos, relevante en la práctica, como señalamos más arriba, porque existen procesos telemáticos de cruces de información entre servicios y entre éstos y empresas particulares que se verifican mediante la red Internet y mecanismos de "*webservice*", o porque a esta fecha se están desarrollando proyectos como el de la *Plataforma Integrada de Servicios Electrónicos del Estado*.

En síntesis, de acuerdo a este principio: (i) los datos que existan en una base, pueden darse a conocer, y se define comunicación o transmisión de datos como dar a conocer de cualquier forma los datos de carácter personal a personas distintas del titular, sean determinadas o indeterminadas; (ii) la comunicación puede surgir a consecuencia de una iniciativa del responsable de la base o a



requerimiento de un tercero; (iii) el responsable del registro o banco de datos personales puede establecer un procedimiento automatizado de transmisión, siempre que se cautelen los derechos de los titulares y la transmisión guarde relación con las tareas y finalidades de los organismos participantes; y (iv) el receptor sólo puede utilizar los datos personales para los fines que motivaron la transmisión.

Salvo, haciendo excepción a todo lo anterior, que se trate de datos personales accesibles al público en general o que se transmitan datos personales a organizaciones internacionales en cumplimiento de lo dispuesto en tratados y convenios vigentes.

Por cierto, debe considerarse el *carácter internacional de los principios del derecho de protección de datos personales*. Un reciente encuentro realizado en la ciudad de Madrid ha generado un documento que merece ser referido y tenido a la vista si se desea profundizar en sus contenidos y alcances<sup>75</sup>.

**16. Regulaciones para la gestión de los servicios públicos desde la perspectiva de los "Derechos para la protección de datos personales" recogidos por la ley 19.628.**

De cara a los específicos derechos que consagra la actual regulación en los artículos 12, 13 y 14, para que los ciudadanos titulares de los datos personales registrados en bases y bancos de datos de los servicios públicos puedan controlar y autodeterminar el tratamiento de sus antecedentes propios y nominativos, *el responsable del STDP del órgano del Estado podría ser objeto de un (i) derecho de información y acceso, de un (ii) derecho de rectificación, de un (iii) derecho de cancelación o eliminación, de un (iv) derecho de bloqueo y de un (v) derecho de indemnización.*

Derecho "*de acceso o información*", porque toda persona titular de datos personales puede exigir al funcionario público que sea responsable de un banco de datos dedicado al tratamiento de datos personales, información sobre (i) los datos relativos a su persona, (ii) su procedencia y (iii) destinatario, (iv) el propósito o finalidad del almacenamiento y (v) la individualización de las personas u organismos a los cuales sus datos son transmitidos "*regularmente*" -dice la ley-. Incluso más, dispone el artículo 14 de la ley que si los datos personales están en un banco de datos al cual tienen acceso diversos organismos o servicios públicos, el titular puede requerir información a cualquiera de ellos.

<sup>75</sup> El documento puede verse en la URL [https://www.agpd.es/portalweb/canaldocumentacion/common/estandares\\_resolucion\\_madrid.pdf](https://www.agpd.es/portalweb/canaldocumentacion/common/estandares_resolucion_madrid.pdf).

De este derecho principal derivan los restantes; sabido que sea que se están tratando datos personales en un STDP de un servicio público, y conocida además su exactitud o inexactitud, licitud o ilicitud y finalidad debida o no, su titular podrá rectificarlos, cancelarlos, eliminarlos o bloquearlos.

Derecho "*de rectificación o de modificación*", definido legalmente como la solicitud de todo cambio en el contenido de los datos almacenados en registros o bancos de datos, cuando ellos sean "*erróneos*", "*inexactos*", "*equivocos*" o "*incompletos*", y se acredite esta falta de idoneidad o de calidad de ellos.

Un derecho "*de cancelación o de eliminación*" definitiva, que es procedente en caso que el almacenamiento de datos personales "*carezca de fundamento legal*" o cuando "*estuvieren caducos*", cuando se hubieren proporcionado voluntariamente los datos personales, o cuando se usen para comunicaciones comerciales y el titular no desee continuar figurando en el registro respectivo, sea de modo definitivo o temporal.

Y un derecho "*de bloqueo*", que se le confiere al titular de los datos para pedir la suspensión temporal de las operaciones de tratamiento de datos y que estos no sean comunicados o transferidos a terceros, cuando los antecedentes nominativos no sean susceptibles de ser determinados en cuanto a su exactitud o a su vigencia, y no puedan ser cancelados o eliminados.

Con el propósito de asegurar la efectividad de estos derechos, complementariamente la ley 19.628 establece tres "*garantías legales*".

(i) En primer lugar, *la información, modificación o eliminación* de los datos es gratuita -y los mismo debe estimarse cuando se pida el "*bloqueo*" de los datos-, debiendo proporcionarse, además, a solicitud del titular, copia del registro alterado en la parte pertinente, siempre y cuando hayan transcurrido seis meses desde la última vez que se hizo uso de este derecho.

(ii) La segunda garantía consiste en que si los datos personales cancelados o modificados hubieren sido comunicados previamente a personas determinadas o determinables, el responsable del banco de datos del servicio público debe avisarles a la brevedad posible la operación efectuada; y si no es posible determinar las personas a quienes se les comunicó, debe ponerse un aviso que pueda ser de general conocimiento para quienes usen la información.

(iii) La tercera garantía consiste en que por regla general el derecho de las personas a la *información, modificación, cancelación o bloqueo* de sus datos personales no puede ser limitado por medio de ningún acto, contrato o convención (actos prohibidos por esta ley especial que, de concretarse, serían nulos y sin ningún valor), ...salvo, que la solicitud de información, modificación, cancelación o bloqueo de datos personales impida o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones fiscalizadoras del organismo público requerido, o afecte la reserva o

secreto establecidos en disposiciones legales o reglamentarias, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

Y existe un cuarto derecho esencial a favor del titular, a saber, el de obtener una "*indemnización*" del servicio público responsable del banco de datos personales, que debe indemnizar el daño patrimonial y moral que se cause por el tratamiento indebido de los datos, sin perjuicio de proceder a eliminar, modificar o bloquear los datos de acuerdo a lo requerido por el titular o, en su caso, lo ordenado por el tribunal<sup>76</sup>.

Como ya vimos, el artículo 15° limita el ejercicio de estos derechos en algunos casos.

### ***17. Competencia de los servicios públicos para publicar datos personales patrimoniales y negativos de los ciudadanos en el sistema de información comercial vigente en Chile.***

**17.1.** La hipótesis de trabajo es la siguiente: *¿aplica el Título III de la ley 19.628 a las deudas y a la morosidad de los ciudadanos frente a las obligaciones patrimoniales de Derecho Público que establece la ley y que no se cumplan?*

Existen fallos expresos de los Tribunales Superiores de Justicia (ICA de Santiago el 2001, ICA de Concepción el 2002, ICA de Punta Arenas el 2006 y la Corte Suprema) que han establecido la opción de la negativa.

#### **17.2.** *Sobre el contenido del Título III de la ley 19.628.*

Nada tiene que ver este tópico con la protección de la intimidad o privacidad, tanto en cuanto datos personales o nominativos. Ocurre que la publicidad de la data sobre mora y protestos comerciales es necesaria para mantener la vigencia del orden público económico, y solo un análisis sesgado podría considerar que quien ha vulnerado recurrentemente la buena fe comercial incurriendo en conductas de incumplimiento de obligaciones posee la facultad, constitucional y legal, de invocar el resguardo de su privacidad para evitar la publicación de sus antecedentes negativos.

Los temas de fondo que subyacen son, en consecuencia, los de la necesidad de conocer la solvencia económica de las personas naturales y

---

<sup>76</sup> Procesalmente, la acción consiguiente puede interponerse conjuntamente con la reclamación destinada a establecer la infracción y se sujeta al procedimiento sumario; en el juicio, el juez debe tomar todas las providencias que estime convenientes para hacer efectiva la protección de los derechos que la ley establece; la prueba se aprecia en conciencia; y el monto de la indemnización debe ser establecido prudencialmente por el juez, considerando las circunstancias del caso y la gravedad de los hechos.

jurídicas, y el del acceso al crédito para quienes en el pasado han incurrido en el incumplimiento de obligaciones comerciales; respecto a lo segundo se argumenta que ellos tienen un *"derecho al olvido"*, y que en consecuencia la data personal y patrimonial negativa sólo debiera ser publicada y conocida por un determinado lapso de tiempo<sup>77</sup>.

En síntesis:

(i) Los datos personales patrimoniales negativos siempre serán tipos de datos públicos, porque así se ha establecido –por la ley 19.628 y antes por un Decreto Supremo N°950 de 1928- al ser necesario su conocimiento para velar por el orden público económico;

(ii) No se requiere autorización previa del titular individualizado para su comunicación, lógicamente porque él siempre se opondría a que se publiquen sus antecedentes irregulares y, jurídicamente, porque estamos en uno de aquellos casos en que la ley o la voluntad colectiva del legislador prescinde de la voluntad individual del titular;

(iii) Siempre podrán ser corregidos o eliminados si se subsana la situación de mora o protesto patrimonial de que dan cuenta, pero ya no gratuitamente sino que pagando por dicha aclaración, lo cual en derecho también se cuestiona; y,

(iv) No son el único caso legal de información patrimonial que puede ser publicada sin autorización de sus titulares, porque en conformidad a los artículos 2º y 4º también pueden publicarse -en el sector privado- los datos patrimoniales *"positivos"*.

Debiera además precisarse la denominación del Título, ya que sólo alude a aquellos datos que resultan del incumplimiento doloso y/o culposo de las obligaciones comerciales a la mora y a los protestos que queda respaldada con los documentos específicos que la ley señala. Se trata únicamente de los que denominamos *"datos patrimoniales negativos"*, y no de los datos patrimoniales *"positivos"*, que como sabemos, en conformidad al artículo 4º de la ley 19.628 provienen de fuentes públicas y pueden tratarse sin autorización de sus titulares.

El artículo 17 de la ley que, en el contexto de obligaciones que se originan en un previo incumplimiento patrimonial, establece que *"los responsables de los registros o bancos de datos personales sólo podrán comunicar información que verse sobre obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial"* con la condición de que ellas consten en los siguientes documentos: i)

---

<sup>77</sup> El Título III sobre la utilización de datos personales relativos a obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial, por ende, podría incluso no estar en la ley 19.628.

letras de cambio y pagarés protestados; ii) cheques protestados por falta de fondos, por haber sido girados contra cuenta corriente cerrada o por otra causa.

Alude luego a la posibilidad de comunicarse "*el incumplimiento*" -sigue siendo el supuesto básico- "*de obligaciones derivadas de*" (el ordenamiento es nuestro): i) mutuos hipotecarios y de préstamos o créditos de bancos, ii) sociedades financieras, administradoras de mutuos hipotecarios, cooperativas de ahorros y créditos, iii) organismos públicos y empresas del Estado sometidas a la legislación común, y, (iv) sociedades administradoras de créditos otorgados para compras en casas comerciales. Legalmente se exceptúa la información relacionada con los créditos concedidos por el Instituto Nacional de Desarrollo Agropecuario (INDAP) a sus usuarios.

Agrega la norma que "*también podrán comunicarse aquellas otras obligaciones de dinero que determine el Presidente de la República mediante decreto supremo*" -el que a la fecha no ha sido citado ni sabemos si existe la voluntad política de hacerlo-. El requisito instrumental se repite, porque la ley exige que las obligaciones estén sustentadas en instrumentos de pago o de crédito válidamente emitidos, en los cuales además debe constar el consentimiento expreso del deudor u obligado al pago y su fecha de vencimiento. Y nuevamente excepciones: la ley señala que no podrá comunicarse la información relacionada con las deudas contraídas con empresas públicas o privadas que proporcionen servicios de electricidad, agua, teléfono y gas.

El artículo 18 es la norma que establece plazos para publicar la información sobre mora y protestos. Después de su última modificación, dispone que "*en ningún caso pueden comunicarse los datos*" -no caben acá las interpretaciones-, a que se refiere el artículo anterior y que se relacionen con una persona identificada o identificable, luego de transcurridos 5 años desde que la respectiva obligación se hizo exigible. El plazo inicial en 1999 era de 7 años, y las consideraciones para su rebaja no fueron de índole técnica. Agrega que "*tampoco se podrá continuar comunicando los datos*" ya referidos cuando la obligación sea pagada o se extinga por otro modo legal.

El artículo 19 dispone que el pago o la extinción por cualquier otro modo de las obligaciones en estudio, no produce "*la caducidad*" o "*la pérdida de fundamento legal de los datos respectivos*" para los efectos del artículo 12, es decir, para que sea posible recurrirse de derecho de acceso ante el responsable del sistema, obviamente -agrega la ley- mientras estén pendientes los plazos que establece el artículo 18.

Agrega que al efectuarse el pago o extinguirse la obligación por otro modo en que intervenga directamente el acreedor, "*éste avisará tal hecho*" -lo que en la práctica nunca ocurre-, y "*a más tardar dentro de los siguientes siete días hábiles*", al responsable del registro o banco de datos accesible al público que en su

oportunidad comunicó el protesto o la morosidad, con el objeto de consignarse el nuevo dato que corresponda.

**17.3** *El fallo contra la Tesorería General de la República que le impidió publicar antecedentes de mora de los contribuyentes en los sistemas de la empresa Dicom S.A.*

La Tesorería General de la República, como una forma de cobrar las deudas de los contribuyentes en el pasado optó por informar de las situaciones de morosidad, lo que fue judicialmente declarado ilegal por falta de competencia el año 2002 (Rol 3713-2002) y ratificado por la Corte Suprema el año 2003 (Rol N°211-2003).

Nos referimos a la causa *Recurso de Protección Cáceres Arévalo/Dirección Regional del Servicio de Tesorería Octava Región*, acogido por infracción del N° 4 del artículo 19 de la Constitución Política, ante la publicación encargada de información de deudas tributarias en la empresa DICOM.

En primer lugar el recurrente fue una persona natural afectada, y lo que se resolvió fue que a pesar de que la Tesorería poseía facultades administrativas y judiciales de cobro que difieren de los derechos de cualquier otro acreedor y la ley le otorga una posición relevante para tal objeto, en el caso del recurso interpuesto *la ley 19.628 no la autorizaba expresamente y los artículos 17, 18 y 19 no permitían la inclusión de deudas de carácter tributario, patrimoniales y negativas (estar moroso) en los registros de DICOM, máxime cuando la Tesorería no poseía facultades legales para hacerlo.*

Concretamente, se consideró en el fallo en comento que la cobranza sólo podía ejercerla en forma administrativa, actuando el Tesorero como juez sustanciador; judicialmente, ante los tribunales de justicia, incluso ejerciendo la coacción sobre los deudores, y extrajudicialmente mediante los procedimientos reglados que establece la ley, pero carecía de facultades para emplear otros arbitrios no expresamente autorizados en su Ley Orgánica o en el Código Tributario. Dijo la resolución en el voto de mayoría:

*"CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO: 3° ...se desprende que el Servicio de Tesorerías cuenta con facultades especiales y determinadas para efectuar el cobro de los tributos, multas y demás créditos en conformidad a la ley, pero esta cobranza sólo puede ejercerla en forma administrativa, actuando el Tesorero como juez sustanciador; judicial, ante los tribunales de justicia, incluso ejerciendo la coacción sobre los deudores, y extrajudicialmente mediante los procedimientos reglados que establece la ley, pero carece de facultades para emplear otros arbitrios no expresamente autorizados en su Ley Orgánica o en el Código Tributario, como es el caso de enviar la nómina de sus deudores a Registros de Morosidades y Protestos, como ha ocurrido en la especie, lo cual resulta ilegal y una forma*

*arbitraria de presión para el cobro, pues es público y notorio que quien figure en tales registros de DICOM queda inhibido de realizar diversas operaciones comerciales y crediticias".*

*"El bien jurídico protegido por la ley N° 19.628 de 28 de agosto de 1998, es la honra de las personas y por eso se regula la protección de datos de carácter personal y especialmente el tratamiento de los datos en registros de bancos de datos, cuidando siempre la garantía constitucional mencionada. Dicha ley tampoco autoriza la inclusión de deudas de carácter tributario en tales registros, que es el caso planteado en el presente recurso, en que los impuestos están reclamados y pendientes las apelaciones".*

La sentencia fue acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Juica (que, sin señalarlo, recogió el criterio del Dictamen de la Contraloría):

*"...atendido al mérito de los antecedentes y lo dispuesto en el artículo 147 del Código Tributario en relación con el artículo 161 N° 6 del mismo cuerpo legal estuvo por revocar la sentencia apelada y rechazar el recurso de protección por estimar que no ha existido de parte del recurrido acto ilegal o arbitrario, susceptible de enmendar por esta vía, por considerar que las actuaciones reclamadas de la Tesorería, tienen su fundamento en información que por su naturaleza es pública, en consideración a que dice relación con un proceso en actual tramitación al cual la ley no le ha dado el carácter de secreto o confidencial".*

Nuestros comentarios al fallo:

(i) Estimamos errada la interpretación, porque si bien es cierto no se alude expresamente a las obligaciones relativas a la morosidad tributaria, del tenor literal del artículo 17 la publicación de los antecedentes de los deudores morosos tributarios cabe considerarla comprendida en la expresión *"...incumplimiento de obligaciones derivadas de organismos públicos"*.

(ii) No obstante que el punto no fue debatido en el parlamento, a mayor abundamiento la lectura a contrario sensu del artículo 21 de la misma ley -que no fue considerado por la Corte Suprema- establece que si pueden comunicarse a terceros los datos por los servicios públicos, sólo que hasta antes de haber prescrito la acción administrativa -en este caso de cobro de impuestos devengados y no pagados (mora tributaria)-.

(iii) Como se consigno en el voto de minoría, el *artículo 169* del Código Tributario consagra, dentro de los procedimientos administrativos y judiciales para el cobro de los tributos morosos y de las obligaciones tributarias, que el Servicio de Tesorerías puede confeccionar listas o nóminas de deudores que se encuentren en mora, con la individualización completa de los mismos y de la cantidad adeudada. Complementariamente, el *artículo 185* señala que se deben emplear todos los medios posibles para dar publicidad a las subastas que resulten

de los procedimientos de cobro que tramite la Tesorería General de la República. Estas medidas, necesarias para efectuar el cobro de los tributos, multas y demás créditos en conformidad a la ley, pueden incluir la opción de publicar los datos sobre morosidad vía bases de datos especializadas.

Empero, frente al mismo tema lo dictaminado por la Contraloría General de la República en Octubre del mismo año -como veremos- fue diverso a lo resuelto por los Tribunales Superiores de Justicia<sup>78</sup>.

Porque es discutible constitucional, legal y procesalmente proyectar la Garantía Constitucional que asegura a todas las personas en el artículo 19 N°4 -*el respeto y protección de "la vida privada... de las personas y sus familias"*- al ámbito de datos personales o nominativos procesados computacionalmente -como los comunicados por la Tesorería al sistema de información comercial- cuando éstos por su naturaleza son antecedentes públicos y no privados o íntimos.

A esta fecha, existe pendiente de tramitación un proyecto de ley tendiente a otorgarle expresamente la competencia a la Tesorería General de la República, contenido en el Boletín 4959 y que busca precisar el ámbito de aplicación de la ley 19.628.

El proyecto recoge los argumentos de los tribunales, rechaza los de la Contraloría, califica de ilegal y arbitraria la comunicación a esta fecha de datos sobre morosidad vía Convenio<sup>79</sup>, y propone modificar el artículo 20 de la ley 19.628. Junto al hecho de que una vez sometido este proyecto de ley a trámite necesariamente se presentarán indicaciones y argumentos que pueden darle mayor amplitud a lo que se busca legislar, lo que se propone puede interpretarse a futuro como la determinación del único contenido posible para los convenios de intercambio de información.

Dice al artículo propuesto:

---

<sup>78</sup> En síntesis: en Octubre del año 2002 y mediante el *Dictamen 25.336* la CGR dictaminó que la Tesorería podía celebrar convenios de intercambio de información sobre datos de mora y protestos de los contribuyentes. Posteriormente, el año 2003 y en un *Dictamen 43.866*, complementa y precisa que ella puede celebrar dichos convenios -sobre datos tributarios y sobre obligaciones morosas o patrimoniales negativos- aún cuando el artículo 17 de la ley 19.628 no los mencione expresamente. El criterio anterior atiende a considerar que la TGR posee facultades amplias que le otorga su Ley orgánica, para celebrar contratos relacionados con el cumplimiento de los fines del mismo, en este contexto y a propósito de información que es *per se* pública y no secreta o reservada.

<sup>79</sup> Se cuestiona, en concreto, el que la Tesorería General de la República celebró un convenio en octubre del 2002, con las empresas de información (Dicom, Data Business y posteriormente Sinacofi) para publicar la lista de deudores que en los últimos tres años habrían tenido una deuda tributaria demandada y notificada, requerida de pago o probablemente con algunos embargos trabados, que no se hubiesen acercado a la entidad a plantear su caso y a manifestar la voluntad de celebrar algún convenio.



Artículo único: Reemplazase el artículo 20 de la ley N° 19.628<sup>80</sup>, por el siguiente: "*Artículo 20.- El tratamiento de datos personales por parte de un organismo público sólo podrá efectuarse respecto de las materias de su competencia, que se encuentren incluidas expresamente en el artículo 17 de esta ley, con sujeción a las reglas. En esas condiciones, no necesitará el consentimiento del titular.*".

En cuanto a los fundamentos:

(i) Interpretan el artículo 17 de manera restrictiva, y de la referencia a que sólo podrán comunicar información que verse sobre obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial que cumplan ciertos requisitos de constancia de la obligación, concluyen que clara e imperativamente ello no ocurre con la información tributaria<sup>81</sup>.

(ii) No obstante referirse al Dictamen 25.336 del año 2002 de la Contraloría, señalan que el Convenio firmado es arbitrario e ilegal.

(iii) Citan a la Sala Constitucional de la Corte Suprema, que resolvió expresamente que la Tesorería General de la República, al ordenar la publicación de la deuda del recurrente en el Boletín de Dicom, incurrió en una conducta ilegal y arbitraria contemplada en el N° 4 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, que se refiere a la protección de la vida privada de las personas, por lo que la presente acción constitucional debe ser acogida.

(iv) También la citan, cuando señala que el Servicio de Tesorería únicamente puede informar datos de carácter personal en la medida que éstos versen sobre algunas de las obligaciones a que se refiere el *artículo 17* de la citada ley (la 19.628, por cuanto así lo ordena el *artículo 20* del mismo cuerpo legal, y no aquellos que se originan en obligaciones provenientes de impuestos y multas de carácter tributario.

---

<sup>80</sup> Dice la norma, ya analizada en extenso, a esta fecha: *Artículo 20. El tratamiento de datos personales por parte de un organismo público sólo podrá efectuarse respecto de las materias de su competencia y con sujeción a las reglas precedentes. En esas condiciones, no necesitará el consentimiento del titular.*

<sup>81</sup> Cuando se toma como fundamento un artículo 17 de la ley 19.628, que estableció un listado taxativo o "*numerus clausus*" de antecedentes comerciales negativos susceptibles de ser publicados "por primera vez" por empresas particulares (listado que obviamente no podía ni necesitaba mencionar expresamente a la morosidad tributaria) , y ello se le hace aplicable a las funciones de la Tesorería, se opta por desconocer su competencia y aplicársele reglas generales que, como se comprende del estudio de las Actas, no fueron establecidas ni pueden tener preeminencia sobre intereses superiores de orden y servicio público. Estos son, en concreto, la recaudación fiscal, evitar la morosidad tributaria e informar a todos los actores del sistema comercial las irregularidades que, de mantenerse anónimas bajo una supuesta protección de la privacidad consagrada como garantía fundamental en la Constitución, sólo generará inestabilidad.

(v) Consideran que parte importante de los cobros que aplica Tesorería se fundamentan en giros basados en liquidaciones que se encuentran pendientes judicialmente, pues el afectado generalmente ha recurrido a la justicia ordinaria, y que no parecería razonable que dicho Servicio exponga ante terceros, y como deudas efectivas, montos que aunque girados, se encuentran judicialmente controvertidos.

Somos de la opinión que los reparos se han hecho en base a la errada interpretación de los alcances de lo establecido en los artículos 17 y 20 de la ley 19.628. En síntesis, ellos establecen un listado taxativo de casos en los cuales se pueden publicar datos patrimoniales (negativos, aunque no se dice), lo que no obstante aplicarse sólo a empresas particulares, se hace extensivo a los servicios públicos en general y a la Tesorería en particular, porque el artículo 20 establece que el tratamiento de datos personales por parte de un organismo público sólo podrá efectuarse respecto de las materias de su competencia y "*con sujeción a las reglas precedentes*".

La interpretación y lo resuelto judicialmente desconoce un artículo clave, el 4° (que también es "regla precedente" según el artículo 20), que permite el tratamiento o procesamiento de datos cuando otras leyes -diversa de la 19.628- así lo dispongan. Es precisamente lo que establece el Código Tributario, no como una forma de "*violación de la privacidad*" o "*afectar a la honra*" de los contribuyentes, sino como un medio para aportar a la vigencia del Orden Público Económico<sup>82</sup> en materia tributaria<sup>83</sup>.

Reiteramos: el *artículo 169* consagra, dentro de los procedimientos administrativos y judiciales para el cobro de los tributos morosos y de las obligaciones tributarias, que el Servicio de Tesorerías puede confeccionar listas o nóminas de deudores que se encuentren en mora, con la individualización completa de los mismos y de la cantidad adeudada. Complementariamente, el *artículo 185* señala que se deben emplear todos los medios posibles para dar publicidad a las subastas que resulten de los procedimientos de cobro que se tramiten. Estas medidas, necesarias para efectuar el cobro de los tributos, multas y demás créditos en conformidad a la ley, claramente incluyen la opción de publicar los datos sobre morosidad vía bases de datos especializadas.

---

<sup>82</sup> Siempre, en materia de tratamiento de datos personales y patrimoniales "negativos", cuando exista un conflicto entre una garantía individual como la privacidad o intimidad y el orden público económico, debe primar el segundo. Nunca, salvo error o caducidad, un incumplidor legal o comercial podría reivindicar la defensa de su privacidad, intimidad o confidencialidad para mantener anónimo su incumplimiento.

<sup>83</sup> Es relevante este tema, porque en base a una errada interpretación de la ley 19.628 -sobre tratamiento de datos personales- y sus fundamentos, se menoscaban facultades inherentes al ente fiscalizador y, en definitiva, se atenta contra la estabilidad del Orden Público Económico.

La Tesorería General de la República, de la mano además de competencias otorgadas por su Ley Orgánica, con un fin de servicio público y como una forma de apoyar el cobro de las deudas de los contribuyentes optó por informar las situaciones de morosidad. Y lo ha hecho en base a información que por su naturaleza ya es pública, no íntima, no privada, no confidencial y no secreta, al tratarse de morosidad tributaria (impuestos y multas) existente con posterioridad al término de todas las instancias de cobro administrativo.

Debe tenerse nuevamente a la vista (...debe hacerse constantemente la verdad) la llamada "*Teoría de las Esferas*", para entender que existen datos que pertenecen a una esfera "*pública*" y otros a una "*privada o íntima*", y que la información que un servicio público genera por el hecho de cumplir con los fines que por ley debe asumir, claramente forma parte de la primera esfera y no es privado, no es íntimo y no puede ser privado del conocimiento de la sociedad toda por la mera voluntad de su titular, máxime cuando se trata de un contribuyente infractor de la normativa legal-tributaria.

La información personal sobre la situación tributaria de un contribuyente –tanto en cuanto no sea de aquella amparada por el secreto tributario consagrado en el Código Tributario- cabe dentro de lo que la doctrina constitucionalista denomina la "*esfera social*" de las personas. Los órganos estatales y las empresas comerciales que a partir de nuestro número de identificación nacional procesan información personal están manejando o procesando en consecuencia ciertos "*datos públicos*".

La modalidad implementada por la Tesorería de informar sobre la situación tributaria de los contribuyentes no constituye una práctica ilegal atentatoria contra la garantía constitucional consagrada en el artículo 19N°4 de la CPE, toda vez que se persiguen fines de Orden Público Económico en materia tributaria y que, sin necesidad de requerirse autorización previa, se trata de dar a conocer antecedentes personales de aquellos que constituyen información pública –de naturaleza no secreta o reservada-, en los términos de la ley 19.628 cuando se trata de personas naturales o de las normas tributarias cuando se trata de personas jurídicas, sobre todo si se trata de antecedentes sobre un eventual comportamiento tributario irregular.

**17.4** *Recurso de protección en contra de la Dirección del Trabajo (referencia).*

En Junio del 2007 la Tercera Sala de la Corte Suprema determinó que la Dirección del Trabajo incurrió en una conducta arbitraria e ilegal al enviar al Boletín Laboral de Infractores a la Legislación Previsional los datos de mora de un

particular (cinco cotizaciones declaradas e impagas en una AFP), registro administrado por la empresa Equifax S.A.<sup>84</sup>.

Este fallo vino a reforzar la tesis de que los órganos de la Administración no pueden enviar información de esta naturaleza a publicarse en los sistemas de información comercial, salvo que el afectado -en conformidad a la regla general del artículo 4° de la ley 19.628- haya expresado previamente su consentimiento.

## **18. Modificaciones en curso a la ley 19.628. Cuadro comparativo con lo establecido por el Boletín 6120, a esta fecha en trámite parlamentario en la Cámara de Diputados.**

### **18.1 Breves explicaciones sobre los objetivos, fundamentos y contenidos de la modificación legal en curso.**

Este proyecto ha sido, sin duda alguna, el más importante de todos los relacionados con las modificaciones a la ley 19.628, e implicó un cambio radical o un viraje de 180° en comparación a la institucionalidad jurídica existente. Hubo un cambio notable de escenario o de perspectiva, porque desde lo que era una normativa dictada para legalizar, validar o blindar jurídicamente el negocio de las empresas responsables de bases de datos, se migró o se pasó a centrarse en la real protección de los derechos de los titulares de datos personales o nominativos, tanto para las personas naturales como para las personas jurídicas o empresas -mismas que, sin justificación válida, habían sido preteridas como titulares de derechos en la ley 19.628 del año 1999-.

Embarcado el Gobierno de la época en un proceso de incorporación a una entidad comercial e internacional como la OECD, quedó en evidencia que las deficiencias de la legislación nacional estaban siendo e iban a seguir siendo una barrera de entrada -solucionada en la práctica con verdaderos "parches" jurídicos<sup>85</sup>- para la incorporación de Chile a la entidad, y a consecuencia de esta

<sup>84</sup> A esta fecha y al cierre del Informe no hemos logrado tener el fallo a la vista. Una nota de prensa puede verse en la URL [http://www.conadecus.cl/index2.php?option=com\\_content&do\\_pdf=1&id=350](http://www.conadecus.cl/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=350)

<sup>85</sup> En efecto, y a modo de ejemplo: "...al ser considerado actualmente Chile como un país con un nivel no adecuado de protección en materia de datos personales, ha debido someterse al mecanismo de las cláusulas tipo en los respectivos contratos que se suscriben con empresas españolas, con el fin de alcanzar las autorizaciones que correspondan por la Agencia Española de Protección de Datos cuando se pretenden realizar transferencias internacionales de los mismos (servicios globales). Es este el obligado camino que nuestro país deberá seguir mientras no se estatuya una legislación que le permita solicitar a la Comisión Europea la declaración de adecuación de la protección". Citado de la URL [http://www.consejotransparencia.cl/prontus\\_consejo/site/artic/20091214/pags/20091214173541.html](http://www.consejotransparencia.cl/prontus_consejo/site/artic/20091214/pags/20091214173541.html)

traba, no tuvieron otra opción que la de presentarse ante los evaluadores europeos promoviendo e impulsando los cambios en materia de Políticas Públicas y las normas chilenas relacionadas, y comprometiendo formalmente ante el ente internacional la posterior aprobación en el Parlamento de las modificaciones legales necesarias para la estandarización o adecuación normativa a las directrices y Políticas del órgano europeo.

El proyecto buscó cambiar radicalmente el nivel jurídico de protección de los datos personales o nominativos de los chilenos y transformar al Consejo de Transparencia en la autoridad de control que en Chile administre un registro obligatorio de responsables de bases de datos personales, tanto en el sector público como en el privado.

Desde que fue aprobada en 1999 la ley 19.628 habían transcurrido varios años, que demostraron cabalmente y sin lugar a dudas que la norma era insuficiente y que no se ajustaba a los estándares internacionales; ella puso énfasis en el derecho a tratar datos de carácter personal para las empresas y entidades gremiales y no reconoció, como primer derecho, el de los titulares de datos personales a controlar los mismos, de la mano de la falta de anonimato que posibilita un registro y del apoyo administrativo de un órgano ad hoc.

Parar terminar estas ideas preliminares. El proyecto contenido en el Boletín 6120 buscó, esencialmente y adecuándose a los estándares de la Unión Europea y de la OECD, lo siguiente:

(i) subsanar la inexistencia de un registro de responsables privados de bases de datos y de un órgano fiscalizador autónomo o Autoridad de Control;

(ii) mejorar los estándares de protección y resguardo de los derechos de los titulares de datos personales y, conferir las competencias y herramientas necesarias a una autoridad autónoma para velar por el adecuado cumplimiento de las normas sobre protección de datos;

(iii) establecer como regla general que la información no sea pública y que requiera de la autorización de sus titulares para procesarse;

(iv) prohibir la transferencia internacional de datos personales a terceros países que no tuvieran un adecuado sistema de protección;

(v) aumentar las condiciones de seguridad de sistemas en el tratamiento de datos;

(vi) establecer infracciones y sanciones; y,

(vii) otorgar protección a las personas jurídicas.

### **18.2 Fundamentos del Mensaje.**

Alude el Mensaje *-que es, por cierto, el elemento clave para posteriormente entender e interpretar el articulado-*, a las razones de los cambios legislativos propuestos, y a que *"paradojalmente"* la ley 19.628 puso énfasis en el derecho a tratar o procesar computacionalmente datos de carácter personal y no reconoció como primer derecho, el de los titulares de datos personales a controlar -o autodeterminar- los mismos.

Constató que se trataba de una *"regulación insuficiente"*, y que a su respecto las principales críticas vertidas eran (i) la inexistencia de un registro de responsables privados de bases de datos y de un órgano fiscalizador autónomo; (ii) el haberse establecido que *"la verdadera regla general"* era que la información fuese pública y que no se necesitaba la autorización de sus titulares para procesarse, contemplándose un gran caudal de excepciones a la exigencia de autorización previa del titular; (iii) el no haberse prohibido la transferencia internacional de datos personales a terceros países que no posean un adecuado sistema de protección; y, (iv) el no haberse otorgado protección a las personas jurídicas.

En cuanto a la *"necesidad de una autoridad de control"*, consignó que para velar por el adecuado cumplimiento de las disposiciones relativas al tratamiento de datos se requería una autoridad dotada de competencias y herramientas eficaces, para dictar normativas sobre la materia, para fiscalizar, para adoptar medidas de resguardo y para sancionar los incumplimientos mediante la aplicación de multas.

Reconoce el Mensaje que el no haberse contemplado un organismo administrativo, Agencia o Superintendencia (cosa que personalmente propusimos el año 1990) que se encargara de velar por el cumplimiento de sus normas -limitándose a entregar al Registro Civil e Identificación el deber de llevar un registro de las bases de datos a cargo de organismos públicos-, era imposible fiscalizar el cumplimiento de las normas de la ley y muchas de sus disposiciones se habían tornado fútiles.

Siempre en cuanto al *"establecimiento de una autoridad de control"*, se mencionaba que el proyecto establecía que la autoridad encargada de velar por el cumplimiento de la normativa, tanto la contenida en esta ley como en otros cuerpos normativos, sería el Consejo para la transparencia creado por la ley N° 20.285, que pasaba a denominarse *"Consejo para la transparencia y protección de datos personales"*.

Atendida esta nueva competencia, según el Mensaje el órgano o la autoridad de protección de datos de Chile tendría entre sus funciones esenciales las siguientes:

- (i) mantener un Registro Único Nacional de Bases de Datos;
- (ii) fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones sobre tratamiento de datos personales, pudiendo recabar, en cualquier momento, del responsable del respectivo registro o banco de datos, la información que estimara pertinente;
- (iii) inspeccionar los registros o bancos de datos personales a efectos de verificar el cumplimiento de las obligaciones que establece la ley;
- (iv) requerir la inscripción de los bancos de datos que no estén registrados en el Registro Único Nacional;
- (v) potestad normativa, para dictar instrucciones de carácter general o particular respecto de las condiciones de legitimidad de un tratamiento de datos;
- (vi) conocer de las reclamaciones de particulares relacionadas con el ejercicio de sus derechos;
- (vii) ejercer potestades sancionadoras contra los responsables de los bancos de datos que infrinjan la normativa sobre protección de datos; y,
- (viii) requerir a los responsables y encargados de los tratamientos, previa audiencia de éstos, la adopción de las medidas necesarias para la adecuación del tratamiento de datos a las disposiciones de la ley y, en su caso, ordenar la cesación de los tratamientos y cancelación del registro.

Se refirió luego a *"la necesidad de adecuarse a estándares internacionales"*, concretamente, a las recomendaciones de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico), y a cumplir con el estándar de protección de datos personales de la Unión Europea.

Se abocó luego el Mensaje a la *"descripción de la propuesta"*, afirmando que el proyecto tenía por objeto modificar dos cuerpos normativos; por una parte la ley 19.628 sobre protección de la vida privada y, por otra, la ley 20.285, de transparencia de la función pública y de acceso a la información de la Administración del Estado, para *"...dar una eficaz respuesta a las exigencias de protección, ya que, por una parte, se mejoran los estándares de protección y resguardo de los derechos de los titulares de datos personales y, por otra, se confieren las competencias y herramientas necesarias a una autoridad autónoma para velar por el adecuado cumplimiento de las normas sobre protección de datos"*.

Se refirió luego el Mensaje al *"reconocimiento explícito de derechos"*; en concreto, a los siguientes: (i) a consagrar explícitamente el derecho de las personas a controlar sus datos, en el art. 1° de la ley, porque en la ley 19.628

únicamente se hacía referencia al derecho a efectuar tratamiento de datos personales; y, (ii) a que se ampliaba el margen de sujetos protegidos, porque se partía de la base que la información sobre las personas jurídicas era tan relevante como la de las personas naturales y también merecía ser resguardada, considerándose en consecuencia como legitimados activos del derecho de acceso y titulares del habeas data tanto a las personas naturales como a las jurídicas.

### 18.3 Cuadro comparativo.

<b>Ley 19 628 vigente - Normas específicamente referidas a servicios públicos.</b>	<b>Proyecto de ley en trámite en la Cámara de Diputados - Normas específicamente referidas a servicios públicos</b>
<p>Título IV: Del tratamiento de datos por los organismos públicos - artículo 21.</p>	<p>Se precisa que la información relativa a sanciones administrativas o penales (v.gr. multas de la TGR) sólo podrán ser "tratadas" (concepto amplísimo, que incluye su comunicación a terceros...) por organismos públicos y dentro del marco de su competencia.</p> <p><i>* No queda claro si pueden publicarse en sistemas de mora y protestos; pareciera que no; antes se le ha negado en el Parlamento la facultad a la TGR.</i></p>
<p>Título IV: Del tratamiento de datos por los organismos públicos - artículo 22.</p> <p>A esta fecha existe un registro público sólo nominal e informativo, administrado por el Registro Civil, lo que no importa grado de fiscalización alguno.</p>	<p>Se establece que los registros o bancos de datos "de titularidad pública" poseen la obligación de anotarse en un registro público (RUNBD), diverso al administrado por el Registro Civil (sólo nominal) que se suprime, para la fiscalización de los titulares de los datos y de la Autoridad de Protección de Datos Personales.</p>
<b>Ley 19 628 vigente - Normas generales que también aplican a los servicios públicos</b>	<b>Proyecto de ley en trámite en la Cámara de Diputados - Normas generales que también aplican a los servicios públicos</b>



<p>A esta fecha los responsables de bases de datos (particulares sobre todos) se consideran de hecho propietarios de la información que almacenan (contenido), lo que sólo es correcto respecto del continente y de cara a terceros que quieran acceder a la base de datos.</p>	<p>La nueva ley aclara de hecho la calidad de "poseedores o meros tenedores" de los datos, respecto de sus titulares, y al exigir autorización previa o información posterior restringe la posibilidad de disponer del contenido nominativo de las bases de datos.</p> <p>Se enfatiza expresamente que lo central del objeto de la ley es permitir que los titulares de los datos controlen y fiscalicen el procesamiento de sus antecedentes.</p>
<p>Las eventuales medidas de seguridad de sistemas dependen solo del criterio del servicio público responsable de la base de datos.</p>	<p>Obligación de implementar las medidas ("técnicas y administrativas" dice la ley) de seguridad de sistemas que <i>por Reglamento</i> (lo cual hace rígido un tema que per se es cambiante) determinará la Autoridad de Control, las que serán fiscalizadas.</p> <p>* Habría que cambiar la exigencia de un reglamento, por ser muy rígido y engorroso de modificarse, y establecer que se exigirá el cumplimiento de normas como las ISO, debiendo los servicios públicos ajustarse a ellas en la medida de sus posibilidades.</p>
	<p>Restricciones especiales nuevas para la eventual transferencia de datos a una entidad ubicada fuera de Chile (se complica la posibilidad de almacenar información en servidores no ubicados en Chile a través de Internet).</p>
<p>La autorización previa y expresa del titular de los datos que serán procesados sólo se exige nominalmente, para casos que no sean <i>fuentes públicas de información</i>, y puede ser conseguida mediante fórmulas contractuales amplias o no</p>	<p>Cuando el responsable solicite registrar datos personales o cuando los obtenga de terceros (otra empresa), deberá informar un cúmulo de antecedentes al titular individualizado (existencia de registro, fin, obligatoriedad o no de entregarlos, derechos que posee, etcétera), .....con lo cual, <i>la futura ley contempla una real</i></p>

<p>específicas - artículo 4°.</p>	<p><i>exigencia de autorización previa, informada, clara, inequívoca, precisa y expresa del titular de los datos.</i></p> <p>Cuando la autorización no se requiera legalmente (como es el caso de los servicios públicos), existe obligación complementaria de <i>informar o comunicar</i> el registro y/o cualquier operación (v.gr, una cesión de la base de datos a otra empresa) en un plazo de tres meses.</p> <p>* Un servicio público no podrá ser cedente ni cesionario de datos personales, ni canjearlos con otras bases de datos para elaborar o mejorar perfiles (minería de datos) sin autorización expresa y/o sin comunicar posteriormente la operación realizada al titular de los datos. Habría que precisar o agregar la facultad que esa obligación los servicios públicos podrán cumplirla vía e-mail.</p>
<p>Conforme los artículos 2° y 4°, la regla general en Chile es que todas las fuentes de información son públicas, y pueden tratarse datos personales sin autorización de sus titulares y con fines diversos a los declarados al recopilarse.</p>	<p>Se terminan las categorías amplias de "<i>fuentes públicas de información</i>", que pasan a ser excepcionales y definidas taxativamente, y que permiten que los datos personales sean procesados sin autorización de sus titulares.</p>
<p>No existe a la fecha real obligación de secreto, porque por regla general las bases de datos son fuentes públicas de información.</p>	<p>La obligación de guardar secreto y reserva pasa a ser la regla general para los "responsables" y "encargados" de bases de datos personales, y su violación, es delito informático en conformidad al artículo 4° de la ley 19.223.</p> <p>* Esto es diverso del secreto tributario o del secreto estadístico; es un secreto amplio de toda base de datos personales.</p>

<p>Los titulares sólo pueden reclamar ante tribunales de justicia; hasta la fecha son casi nulos los recursos de "derecho de acceso" interpuestos.</p>	<p>Los titulares de los datos podrán reclamar breve y sumariamente ante la autoridad de protección de datos, sin necesidad de recurrir ante los tribunales de justicia.</p> <p>Consecuencia: ...las multas se aplicarán en forma rápida, y la reiteración en su aplicación puede ocasionar la cancelación de la autorización para ser responsable de bases de datos y la eliminación del registro.</p>
<p>Nadie fiscaliza el uso de los datos de acuerdo a los fines declarados al registrarse.</p>	<p>La autoridad de control fiscalizará especialmente el uso de los datos conforme a los fines declarados e informados al momento de la recopilación.</p>
<p>Sólo las personas naturales son amparadas por la ley 19.628 como titulares del derecho de acceso.</p>	<p>Los representantes legales de las personas jurídicas también podrán fiscalizar el uso de sus antecedentes.</p>
<p>No existe claridad legal acerca de la identidad del "responsable de la base de datos"; por ser el que toma decisiones sobre ella, en Doctrina se considera que serían los Directores de los servicios públicos.</p>	<p>El servicio público deberá definir y registrar formalmente a los "responsables" y a los "encargados" de las bases de datos personales.</p>
<p>El derecho de acceso sólo puede ejercerse ante el responsable de la base de datos, si es que se conoce su existencia.</p>	<p>Antes de accionar contra el responsable de la base de datos, el titular y respecto de sus antecedentes puede acudir al Registro Único Nacional de Bancos de Datos para identificar al responsable.</p>
<p>Ante la negativa del responsable de la base de datos o si nada dice en 48 horas, puede accionarse ante los tribunales.</p>	<p>Ante la negativa del responsable o si nada dice en 10 días, podrá accionarse ante el Consejo de Transparencia en forma sumaria y administrativa.</p>
<p>No se contemplan sanciones administrativas.</p>	<p>Se establecen infracciones administrativas leves, graves y gravísimas, que llegan hasta 10.000 UTM. Ejemplo de sanciones: (i) si el responsable</p>

	no responde "oportunamente", 200 UTM; (ii) si no informa legalmente al recoger los datos, 200 UTM; (iii) si trata datos con fines distintos a los que motivan la recogida, 5000 UTM; (iv) si trata datos son consentimiento expreso del titular, 5000 UTM; (v) si comunica o cede datos en forma ilegal, 10.000 UTM; etcétera.
--	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

### C. Acerca de la naturaleza jurídica de los datos personales "RUN" y "RUT" y su procesamiento por los servicios públicos.

#### 1. El concepto RUN alude al Rol Único Nacional.

Este código identificativo en el hecho suele usarse o asociado a los nombres y apellidos de la persona natural registrada bajo él, o en forma independiente de los nombres. En materia de sistemas informáticos, basta el uso del RUN para asociar y cruzar en torno a él otros antecedentes o datos personales, y siempre se entenderá y se sabrá que se alude a una persona determinada, identificada e identificable. Lo mismo vale para el denominado "RUT", que analizamos más abajo<sup>86</sup>.

Fue establecido o implantado este instrumento en el mes de Julio del año 1973, para fines de identificación y estadística, mediante un Decreto Supremo N°18 de Enero del mismo año. En virtud de esta norma, es que los servicios públicos (v.gr. Aduana, TGR, SII, INP, SENCE, etc.) no necesitan la autorización expresa "de los ciudadanos" identificados para operar con RUN o RUT a que alude el artículo 4° de la ley 19.628, porque es la ley la que los faculta para hacerlo.

Se consideró al efecto en 1973 que la propuesta fue el resultado del trabajo de una Comisión Coordinadora para la implantación de un Rol Único a través de un sistema de computación; que atendidos los avances demostrados por el Rol Único Tributario, el número nacional de identificación que otorgaba el SRC sería el

<sup>86</sup> Se ha dicho que "...el hecho de poseer en Chile un sistema de identificación con un Rol Único Nacional ahorra costos de levantamiento de información y evita errores y duplicidades, lo que en muchos casos compensa la pérdida de libertad de los ciudadanos que renuncian..." (en estricto rigor no lo hacen ellos, sino la ley que está por sobre la voluntad de ellos) "...a su privacidad frente al Estado, al otorgarle la información". No se debe olvidar que es el Estado el que asigna ese número al ciudadano cuando se inscribe el nacimiento, porque una ley faculta al efecto al Registro Civil para otorgarlo, lo mismo que ocurre en relación al RUT tributario en materia de inicio de actividades.

elemento básico para la implantación del Rol Único Nacional; y que su inmediata aplicación era consecuencia de las ventajas para el procesamiento electrónico y el intercambio de información estadística derivadas del RUN. Y se determinó, para las personas naturales, que el RUN estaría contenido o sería el mismo número que el ya existente RUT.

El objetivo esencial fue el de permitir que la información estadística referida a cada persona, sea natural o jurídica, pudiera ser procesada electrónicamente sobre la base de un número de identificación válido para todos los registros en que debieran inscribirse esas personas, sea en razón de su estado, de su actividad, del ejercicio de derechos políticos de sus obligaciones tributarias o de cualquiera otra actuación que les concerniera.

Se estableció que el Servicio de Registro Civil llevaría un archivo maestro en el que se anotarían los datos comunes de las personas, para que luego, los distintos organismos e instituciones, en forma obligatoria y en base al RUN, completaran sus registros sectoriales con aquellos que correspondieran a sus actividades o funciones. Y de cara a su aplicación obligatoria, se estableció una implementación progresiva y fiscalizada para que todos los órganos estatales regularan los detalles de la implantación del RUN en sus propios registros que les compete elaborar o fiscalizar.

## *2. El concepto RUT alude al Rol Único Tributario.*

Si un dato es un antecedente que da cuenta de un hecho o de una característica determinada, el RUT da cuenta de que una persona natural o jurídica, correctamente individualizada, ha iniciado actividades para efectos tributarios, en una fecha determinada, señalando un domicilio legal al efecto, y demostrando poseer nombres y apellidos o razones sociales para el caso de las empresas. Legalmente el dato RUT sólo es de aplicación tributaria y su objetivo no es el de identificar personas sino "*contribuyentes*".

En el hecho o en la práctica, este número e identificativo que permite indexar computacionalmente información nominativa referida o atribuida a las personas naturales y jurídicas se usa en diversos sectores de la sociedad, y *aisladamente considerado se percibe como un dato público per se porque nace para operar en la esfera social de una persona*, salvo que sea asociado con otros antecedentes o datos personales o que sea procesado por servicios públicos con un fin distinto que aquel que corresponda según sus competencias de Derecho Público.

No obstante, por entenderse que un RUT es un dato público *per se* ante los servicios públicos, no significa que ellos puedan entregarlo libremente a terceros en forma masiva y sistematizados (salvo casos como el SERVEL, porque la ley lo faculta expresamente), o que los particulares deban legalmente o en derecho comercializarlos sin autorización del titular (*...sólo de hecho pueden, y lo hacen*),

precisamente porque lo comercializado sería la identidad de las personas. Más claro quizás, sería partir el análisis de entender que ni el nombre ni el RUT deben ser considerados datos públicos *per se*, y que si por ejemplo el Registro Civil o la Aduana lo usan es sólo porque la ley los faculta expresamente, y que una autorización de esta naturaleza no existe para los particulares<sup>87</sup>.

El RUT, heredero del antiguo "*Rol General de Contribuyentes*", fue creado y sus normas de aplicación fueron establecidas mediante el DFL N°3 del año 1969, del Ministerio de Hacienda, para que existiera un sistema que permitiera identificar a todos los contribuyentes del país -en los diversos impuestos-, para mantener un control del cumplimiento tributario, y porque una adecuada identificación de los contribuyentes (personas naturales, jurídicas, comunidades y asociaciones que causen y/o deban retener impuestos) permitiría simplificar y agilizar los procedimientos administrativos tanto de la Tesorería General de la República como del Servicio de Impuestos Internos.

Su concordancia con el RUN es obligatoria, por cuanto el artículo 1° del DFL 30 establece que el sistema y la numeración que identifique a las personas naturales debe guardar relación con aquellos usados para los mismos propósitos por el SRC, y su confección, mantención y actualización es responsabilidad del SII, el que debe dictar las normas técnicas que sean necesarias y mantener y concentrar en su Dirección Nacional "la información de todos los contribuyentes del país". En base a este RUT, la TGR posteriormente crea para cada contribuyente una Cuenta Única Tributaria.

Su real importancia surge cuando no se le considera en forma aislada, sino que se le relaciona o se solicita su acceso a él pero asociado con otros datos personales o nominativos; acá, lo pedido no es propiamente el dato identificativo sino el asociado.

Es el caso -por ejemplo- (i) del RUT de las empresas asociado a la importación de mercancías que ellas hacen ante la Aduana; (ii) cuando se le vincula con los roles de avalúo de las propiedades raíces, porque se conoce la

---

<sup>87</sup> Del mismo modo que tratándose de los ciudadanos o administrados, los servicios públicos no necesitan la autorización expresa del artículo 4° de parte de "*los funcionarios que ellos han contratado*" para operar internamente y dentro de su competencia con sus RUT, por ejemplo para calcular sus remuneraciones, conceder licencias o días administrativos, conceder vacaciones, realizar nombramientos o instruirles un sumario. Adicionalmente a este Decreto 18, son también la ley del Estatuto Administrativo, la de Bases Generales de la Administración del Estado, la de Procedimientos Administrativos, la del artículo 4° y la del artículo 20° de la ley 19.628 y sus respectivas Leyes Orgánicas las que los facultan para hacerlo, siempre dentro de su competencia de Derecho Público. Por cierto: si el Consejo de Transparencia ha dictaminado que el RUT "*de los funcionarios públicos*" debe ser secreto y no entregado a terceros porque la ley 20.285 en su artículo 7° sólo permitiría la publicidad de sus nombres y apellidos, esta conclusión, discutible además, no admite ser fácilmente aplicada para casos de RUT "*de los ciudadanos*".

situación patrimonial raíz de un contribuyente; (iii) cuando se asocia a datos sobre mora y protestos, porque se conoce la conducta comercial irregular; (iv) cuando se publican los resultados de exámenes de admisión a la Universidad, porque se conoce la aptitud o idoneidad académica del postulante; (v) cuando se asocia con el número de registro electoral, porque se sabe su calidad de ciudadano legalmente habilitado o no e incluso su filiación política; (vi) cuando se asocia con los beneficios obtenidos en el INP *-hoy IPS-*; o, (vii) cuando se relaciona con el hecho de que una persona sea el beneficiario de un subsidio de vivienda.

### 3. Ambos son datos personales o nominativos.

No cabe duda que al tenor de la definición legal de datos personales contenida en el artículo 2° letra f) de la ley 19.628 *-sobre tratamiento o procesamiento electrónico de datos personales y nominativos, aunque denominada "sobre protección de la vida privada"-*, los datos RUN y RUT, considerados aisladamente, poseen la naturaleza de datos personales, no sensibles.

La norma establece que son datos de carácter personal o datos personales los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables, y ambos, RUN y RUT, permiten que una persona (la ley chilena excluye sin motivo justificado a las personas jurídicas de su tutela) sea posteriormente y en forma exacta y sin errores, identificable al ser referida al parámetro RUN o RUT, sobre todo en un sistema computacional.

¿Cuál sería la naturaleza jurídica del RUT, además de poseer la calidad de *"dato personal"*? Nada se ha escrito, salvo error u omisión, al respecto, en otro ámbito que no sea el de la protección de datos personales, donde incluso se ha resuelto expresamente que su equivalente en España, el DNI, considerado aisladamente es un dato personal *"porque son números cuya finalidad es identificar a las personas físicas"* y por ende una base de datos que los contenga queda sometida a la institucionalidad de la protección de datos<sup>88</sup>.

¿Puede asimilarse el RUT al nombre, y por ende, jurídicamente, sería un derecho personalísimo y un atributo de la personalidad?; creemos que sí. No es que legalmente o *"en derecho"* exista una norma que diga que el nombre o los nombres *-que definen los padres al inscribirlos-* y los apellidos *-que se determinan por filiación y también consignan los padres o quienes registran a la persona-* son lo mismo que el código identificador que asigna correlativamente el Estado, sino que *"de hecho"*, de cara a los sistemas informáticos, lo ha reemplazado.

Y si al nacer una persona natural se le asigna un RUN o si al iniciar actividades una persona natural o jurídica se le asigna un RUT con el único objeto de facilitar la operatoria jurídica de los servicios públicos en general y en materia

<sup>88</sup> Véase la URL <http://www.samuelparra.com/wp-content/uploads/2008/09/dni-si-dato-personal.pdf>

tributaria en particular -así lo establecen las normas que lo crean-, el dígito identificador que los denomina e individualiza, con poco margen de dudas, sería un atributo de su personalidad<sup>89</sup>.

Dicho de otra forma: nombre, RUN y RUT son en el hecho lo mismo; el nombre lo ponen al inscribirse en el Acta de Nacimiento una persona natural o al constituirse una sociedad; el RUN lo asigna el Estado al registrarse un nacimiento; el RUT lo asigna el Estado al iniciarse actividades tributarias; cualquiera sea el dato personal identificativo que se use, con todos se atribuye identidad. Por esa atribución e individualización, que identifica a una persona en su atributo "*identidad*", creemos que ambos son derechos personalísimos en el contexto de las bases de datos.

Otra perspectiva de análisis es la de considerar la distinción entre "*dato personal*" e "*información personal*". A propósito de la protección de datos y la determinación de qué es lo protegido, un autor aclara que aunque se afirma que lo protegido son los datos considerados en forma aislada (nombre o domicilio) en realidad lo que se protege es la información que pudiera surgir de la relación entre datos<sup>90</sup>. Por eso, cita a un informe que consigna que se considera más correcto aludir al término "*datos*" y no a "*información*", donde el segundo sería el resultado final de la elaboración en base a los primeros, a las informaciones iniciales a partir de las cuales se realizan todas las operaciones sucesivas y sobre ellas debieran recaer -por ende, por su proyección futura- los controles y la tutela jurídica que se dispone para el titular individualizado.

*¿Cuál sería -relacionado con el párrafo anterior- el alcance cuando la ley chilena alude a datos personales relativos a cualquier información concerniente a personas naturales "identificables" a futuro?*

La definición no es original. Ella está copiada textualmente de la Directiva Europea de 1995, y como queda de manifiesto del estudio de las Actas del trabajo parlamentario, nunca se consideró su alcance específico. Pero como conocemos la fuente, ella sirve para el objetivo del análisis, y para entender que aún cuando el objetivo real de la tutela sea la información personal que resulta de asociar dos o más datos personales, intencional y extensivamente se optó por proteger a los datos originarios que posteriormente serían procesados o tratados computacionalmente y a partir de los cuales una persona sería identificable.

---

<sup>89</sup> Este código identificativo en el hecho suele usarse o asociado a los nombres y apellidos de la persona natural registrada bajo él, o en forma independiente de los nombres; que en materia de sistemas informáticos basta el uso del RUN para asociar y cruzar en torno a él otros antecedentes o datos personales, y que al hacerlo siempre se entenderá y se sabrá que se alude a una persona determinada, identificada e identificable; y que lo mismo vale para el denominado "RUT".

<sup>90</sup> PUCCINELLI, Oscar (1999).



Señala el artículo 2a) de la Directiva 95/46/CE que identificable es toda persona cuya identidad pueda determinarse directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social. En consecuencia, estos "*datos identificativos originarios*", que son siempre de carácter personal y permiten identificar a una persona única, aún aisladamente considerados son objeto de tutela legal, salvo por cierto, que sean ambiguos y no referenciados a nadie como "*nacionalidad chilena*", "*militancia en x partido*", "*determinado credo religioso*"; etcétera.

4. *No son datos sensibles o personales de especial naturaleza*, por cuanto en conformidad a la definición de la letra g) del mismo artículo 2°, los indicadores RUN y RUT no se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, "*tales como*" -son sólo ejemplos los que da el legislador- los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual.

5. Una conclusión que estimamos esencial. Si bien es cierto ya ha quedado claro que los órganos del Estado tienen amplias facultades legales para procesar o -ampliamente- "*tratar*" los datos personales RUN y RUT, en especial el Registro Civil y el Servicio de Impuestos Internos respectivamente, ello no significa que estén obligados a entregar a terceros en forma masiva y sistemática, mediando pago o no, la correspondencia de los identificadores con los nombres propios de sus titulares.

Porque no existe norma legal -salvo error u omisión- que les asigne esta competencia, sino que ellos están facultados -por ejemplo- para realizar certificaciones, confirmaciones de vigencia, autenticaciones o validaciones, más siempre con fines exclusivos de servicio público.

La duda surge respecto de otros servicios públicos como el SERVEL, que si comercializan listados de RUT asociados a nombres y domicilios, en base a normas legales que no son muy categóricas al momento de asignarle la competencia, y existiendo bastante fundamento para cuestionar la finalidad de servicio público de su actuación<sup>91</sup>.

**D. Dictámenes de la Contraloría General de la República respecto a los convenios de intercambio de información "*entre servicios públicos y empresas privadas*".**

---

91

1. Recuérdense lo ya dicho, en cuanto a que legal y conceptualmente los acuerdos de intercambio de información de los servicios públicos, en general, sea entre ellos o entre servicios y empresas particulares, se encuentran validados por el artículo 2° de la ley 19.628. En efecto, si conceptualmente el "*tratamiento*" implica la "*comunicación, cesión y transferencia*" de datos personales, cabe interpretar que -por regla general<sup>92</sup>- se encuentran permitidos los convenios de intercambio de datos personales o nominativos y la comunicación que se haga a terceros mediante su publicación en sitios web.

Los elementos jurídicos esenciales para analizar este tipo de convenios son el considerar que deben realizarse para fines de servicio público y no fines de lucro, que los datos personales intercambiados no deben estar sujetos a algún tipo de reserva o secreto establecido por ley (v.gr secreto estadístico, secreto de filiación política, secreto sanitario y secreto tributario) y, que esos datos no deben de ser de aquellos que la ley 19.628 califica como sensibles o personalísimos.

Los órganos estatales que a partir de nuestro número de identificación nacional procesan información personal están manejando o procesando en consecuencia ciertos "*datos públicos*", porque en la medida que un particular consienta o una norma legal establezca que ciertos datos o antecedentes personales sean susceptibles de conocerse<sup>93</sup>, éstos pasarán a formar parte de una esfera social o pública porque lo vincularán con la sociedad.

Un presupuesto básico esencial debe siempre tenerse presente y lo reiteramos: ...los servicios públicos recogen, procesan y tratan datos personales o nominativos con apego irrestricto a la ley y actuando sólo dentro de sus competencias exclusivas, que es, por cierto, lo que establece el artículo 20° de la ley 19.628.

Que no se requiera autorización previa, consentimiento, expreso, implícito o del que sea para recoger, tratar o procesar datos personales de los ciudadanos y de los contribuyentes se debe a que "*la ley*" -fundamentalmente la ley 19.628 en sus artículos 2°, 4° y 42, los instructivos presidenciales de Gobierno Electrónico, las Leyes Orgánicas de cada servicio, normas especiales como el Código Tributario, y la Ley de Bases de la Administración del Estado así lo permiten, porque "*reemplazan a la voluntad, al consentimiento o a la autorización de los ciudadanos*".

**2. Convenios de transferencia de información nominativa funcionales, de apoyo y necesarios para la gestión cotidiana del servicio público.**

<sup>92</sup> Una excepción, por ejemplo, sería el que el convenio no puede referirse a datos sensibles; otra, que no tenga fines de servicio público sino sólo de lucro.

<sup>93</sup> Pensemos en los siguientes datos: número de teléfono; profesión; filiación política; origen étnico; situación laboral; cotizaciones previsionales; monto de impuestos declarados; créditos bancarios obtenidos; viajes realizados; valores transados en la Bolsa; participaciones en sociedades; etcétera.

Ya anticipamos el tema. Señalamos que la regulación de la comunicación de datos personales del artículo 5° de la ley 19-628 era relevante en el plano local, (i) porque a esta fecha existen procesos telemáticos de cruces de información entre servicios y entre éstos y empresas particulares que se verifican mediante la red Internet y mecanismos de "webservice"; y porque algunos servicios públicos transfieren datos personales a empresas externas con las cuales contratan cobranzas judiciales o servicios de respaldo de la información de servidores y bases de datos.

Y comentamos que se presentaban convenios de intercambio de datos personales entre los servicios públicos y empresas particulares para materializar las hipótesis de externalización de funciones, esto es, por ejemplo, cuando el servicio y el funcionario público responsable no asumen directamente la gestión de tratamiento, sea, nuevamente, porque se transfieren datos personales a empresas externas con las cuales contratan servicios de cobranzas judiciales, sea porque se contratan servicios de respaldo de la información de servidores y bases de datos. Precisamos además que esta "externalización", tan conveniente desde el punto de vista de los costos de gestión, no eximía de responsabilidades al órgano de la Administración ni al funcionario público responsable del tratamiento que se externalizaba.

Revisamos que si se opta por encargar contractualmente estos servicios mediante un mandato, deberán cumplirse los requisitos del artículo 8° de la ley 19.628<sup>94</sup>; pero no es la práctica más común. Lo más recurrente es celebrar un *contrato de prestación de servicios externalizados o de outsourcing*, y este, debiera ser acompañado de un anexo o convenio específico de cara a los datos personales que serán recíprocamente transferidos durante la vigencia del primero, entre el funcionario público o el servicio responsable que externaliza y el tercero que asume la prestación del servicio externalizado.

Obviamente, para volver a lo establecido en el artículo 20 de la ley 19.628, esta externalización del tratamiento de datos personales sólo resultará procedente y válida si alude a materias de la competencia del servicio público y de cara al cumplimiento de los fines promocionales y asistenciales que le competan, con una particularidad que se ha puesto de relieve: ...de conformidad a una ley 18.803, lo que el servicio público -de cara a optimizar su gestión- puede externalizar son las llamadas acciones de apoyo auxiliares o complementarias de sus funciones y no el ejercicio mismo o directo de sus potestades públicas o competencias. Dicho de otra forma, si se externalizan los tratamientos o procesamientos computacionales,

---

<sup>94</sup> A saber: *"En el caso de que el tratamiento de datos personales se efectúe por mandato, se aplicarán las reglas generales. El mandato deberá ser otorgado por escrito, dejando especial constancia de las condiciones de la utilización de los datos. El mandatario deberá respetar esas estipulaciones en el cumplimiento de su encargo"*.

no será externalizable por ejemplo la decisión de tratar-transferir o no determinados datos personales a otro servicio público, o la decisión de eliminarlos por caducos.

3. No uno sino al menos tres han sido los pronunciamientos de la Contraloría General de la República sobre esta materia, los años 2001, 2002 y 2003 respectivamente. Y no han sido emitidos, como es sabido y se señala frecuentemente, en abstracto o para resolver dudas sobre aspectos instrumentales o de gestión, sino que han sido dictados respecto de servicios públicos determinados y ante cuestionamientos de fondo e imputaciones -erradas e infundadas- de supuestas actuaciones ilegales.

Los servicios públicos pueden celebrar convenios de intercambio de información conforme al **Dictamen 10.322 de Marzo del 2001**. El Dictamen expresamente permite al Servicio de Impuestos Internos celebrar convenios con empresas particulares, y en consecuencia, con mayor razón respecto de servicios públicos para cumplir con sus fines de tales.

Los convenios serán procedentes, según el Dictamen, cuando no se trate de datos secretos, no se vulnere la ley 19628, no se vulnere la garantía constitucional de la privacidad, se trate de información "*generada*" por el servicio público en el marco de su competencia y se adopten los resguardos para que la información no sea utilizada para objetos no queridos por el Servicio.

Por cierto, dicho pronunciamiento será citado posterior y expresamente en un segundo **Dictamen 43.866**, para aludir a la facultad de la Tesorería General de la República también para celebrar convenios de intercambio de información.

La Contraloría el año 2001 en el Dictamen 10.322 expresamente alude a la facultad del Servicio de Impuestos Internos para celebrar convenios de intercambio de información, esto es, que posee facultades amplias que le otorga su Ley Orgánica, para celebrar contratos relacionados con el cumplimiento de los fines del mismo, y que en este contexto y a propósito de información que es *per se* pública y no secreta o reservada, se encuentra habilitado para suscribir con empresas especializadas en el manejo de bases de datos acuerdos de voluntades de intercambio de información.

El SII posee la facultad de celebrar convenios de intercambio de información con empresas particulares, pero además a él le compete evaluar y ponderar tanto la conveniencia como la procedencia legal de hacerlo y el contenido de la información que será intercambiada es una decisión discrecional del servicio público. Así lo señala expresamente el Dictamen 10.322 del año 2001: "*...la sola circunstancia de que un servicio público efectúe tratamiento de datos personales no implica que se encuentre facultado para ceder esos datos a terceros. Esta última posibilidad debe ser analizada a la luz de la naturaleza de la*

*información que se pretende ceder y de las competencias que desarrolla el órgano pertinente".*

El Dictamen de la Contraloría del año 2001 no alude a qué tipo de datos o de información específica debe incluirse en sus convenios de intercambio de información, ya que determinar este ámbito es una facultad privativa del servicio que celebra el convenio sujeta a las restricciones legales vigentes a esa fecha, esto es, para el caso del Servicio de Impuestos Internos, fundamentalmente a las normas del secreto tributario y a las disposiciones de la ley 19.628.

En los convenios vigentes a esta fecha no existe infracción a lo establecido por el Código Tributario ni por la ley 19.628 sobre protección de datos personales, porque se alude a datos que provienen de fuentes de información pública que nos sitúan en el ámbito de la esfera social de las personas y de aquella que para ser tratada computacionalmente no requiere de autorización expresa y previa de sus titulares o de aquellos a quienes alude.

Por si hubiera alguna duda acerca de la finalidad de servicio público, téngase presente que a través de esta opción el SII además proporciona indirectamente información a los contribuyentes respecto de su situación tributaria, de manera que puedan conocer el estado en que se encuentran y los problemas eventuales –como una posible suplantación de identidad comercial o que una empresa haya sido víctima de irregularidades tributarias-, o los problemas pendientes de solución, y posibilita –precisamente- alertar para el futuro a aquéllos que efectúan operaciones con contribuyentes con comportamiento tributario irregular. No hay fines de lucro, no hay vulneración de esfera privada alguna, no hay comunicación de información secreta o reservada, y la información que se obtiene de las empresas permite -a consecuencia del canje o intercambio-, por ejemplo, verificar los domicilios donde se realizarán notificaciones.

En este mismo orden de ideas y en el plano de la interpretación de las normas legales, la Ley Orgánica del SII (en el artículo 7º letra ñ) establece expresamente que al Director le compete ejecutar los actos que estime necesarios para el cumplimiento de los fines del Servicio, y la difusión de por ejemplo la "*situación tributaria*" de los contribuyentes precisamente es uno de esos actos, porque al tratarse de un comportamiento público y al darse a conocer se consigue que exista estabilidad para el Orden Público Económico.

Sólo un análisis muy parcial, por ende, podría llevar a considerar que estos nuevos servicios prestados al contarse con las facilidades provenientes de las nuevas tecnologías –léase consulta en bases y bancos de datos- no están vinculados a la naturaleza o finalidad tradicional del SII, quien no se está atribuyendo facultades, competencias o atribuciones no conferidos previa y legalmente.

La Contraloría también tuvo presente que, *a diferencia de la Tesorería, el SII no encarga la publicación de datos, menos sobre mora y protestos en DICOM u otras empresas similares, referidos a antecedentes patrimoniales, económicos, financieros y comerciales que se originen en el previo incumplimiento de una obligación legal-patrimonial.* Efectivamente, el SII no ha optado por contratar los servicios de empresas comerciales distribuidoras de información, ni les ha solicitado o encargado que publiquen tales o cuales datos.

La razón de ser de los convenios de intercambio o canje de información es la de posibilitar que el ente fiscalizador acceda a la mayor cantidad de antecedentes posibles únicamente para cumplir sus fines de recaudación y fiscalización, y los antecedentes públicos que entrega como contrapartida a las empresas que suscriben los referidos convenios no son condicionados a determinados fines ni es del conocimiento del SII la forma en que ellos son distribuidos a terceros. Si una vez recibidos los datos públicos por las empresas distribuidoras se produce algún abuso o mal uso en base a los datos que ellos reciben, es algo que no puede ser imputado a la responsabilidad del ente público.

Volviendo al articulado de la ley 19.628, y teniendo nuevamente a la vista la llamada "*Teoría de las Esferas*", se debe entender que la información que un servicio público genera por el hecho de cumplir con los fines que por ley debe asumir, forma parte de la esfera pública de una sociedad, no es privada, no es íntima y no puede ser privada del conocimiento de la sociedad toda por la mera voluntad de su titular, porque existen normas legales expresas y de Derecho Público que así lo establecen. Desde esta perspectiva, los datos que procesa el SII respecto de las personas naturales son de aquellos económicos y financieros que provienen de fuentes de naturaleza pública para el órgano de la Administración<sup>95</sup>, y que, en conformidad a los artículos 2°, 4° y 20° de la ley 19.628, (i) pueden procesarse sin autorización de sus titulares por mandato legal y (ii) pueden comunicarse porque la ley le ha conferido esa facultad.

Ubicado en el Título I sobre la utilización de datos personales, el artículo 4° sienta un principio general en materia de procesamiento de datos personales. Señala que el tratamiento de los datos personales sólo podrá efectuarse cuando esta ley u otras disposiciones legales lo autoricen, o cuando el titular consienta expresamente en ello, pero consagra diversas excepciones en los incisos quinto y sexto, en relación a la autorización del titular requerida para el tratamiento de los datos cuando estos provienen de fuentes públicas.

El artículo 4° pues, complementa. Primero señala que no requiere autorización el tratamiento de datos personales cuando una ley o varias leyes -como las que definen la competencia tributaria del ente fiscalizador- lo permitan. En segundo lugar, en el inciso quinto, señala que se pueden procesar sin

---

<sup>95</sup> De lo cual no se sigue que lo sean para los administrados de manera que deban serle entregados en forma masiva y sistematizada los datos.

autorización los datos personales que provengan o que se recolecten de fuentes accesibles al público y sean de carácter económico, financiero, bancario o comercial, donde los datos "*tributarios*" son obviamente "*económicos*" y "*financieros*".

Por último, téngase presente que con el mérito de todo lo dicho, ha sido el propio SII, en el marco de las potestades normativas que le confiere su Ley Orgánica, quien reguló y precisó esta materia. Puede consultarse en Internet el contexto de la Resolución Exenta 3509 de Julio del año 2000 y la modificación que se le hizo en Diciembre del mismo año mediante la Resolución Exenta 5395 (que instruye o resuelve en materia de canjes de "información computarizada" con empresas especializadas en materia de servicios de información y con órganos estatales), donde se indican una serie de contenidos de información que no podrá nunca incorporarse a los Convenios.

La redacción de la cláusula cuarta de la Resolución Exenta, sobre especificación de contenidos de información o la "naturaleza" de los datos que podrán ser incorporados en los convenios es clara, precisa y detallada, y su interpretación, a efectos de determinar la procedencia o no de un convenio o del tipo de información a entregarse a particulares en el contexto de un acuerdo, debe ser necesariamente restrictiva.

**4. El año 2002 la CGR dictaminó (N°25.336)** que la Tesorería podía celebrar convenios de intercambio de información sobre datos de mora y protestos de los contribuyentes.

El criterio anterior atiende a considerar que la Tesorería posee facultades amplias que le otorga su Ley Orgánica, para celebrar contratos relacionados con el cumplimiento de los fines del mismo, en este contexto y a propósito de información que para el órgano de la Administración es *per se* pública y no privada, íntima, secreta o reservada.

Debe considerarse un supuesto clave: que se trata de antecedentes sobre deudas tributarias o créditos morosos del sector público en proceso de cobranza, y por ende es información nominativa generada o procesada por el Estado en el marco de su actividad pública de cobranza. Esta "*actividad pública de cobranza*" que debe realizar la Tesorería, que apunta a que se cumplan con obligaciones legales y a que se mantenga el orden público económico en materia tributaria, incluye la posibilidad de confeccionar listas o nóminas de deudores, empleándose todos los medios posibles para dar publicidad a las subastas que resulten de los procedimientos de cobro que tramite la TGR.

En efecto, mediante el **Dictamen 25.336** se determinó claramente que la Tesorería tenía facultades para suscribir convenios de intercambio de información referente a obligaciones de contribuyentes y deudores morosos del Fisco, con

empresas especializadas que existiesen en el país y que mantuviesen bases de datos.

5. Si el año 2002 la CGR dictaminó que la Tesorería podía celebrar convenios de intercambio de información sobre datos de mora y protestos de los contribuyentes, posteriormente, **el año 2003 y en un Dictamen 43.866**, complementó y precisó que ella puede celebrar dichos convenios -sobre datos tributarios y sobre obligaciones morosas o patrimoniales negativos- aún cuando el artículo 17 de la ley 19.628 no los mencione expresamente<sup>96</sup>.

El criterio anterior reitera que se debe considerar que la Tesorería posee facultades amplias que le otorga su Ley Orgánica para celebrar contratos relacionados con el cumplimiento de los fines del mismo, en este contexto y a propósito de información que es *per se* pública y no secreta o reservada.

Sería un despropósito que ante la comunicación mediante convenios previamente firmados conforme a derecho de antecedentes verdaderos, públicos, fidedignos y que dan cuenta del incumplimiento por parte del recurrente de obligaciones legales-tributarias, se permitiera, al acogerse un recurso de protección, que una persona pudiese ocultar su calidad de infractor.

En efecto, *la información personal sobre la situación tributaria de un contribuyente...* (tanto en cuanto no sea de aquella amparada por el secreto tributario consagrado en el Código Tributario, los que son antecedentes que son parte de una esfera íntima o reservada que no puede ser atisbada, procesada o conocida por particulares, por empresas que quieran comercializarlos e incluso por otros órganos estatales), *...cabe dentro de lo que la doctrina constitucionalista y los sociólogos denominan la "esfera social" de las personas.*

Desde otra perspectiva, también resulta improcedente constitucional, legal y procesalmente proyectar la garantía constitucional que se asegura a todas las personas en el artículo 19 N°4, que consiste en el respeto y protección de *"la honra... de las personas y sus familias"*, al ámbito de los datos procesados y publicados por la Tesorería, cuando éstos por su naturaleza son antecedentes públicos, exactos, verdaderos y fidedignos, que se generan únicamente por la infracción legal del contribuyente que no cumple con sus obligaciones tributarias. No puede considerarse, con fundamento serio, que con esta publicación lo que se busca es menoscabar la honra de los ciudadanos morosos.

El cuestionamiento nació de un Oficio enviado a la Contraloría por el Senador *Baldo Prokurika* que, en lo esencial, sostuvo que la Tesorería no podía publicar antecedentes sobre morosidad tributaria porque, atendido el tenor del artículo 17 de la Ley 19.628 sobre protección de datos personales, no podría publicitarse mediante su almacenamiento en bases de datos ya que la norma

<sup>96</sup> Véase lo analizado en el número 17 del acápite B de este Informe.



enumeraría taxativamente las obligaciones que pueden ser procesadas, almacenadas y comunicadas computacionalmente, no habiéndose incluido las relativas a morosidad tributaria. Señaló además que la Ley Orgánica de la Tesorería no la facultaba para divulgar las deudas por concepto de impuestos y créditos del sector público que se encuentren en mora, y que el contrato celebrado al efecto con la empresa DICOM podría implicar vulnerar la garantía del artículo 19 N°4, sobre protección de la honra de las personas.

Cabe destacarse que, en primer lugar, la Contraloría señala y reitera lo consignado y concluido no sólo en el Dictamen 25.336 del año 2002, sino también el año 2001 en el Dictamen 10.322, esto es, que el Servicio de Tesorerías posee facultades amplias que le otorga su Ley Orgánica, para celebrar contratos relacionados con el cumplimiento de los fines del mismo, y que en este contexto y a propósito de información que es *per se* pública y no secreta o reservada, se encuentra habilitado para suscribir con empresas especializadas en el manejo de bases de datos acuerdos de voluntades de intercambio de información, concretamente relacionada con contribuyentes y deudores que se encuentren en mora con el Fisco.

Tal conclusión considera un supuesto clave, que se reitera: ...aquel de que la información objeto de los convenios es pública para los órganos de la Administración, porque se trata de antecedentes sobre deudas tributarias o créditos morosos del sector público en proceso de cobranza, y por ende es generada o procesada por el Estado en el marco de su actividad pública de cobranza, actividad de servicio público que apunta a que se cumplan con obligaciones legales y a que se mantenga el orden público económico en materia tributaria. Y esto incluye la posibilidad de confeccionar listas o nóminas de deudores, según expresamente lo establece el artículo 169 del Código Tributario.

Al amparo de las normas de la ley 19.628, sobre protección de datos personales, la Contraloría consideró que la Tesorería es un órgano público (artículo 1°), que "trata" datos públicos (artículo 2°) y que actúa dentro de su esfera de competencia (artículo 20°), por lo cual, de manera alguna requiere contar con el consentimiento de los titulares de los datos.

Se acoge y ratifica la tesis que estima que se trata de información pública, porque sólo se están publicitando datos sobre procedimientos ejecutivos de cobro de deudas en casos en que el deudor ya ha sido notificado y requerido de pago, y que por ende puede ser "*intercambiada*" vía convenios o directamente "*publicada*" en el sitio web de la entidad.

## **E. Situación jurídica de los convenios de intercambio de datos personales "entre los propios servicios públicos".**

1. La necesidad de contar con información acerca de los ciudadanos y/o administrados puede no verse satisfecha con los antecedentes personales o nominativos disponibles en los sistemas de un sólo servicio público, situación que puede obstar al logro de los fines promocionales y asistenciales que les son propios.

La realidad práctica demuestra que es así, por ejemplo cuando el INP o Instituto de Normalización Previsional (hoy IPS) para asignar beneficios previsionales requiere conocer y certificar las edades o fechas de nacimiento y de defunción de los beneficiarios y de sus cargas, y ello se obtiene accediendo directamente on line los sistemas del Servicio de Registro Civil.

Otro ejemplo: cuando el Mineduc debe asignar beneficios de pase escolar o de becas de estudio, la ley expresamente lo faculta para requerir del Servicio de Impuestos Internos -el que es obligado a entregarlos- antecedentes personales patrimoniales del grupo familiar del postulante o solicitante de los beneficios.

Otro ejemplo, referido en la letra B a propósito de la ley 19.628 y sus disposiciones, es la ley 19.397, que junto con permitirle al Ministerio de Salud tratar y mantener registros respecto de las materias de su competencia y facultarlo expresamente para tratar datos personales o sensibles con el fin de proteger la salud de la población o para la determinación y otorgamiento de beneficios de salud, también lo faculta para solicitar o requerirle datos personales que se estimen necesarios a otros servicios públicos o personas jurídicas públicas.

Uno más, también ya anticipado a pie de página: el artículo 2° letra i) de la ley 19.913 del año 2003, que al crear la UAF o Unidad de Análisis Financiero la asignó competencia para acceder a la información y a los antecedentes en poder de otros organismos públicos, pero con restricciones: que se trate de la revisión de una operación sospechosa previamente reportada a la UAF o detectada por ella en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de información legalmente sujeta a secreto o reserva<sup>97</sup>.

Una perspectiva diferente. Los artículos 20° y 21° de la ley 17.374, Orgánica de la Dirección de Estadísticas y Censos establecen la obligación de entregarse la información, datos o antecedentes que el Instituto Nacional de

---

<sup>97</sup> Si además hacemos el ejercicio de aplicarle las categorías ya vistas de la ley 19.628, se trata de un caso en que una ley expresa autoriza el tratamiento/comunicación (artículo 4°), en que la transferencia deberá cumplir ciertos requisitos legales (artículo 5°), y en que no puede discutirse que el tratamiento/recepción de los datos personales es de competencia exclusiva de la UAF (artículo 20).

Estadísticas solicite acerca de hechos que por su naturaleza y finalidad tengan relación con la formación de estadísticas oficiales. Sumado a ello o como norma complementaria general, todo servicio público, en conformidad al artículo 5° de la LBAE, deberá colaborar con el INE siempre que no interfiera con sus funciones ni irroge gastos imposibles de ser absorbidos o no presupuestados, y si se trata de datos personales -esta es "*la perspectiva diferente*", debiera hacerse con el resguardo de que nunca se entregue información de manera nominada o individualizada.

Similar es la situación del artículo 53 de la ley 18.840, Orgánica del Banco Central, que señala que el Banco deberá compilar y publicar, oportunamente, las principales estadísticas macroeconómicas nacionales, incluyendo aquellas de carácter monetario y cambiario, de balanza de pagos y las cuentas nacionales u otros sistemas globales de contabilidad económica y social. Agrega que para los efectos previstos en la norma el Consejo deberá establecer, mediante acuerdo publicado en el Diario Oficial, la naturaleza, contenido y periodicidad de la información que dará a conocer, y que para el cumplimiento de estas funciones el Banco está facultado para exigir a los diversos servicios o reparticiones de la Administración Pública, instituciones descentralizadas y, en general, al sector público, la información que estime necesaria.

Además de los ejemplos mencionados, a esta fecha existen en Chile -salvo error u omisión- otra serie de convenios de colaboración y de intercambio de datos personales entre servicios públicos en vigor. Tal sería el caso: del ex INP con la Dirección de Previsión de Carabineros; del MINVU con el Registro Civil; del SII con la Dirección General de Aeronáutica; del SII con el Registro Civil; de la TGR con las Cajas de Compensación; de la TGR con la Dirección del Trabajo; etcétera.

A nuestro parecer y para observar o cumplir con el deber de diligencia que la LGBAE impone a todos los funcionarios públicos, todos los intercambios de datos personales debieran estar respaldados por un convenio o acuerdo expreso de intercambio, donde al menos se deberán explicitar restricciones y medidas de seguridad específicas y la forma en que se da cumplimiento al artículo 5° de la ley 19.628.

## **2. Plena legalidad de los convenios entre servicios públicos.**

**2.1** El *fundamento legal general* de estos convenios de intercambio de información entre servicios públicos se encuentra en los artículos 3° y 5° de la Ley General de Bases de la Administración del Estado. Existen además, como hemos mencionado, otras normas legales especiales o específicas que al establecer la obligación de entrega de información de un servicio público al otro abren el espacio a la necesidad de formalizar un acuerdo o convenio de intercambio.

El artículo 3° dispone que la Administración del Estado está al servicio de la persona humana; y agrega que su finalidad es promover el bien común atendiendo

las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley, y de la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal.

Dispone además que la Administración deberá observar los principios *de responsabilidad, de eficiencia, de eficacia, de coordinación, de impulsión de oficio del procedimiento, de impugnabilidad de los actos administrativos, de control, de probidad, de transparencia y de publicidad administrativas.*

Si nos situamos en el contexto de los convenios de intercambio de datos personales, conviene detenerse en los principios de eficiencia, eficacia y coordinación. *"Mientras la eficacia mira a la capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera" -se ha dicho-, "la eficiencia atiende a la capacidad para disponer de alguien o de algo para conseguir un efecto determinado".* Como se mire, ambos conceptos apuntan a fortalecer las capacidades de la Administración del Estado para el cumplimiento de sus fines.

Por su parte la expresión *"coordinación"* busca que el accionar de la Administración del Estado implique una disposición metódica de las cosas, esto es, el concertar medios y esfuerzos para una acción común.

Esta interpretación de las disposiciones de la ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (que no nos pertenece pero que hacemos nuestra), aparece corroborada por su artículo 5°, que literalmente dispone:

*"Las autoridades y funcionarios deberán velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública. Los órganos de la Administración del Estado deberán cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones".*

**2.2** Nuevamente, legal y conceptualmente, los acuerdos de intercambio de información de los servicios públicos entre ellos, también se encuentran validados por la ley 19.628.

El artículo 2° letra c) define a la comunicación o transmisión de datos como el dar a conocer de cualquier forma los datos personales a personas distintas del titular, sean determinadas o indeterminadas. En efecto, si conceptualmente el *"tratamiento"* implica la *"comunicación, cesión y transferencia"* de datos personales, cabe interpretar que se encuentran permitidos los convenios de intercambio de datos personales y la comunicación que se haga a terceros mediante su publicación en sitios web.

Se trataría de casos en que una ley expresa autorizaría el tratamiento/comunicación sin autorización de sus titulares (artículo 4°), en que la transferencia deberá cumplir ciertos requisitos legales (artículo 5°), y en que habrá de determinarse si el *tratamiento-comunicación-recepción* de los datos personales es de competencia exclusiva de los servicios públicos que los intercambian (artículo 20°). De no tratarse de datos intercambiados y/o tratados que sean de competencia de los servicios públicos -v.gr. *recopilarse y difundirse las direcciones de email de los ciudadanos no es carga pública de ningún servicio-*, la única válvula de salida sería solicitar autorización previa a los ciudadanos titulares de los datos.

Siempre *en sede de la ley 19.628*, los convenios debieran explicitar cómo se cumple con lo establecido en el artículo 5° ya analizado en el acápite B, esto es, que el responsable del registro o banco de datos personales cautela los derechos de los titulares y que la transmisión guarda relación con las tareas y finalidades de los organismos participantes; que el receptor sólo podrá utilizar los datos personales para los fines que motivaron la transmisión; y que se deja constancia (i) de la individualización del requirente, (ii) del motivo y el propósito del requerimiento y (iii) del tipo de datos que se transmiten.

**2.3** *Los elementos jurídicos esenciales para analizar este tipo de convenios* serían, en consecuencia, el considerar:

(i) Que sólo deben realizarse para fines de servicio público y por la vía de canjes de información, evaluándose caso a caso su celebración porque celebrarlo o no es una facultad privativa de la Jefatura Superior de cada servicio y entendiéndose que los convenios son excepcionales, *salvo que exista una obligación legal expresa de celebrarlos o de realizar los intercambios de información*<sup>98</sup>;

(ii) Que los datos personales intercambiados no deben estar sujetos a algún tipo de reserva o secreto establecido por ley (v.gr secreto estadístico, secreto de filiación política, secreto tributario o secreto sanitario);

(iii) Que los datos personales intercambiados sean objetivos y generados por el servicio público en el marco de su competencia y actividad de servicio público, y no obtenidos desde otro servicio público o primer generador de la data;

---

<sup>98</sup> Además de lo mencionado para la UAF, el INE o el Banco Central, es el caso de la TGR y el SII, que han celebrado un convenio de intercambio para dar cumplimiento a la obligación de colaboración en la entrega de información que establece perentoriamente el artículo 82 del Código Tributario; ella señala que *"la Tesorería y el Servicio de Impuestos Internos deberán proporcionarse mutuamente la información que requieran para el oportuno cumplimiento de sus funciones"*.

(iv) Que esos datos no deben de ser de aquellos que la ley 19.628 califica como sensibles o especialmente importantes para los ciudadanos personas naturales;

(v) Que se están adoptando todos los resguardos necesarios para evitar que la información objeto del convenio sea usada para objetos o fines no considerados y no permitidos por la ley, y por ende fines solicitados y declarados expresamente en los fundamentos, considerandos o motivos del texto del acuerdo;

(vi) Que se establezca con claridad que toda la data personal accesada por los funcionarios correspondientes en el marco de un convenio bilateral será para uso exclusivo de la Institución, sin que ella pueda ser entregada a terceros; y,

(vii) Que *salvo que exista una ley expresa que obligue a un servicio público a entregar datos personales al otro*<sup>99</sup>, la ley marco que fundamenta el convenio y el intercambio es la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado en sus artículos 3° y 5°.

### **3. Legalidad de los convenios bilaterales de intercambio de información entre los servicios públicos que participan en la Plataforma Integrada de Servicios Electrónicos del Estado (PISEE). Referencia.**

Legalmente la verificación de los convenios bilaterales de intercambio de información entre los servicios públicos no merece ni merecía reparo alguno<sup>100</sup>.

Como veremos a propósito del por nosotros reparado Proyecto PISEE o la *Plataforma Integrada de Servicios Electrónicos del Estado*, no se necesitaban nuevos análisis jurídicos ni se discutía la validez de una práctica como la celebración de convenios de intercambio de datos que incluso desde hace años había sido validada por la Contraloría General de la República<sup>101</sup>, para concluir:

<sup>99</sup> Es el caso, se reitera, del artículo 82 del Código Tributario, que señala que la Tesorería y el Servicio de Impuestos Internos deberán proporcionarse mutuamente la información que requieran para el oportuno cumplimiento de sus funciones. El artículo 82 anticipa el mismo principio de colaboración en base a antecedentes cuyo contenido sea tributariamente relevante, que luego consagran los artículos 168 y 195. Y lo hace en el contexto de la fiscalización realizada mediante el análisis documental de los antecedentes que deben remitir al SII el SRC, las Aduanas, los Conservadores, los notarios, otros ministros de fe, los arrendadores los tesoreros fiscales, los jueces de letras, los alcaldes, los bancos y los tesoreros municipales. Se consigna un ejemplo en el inciso segundo, cuando señala que *"los formularios del impuesto territorial pagado"* deberán remitirse por los bancos a la Tesorería para su procesamiento.

<sup>100</sup> Antes de la plataforma y al margen de ella, el SII poseía un convenio con el INP y el Registro Civil; el INP de la época tenía convenio firmado con el Registro Civil; etcétera.

<sup>101</sup> Lo que debe observarse jurídicamente desde ya a este proyecto no son los intercambios de datos con fines de servicio público entre los órganos de la Administración que subyacen en la plataforma, sino que son las gestiones sin respaldo normativo de Derecho Público de la plataforma misma y de los funcionarios quienes la administran y la hacen interoperable. Dicho de

(i) ...que normas constitucionales y legales, generales (de la LGBAE, como los artículos 3° y 5°) y particulares como sus propias Leyes Orgánicas, habilitaban a los servicios públicos para colaborar y transferir entre ellos datos personales previamente tratados en el marco de sus competencias exclusivas, actuando dentro de sus competencias, con fines de servicio público y respetando las posibles "restricciones" -por ejemplo- en casos de datos sujetos a secreto o reserva;

(ii) ...que diversos artículos de la ley 19.628, ya analizada en extenso, validaban expresamente la recopilación, el almacenamiento, el procesamiento y la transferencia o el intercambio de datos personales vía redes, y exigían hacerlo operándose dentro de su competencia exclusiva (artículo 20) y con el resguardo de los derechos de los ciudadanos (artículo 1°); y,

(iii) ...que no se necesitaba modificación legal alguna para validar dichos intercambios ni los convenios que los formalizaban, máxime porque el proyecto no descansa conceptualmente sobre la elaboración de una base de datos única o centralizada sino que concibe a la plataforma como una mera pasarela de datos.

Los antecedentes relevados por la consultoría encargada por el Grupo de la Estrategia Digital de la Subsecretaría de Economía, carentes de novedad y enmarcados erradamente bajo el rótulo de "*puesta en marcha de la ley de procedimiento administrativo*" -con la cual no guardan relación jurídica alguna-, no hicieron por ende sino mostrar en forma sistemática los argumentos jurídicos que los propios servicios públicos habían validado y levantado mucho antes, al momento de optar por celebrar entre ellos convenios bilaterales de intercambio de información.

En cuanto a la referencia a la ley 19.880 que señalamos como no relacionada jurídicamente con el proyecto y por ende con la consultoría, conforme a sus disposiciones no existen dudas sobre la posibilidad de operarse en forma electrónica porque en los artículos 18 y 19 se alude expresamente a la posibilidad de realizar dichos procedimientos y mantener los expedientes con los actos administrativos. *Lo que carecía y carece de fundamento era invocar esta ley como fundamento del mero intercambio de datos que caracteriza a la plataforma, toda vez que en la PISEE no se realizan actos administrativos*<sup>102</sup>, por su intermedio no

---

otra forma: lo observable jurídicamente es que está operando una plataforma electrónica como la de [www.chilecompras.cl](http://www.chilecompras.cl), pero sin una ley 19.886 que lo permita legalmente.

<sup>102</sup> Legalmente, los actos son las decisiones escritas que adopta la Administración, decisiones que son formales y que contienen declaraciones de voluntad realizadas en el ejercicio de una potestad pública.

*se verifican procedimientos administrativos* <sup>103</sup>, *y en ella no se almacenan expedientes electrónicos con lo actuado procedimentalmente.*

En concreto, esta consultoría constató que existían en las normas referidas *principios, restricciones y condiciones* para la transferencia de datos personales a los cuales debían someterse los servicios públicos que operaran en la Plataforma. (i) Mencionó principios como los de competencia exclusiva, de coordinación, de unidad de acción, de no duplicación, y de actualización de los datos; (ii) se refirió a restricciones evidentes como el actuar dentro de la competencia exclusiva, el usar los datos para los fines tenidos en vista al recopilarse; y respetar normas legales de secreto; y, (iii) consignó condiciones de transferencia también evidentes como que el servicio público requirente tuviera competencia para pedir los datos, que el requirente pidiera datos relativos a trámites de su competencia, que el servicio requerido sólo podía transferir datos recolectados en el ejercicio de sus potestades, y que el servicio solicitante sólo podía usar los datos en la forma que su competencia de Derecho público lo permitiera.

**F. Proyección de las normas sobre protección de datos personales de la ley 19.628 al ámbito de la red Internet. El Decreto Supremo N°100 y la regulación de las Políticas de Privacidad de los sitios web de los servicios públicos.**

1. La hipótesis de trabajo es la siguiente: *¿procedía implementar y regular especial y expresamente "Políticas de Privacidad" en los servicios públicos o en los órganos del Estado que operen e interactúen con los ciudadanos mediante sitios web?*

Nos cupo participar en los debates de un Comité Interdisciplinario integrado por profesionales de diversas reparticiones públicas, (i) para definir y estandarizar -obligatoriamente- un Código Deontológico o de prácticas "*del deber ser*" y (ii) para establecer las llamadas "*Políticas de Privacidad*" que deberían contener todos los sitios web del Estado que recopilaran *on line* y procesaran datos personales o nominativos -de aquellos definidos en el artículo 2° de la ley 19.628- mediante los referidos sitios.

Lamentablemente, el desconocimiento de la realidad concreta del procesamiento de datos personales en el Sector Público y un marcado prejuicio acerca de la existencia de supuestas irregularidades y de la conculcación de los derechos de los ciudadanos que accesan los sitios web de los servicios,

---

<sup>103</sup> Legalmente, los procedimientos son una sucesión de actos trámite vinculados entre sí, emanados de la Administración o de particulares interesados, que tiene por finalidad producir un acto administrativo terminal.



perturbaron el trabajo al punto de olvidarse que el Poder Ejecutivo y los órganos públicos no poseen facultades de Derecho Público para, inicialmente en forma contractual (antes de pensarse en la dictación del Decreto Supremo N°100), acordar con los ciudadanos medidas que mermen sus competencias públicas atribuidas por ley.

Nos sigue pareciendo errada esta opción. Además de lo afirmado en cuanto a que los órganos públicos no "*se auto regulan*" mediante Códigos Deontológicos ni deben declarar cumplir con una o varias normas determinadas para validar su comportamiento en materia de procesamiento de datos personales, ellos deben necesariamente actuar ajustados o conforme a Derecho.

Aún cuando el servicio público no hubiera sido obligado a publicar y mantener en su sitio web políticas de privacidad, ello no hacía inaplicable toda la normativa jurídica que regula el STDP de los órganos de la Administración del Estado -no sólo es la ley 19.628 pero si es esta en especial-, al tratamiento que se hiciera de los datos de los ciudadanos recopilados desde los *log* o registros de los servidores usados para comunicarse mediante la red Internet.

Más aún, el señalamiento o la referencia informativa que en los sitios web se hace a la ley 19.628 de manera general -por ser el contexto legal del tratamiento-, en nuestra opinión era -antes del Decreto Supremo N°100- un señalamiento suficiente, por cuanto los servicios públicos no deben auto regular normas de Derecho Público que les serán siempre aplicables, y menos deben abocarse a elaborar cartillas informativas sobre los contenidos de la ley como una práctica obligatoria<sup>104</sup>.

2. En definitiva, en el marco de una norma técnica y reglamentaria para el desarrollo y la operatoria de los sitios web del Estado, esto es, el Decreto Supremo N°100 publicado el 12 de Agosto del año 2006, se incluyó un artículo 9° que establece que *todos los órganos de la administración del Estado deberán adoptar, mantener y declarar una política de privacidad en su respectivo sitio web*. Ella deberá encontrarse accesible en el sitio y contener una serie de menciones mínimas que se establecen.

No obstante la vigencia de esta norma, el problema que se presenta en relación a ella es que nadie, ningún servicio público, fiscaliza sistemáticamente su cumplimiento<sup>105</sup>.

<sup>104</sup> En los sitios web de algunos servicios públicos pueden encontrarse referencias que señalan que en sus condiciones de uso no se establecen políticas de privacidad porque ellas se encontraban definidas expresamente por las normas legales y reglamentarias de derecho Público vigentes en Chile, en particular por la ley 19.628; por cierto, en conformidad al Decreto Supremo N°100 esto debiera ya haberse modificado.

<sup>105</sup> Un cuestionario acerca de su aplicación práctica, puede verse en la URL [http://www.estrategiadigital.gob.cl/files/Guia\\_Metodologica\\_PMG\\_Gobierno\\_Electronico\\_2009.pdf](http://www.estrategiadigital.gob.cl/files/Guia_Metodologica_PMG_Gobierno_Electronico_2009.pdf)

Una consideración "*meta jurídica*" cabe plantearse: ...con esta norma se establece "*un piso mínimo*" que afecta por igual a todos los servicios públicos del Estado, siendo que ellos desarrollan actividades en Internet de muy diverso volumen o envergadura, con los correspondientes costos de gestión que ello involucra. Dicho de otra forma: en Chile no son más de 10 los entes públicos que se pueden ver drásticamente afectados en su gestión electrónica si, so pretexto de definirse políticas estándares de privacidad, se establecieran a futuro -como ya se propuso- condiciones mucho más gravosas que las definidas por el Decreto en comento<sup>106</sup>.

En cuanto a la estructura de los tres Títulos del Decreto, el *Título I* se refiere a su ámbito de aplicación, el *Título II* a las "*tareas para el cumplimiento del nivel 1*" y el *Título III* a las "*tareas para el cumplimiento del nivel 2*", porque se establecieron plazos para dos etapas dentro de las cuales cumplir con las medidas obligatorias y sugeridas.

El objetivo o la obligación general declarada en el artículo 1° inciso segundo, es el de desarrollar los sitios web de manera que se garantice en ellos la disponibilidad y la accesibilidad de la información, *se asegure el debido resguardo de los derechos de los titulares de datos personales*, y se asegure la interoperabilidad de los contenidos, funciones y prestaciones ofrecidas por el servicio público, cualquiera que sean ("*con prescindencia*" dice el Decreto) las plataformas, los programas y los equipos utilizados.

El Nivel 1 o la Primera Etapa, se refirió a la necesidad de desarrollar tareas destinadas a permitir que las personas usuarias de los sitios web accedieran de manera rápida, efectiva y eficiente a los servicios, funciones y prestaciones; la segunda etapa, o el nivel 2, decía relación con desarrollar tareas que permitieran implementar en los sitios web las principales directrices de de las normas internacionales sobre accesibilidad.

Los cinco numerales del *artículo 9°* -incluido en el Título II- aluden a la obligatoriedad de que se contengan las siguientes menciones y/o declaraciones:

- (i) Sobre la individualización del servicio público tratante al que corresponde el sitio web, con precisión de quien lo representa, su domicilio, dirección postal y correo electrónico;

---

<sup>106</sup> A este respecto, por ejemplo, el informe del Comité mencionado proponía fijar como política de privacidad que "*el órgano del Estado no comunicará ni transferirá datos personales de sus usuarios sin el consentimiento previo y expreso del titular*". Si esto se aplicara y los servicios públicos tuvieran que pedirle autorización a cada uno de los ciudadanos (incluso, obviamente bajo la modalidad on line), cuando ya la ley y Dictámenes de la Contraloría reconocen que existe autorización para hacerlo legalmente, sería improcedente jurídicamente y una traba a la gestión de los servicios públicos.

(ii) Sobre los fines del tratamiento realizado a los datos personales recopilados desde o en el sitio web (que nunca podrán ser "*no legales*"), indicándose el nombre "*del banco de datos personales*", el fundamento jurídico de su existencia, su finalidad, los tipos de datos almacenados y una descripción de la categoría de personas a que alude, que son por cierto los requisitos definidos por el Decreto Supremo N°779 del año 2000 para el registro informativo del Registro Civil y respecto al cual debe contenerse un enlace o *link*;

(iii) Sobre las condiciones de confidencialidad y garantías existentes en el tratamiento de datos personales adoptadas -lo cual nos reenvía al cumplimiento del Decreto Supremo N°83 del año 2005-, y una referencia al hecho de que los datos serán o no transferidos a terceros o procesados por ellos (lo que se presenta cuando se licita y externaliza esta función), quienes deben ser individualizados en forma suficiente;

(iv) Sobre (i) la declaración expresa de los derechos de acceso o habeas data -y sus derivados- que en conformidad al artículo 12 poseen los ciudadanos en cuanto titulares -y recordemos propietarios- de los datos personales, para resguardarlos, (ii) y sobre los medios que ha dispuesto el servicio público para garantizar el ejercicio de esos derechos; y,

(v) Sobre la indicación de una dirección electrónica de contacto para que el usuario solicite y obtenga electrónicamente y en línea información sobre los datos personales que se mantienen registrados, y pueda ejercer mediante ella los derechos de acceso, modificación, eliminación, cancelación o bloqueo.

Luego de consagrarse la obligación general de que en los sitios web de los servicios públicos "*se adopte, mantenga y declare*" una política de privacidad, se señala que ella debe encontrarse accesible desde su primera página e incluir "*a lo menos*" -como un piso mínimo- las referidas menciones.

Una de las menciones adicionales que el Decreto no contiene, debiera ser si el servicio público utiliza y qué datos registra en base a mecanismos invisibles de gestión *on line*, como es el uso frecuente de sistemas de archivos "*cookies*" o "*rótulos*" que se instalan en el disco duro del computador del usuario que se conecta, sin que él lo sepa, sin que las autorice previamente o sin que pueda bloquearlos en su navegador (porque no sabe que se puede generalmente), en base a los cuales luego se fideliza y optimiza la conexión electrónica con el ciudadano y/o usuario que vuelve a ingresar al sitio web<sup>107</sup>.

---

<sup>107</sup> Se llaman "*cookies de sesión*" cuando el archivo que se genera por el computador que accede al sitio, y son un identificador único que, aunque se diga lo contrario, si identifica personalmente al que sea el propietario del computador. Técnicamente se dice que este archivo expira al momento de cerrarse el navegador, y permite que el sitio web que la instala y la envía sepa -respecto del

No son menciones menores, máxime si existen Directivas Europeas<sup>108</sup> que se han opuesto a su uso, han exigido autorización previa para que se instalen en el computador del usuario y las han calificado de sistemas intrusivos y violatorios de la privacidad, aunque ellas no han contado con mucha adhesión formal de los países miembros y están siendo revisadas a esta fecha<sup>109</sup>.

*Aparece interesante tener a la vista un sitio concreto que intenta implementar estas condiciones, específicamente el del Blog de la Subsecretaría de Telecomunicaciones ubicado en la URL [http://blog.subtel.cl/wp/?page\\_id=20](http://blog.subtel.cl/wp/?page_id=20). Si bien es cierto no cumple con todas las condiciones de la normativa (no se alude específicamente a la posibilidad de ejercer el Habeas Data o no se indica una dirección de contacto), el balance que hacemos desde el punto de vista de la información otorgada a los usuarios del blog y las explicaciones acerca de la finalidad de la recopilación de datos personales de los ciudadanos es positivo. Señala en concreto:*

### **"PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES**

*Utilización de la información obtenida de los usuarios.*

*La recogida y tratamiento automatizado de los Datos Personales tiene como finalidad el mantenimiento de la relación establecida con el Blog de la Subtel; la gestión, administración, prestación, ampliación y mejora de los servicios; darse de alta o utilizar la adecuación de dichos servicios a las preferencias y gustos de los Usuarios; el estudio de la utilización de los servicios por parte de los Usuarios; el diseño de nuevos servicios relacionados con dichos servicios; el envío de actualizaciones de los*

---

usuario "rotulado"-, qué páginas visitan, qué vínculos o enlaces usan, y cuánto dura la visita a cada página, es decir, los llamados "datos que fluyen con el click" y que permiten conocer, en definitiva, cuáles son los hábitos, intereses y necesidades de los usuarios.

Existen además las llamadas "cookies persistentes", que a diferencia de las anteriores no expiran cuando se cierra el navegador si no que permanecen en el computador hasta que el usuario las elimina, y crean, asignan o asocian un identificador único al computador. Los administradores de los sitios que las instalan buscan crear una base de datos con las selecciones y preferencias previas del usuario que se conecta, y ofrecen una especie de servicio en que ahorrando tiempo y trabajo se genera un acceso automático a esos sitios. ¿La complicación para el usuario?: que si configura el programa navegador en Internet para que rechace o para que avise cuando de intenta instalar este rotulo persistente, el sitio web luego complica el usar las funcionalidades que ofrece hasta que los archivos son en definitiva instalados.

<sup>108</sup> Téngase presente: "Una Directiva... es una norma con carácter legal que obliga en cuanto al objetivo perseguido pero no en cuanto a la forma en que este objetivo debe llevarse a cabo, lo que supone que los diferentes países miembros de la U.E podrán llevar a la práctica, a su manera, la obligación común a todos ellos de mejora de la protección de seguridad y privacidad en las telecomunicaciones perseguidos por esta reforma".

<sup>109</sup> Véase las URL <http://www.idg.es/pcworld/Solo-cuatro-paises-de-la-UE-se-adhieren-a-la-direc/doc32865-.htm> y <http://www.desarrolloweb.com/actualidad/cookies-cambian-reglas-juego-2636.html>

*servicios; el envío, por medios tradicionales y electrónicos, de información técnica y operativa. La finalidad de la recogida y tratamiento automatizado de los Datos Personales incluye igualmente el envío de formularios de encuestas, que el Usuario no queda obligado a contestar.*

#### *Privacidad de los Datos Personales.*

*La Subtel se preocupa por la protección de datos de carácter personal de sus Usuarios, por lo cual, asegura la confidencialidad de los mismos, y no los transferirá o cederá o de otra manera proveerá, salvo en aquellos casos en que la legislación vigente así lo indique. El uso que el Usuario haga del Blog puede ser almacenado con el objeto de generar una información estadística respecto a la utilización de las secciones, partes y en general, del Contenido de éstos, de manera de determinar los números totales y específicos, por sección, de visitantes, con el objetivo principal de conocer las necesidades e intereses de los Usuarios y otorgar un mejor servicio.*

#### *Sobre la seguridad de la información.*

*La Subtel ha adoptado los niveles de seguridad de protección de los Datos Personales legalmente requeridos, y ha instalado todos los medios y medidas técnicas a su alcance para evitar la pérdida, mal uso, alteración, acceso no autorizado y robo de los Datos Personales facilitados por los Usuarios".*

**3.** Previo a las definiciones normativas ya analizadas se realizaron una serie de estudios y reuniones de trabajo. Entre ellos, cabe recoger algunas consideraciones que creemos mantienen vigencia a esta fecha y que explican el tenor de lo establecido en definitiva en el artículo 9° del Decreto Supremo N°100<sup>110</sup>, y obedecen a un análisis "cualitativo" de la situación a esa fecha -el año 2004- de los sitios web de los órganos de la Administración<sup>111</sup>.

Estando a Diciembre del 2009 vigente el artículo 9° del Decreto Supremo 100, sería conveniente volver a realizarlo para comparar el impacto de esta norma. A efectos de nuestro Informe y a falta de información actualizada, sirve de referencia.

Se trabajó en base a un instrumento único de evaluación que establecía una plantilla de diversas condiciones -no copulativas- para verificarse -o no- en los

<sup>110</sup> Estas consideraciones están tomadas de un Informe de Agosto del año 2004, elaborado por la Secretaría Técnica de un Comité multidisciplinario de análisis del tratamiento de datos personales en los sitios Web del Estado, impulsado por el MINSEGPRES de la época y coordinado por el abogado y profesor Alberto CERDA.

<sup>111</sup> El Capítulo Primero se denomina "Análisis de la normativa interna aplicable", pero se limita a transcribir latamente consideraciones doctrinarias acerca de la ley 19.628 y sus contenidos, mismas que después se repiten en la Parte Segunda en forma resumida.

diversos sitios web, con el objetivo esencial de averiguar (i) qué cantidad de sitios recogían en forma visible o mediante la entrega voluntaria de datos por los ciudadanos mediante formularios o aplicaciones especialmente diseñadas al efecto<sup>112</sup> -no mediante mecanismos técnicos invisibles de registro como las cookies que en forma oculta se instalan en los computadores del usuario on line, porque técnicamente no es fácil testear su uso-, y (ii) cuántos sitios web cumplían, al hacerlo, con lo dispuesto por la ley 19.628<sup>113</sup>.

A esa fecha el 100% de sitios web de los servicios públicos estaba determinado por 266 sitios, y mediante un muestreo probabilístico, aleatorio simple, de selección particular y por azar o que genera muestras se eligieron a 130 páginas de los 21 Ministerios que conforman la Administración del Estado.

A modo de revisión somera de los resultados de la encuesta, cabe consignar: (i) frente a la pregunta de si se recogían visiblemente datos personales el 60 % (78 sitios) respondió que sí; (ii) frente a la pregunta de qué tipos de datos y con qué fines se recogen, se consignaron los de identificación, localización y ocupación y con fines de información o contacto y de registro; (iii) frente a la pregunta de si se informaba la finalidad de la recolección, sólo el 18% (14 sitios) lo hacía; (iv) frente a la pregunta de si se informaba que tratamiento se haría con esos datos recogidos, sólo el 9% lo hacía; (v) frente a la pregunta de si se informaba al usuario acerca de los derechos que poseía como titular -en conformidad al artículo 12 de la ley 19.628, sólo un 5% cumplía parcialmente con la obligación; (vi) consultados acerca de si eventualmente y en forma automatizada se comunicaban o no los datos personales recogidos a terceros una vez que ellos se indexaban, sólo un 21% lo hacía; (vii) frente a la pregunta de si se contemplaba un mecanismo de "*habeas data*" en línea -que no es una obligación legal o carga sino sólo una circunstancia recomendable-, sólo un (1) servicio lo tenía, porque había establecido una específica dirección electrónica de contacto al efecto; (viii) y consultados directamente acerca de si a esa fecha

---

<sup>112</sup> Los casos más frecuentes de recogida voluntaria de datos en un sitio web se presentan cuando se deja registrada una dirección de correo electrónico para recibir avisos, cuando se contesta una encuesta o cuando se hace una consulta no anónima. Evidentemente, los aportados son legalmente en Chile datos personales o nominativos, y a su respecto es posible exigir que sólo se usen para los fines declarados al recopilarse; esto último, al menos en el sector privado, es lo que generalmente no ocurre, porque la información sobre los usuarios se comercializa, se cruza, se perfila, se cede, se intercambia y se usa para el envío de spam, siempre sin una autorización "*real*" sino formal del usuario que acepta todas las condiciones sin saber en realidad lo que aceptó; y esto último sería ilegal de verificarse con la información de los ciudadanos que se registren en los sitios web de los servicios públicos.

<sup>113</sup> Esta consulta más bien formal se respondió en algunos casos con el señalamiento o la referencia informativa que en el sitio web se hacía a la ley de manera general -por ser el contexto legal del tratamiento-, en nuestra opinión un señalamiento suficiente, por cuanto los servicios públicos no deben auto regular normas de Derecho Público que les serán siempre aplicables, y menos deben, como se pretendía en el grupo de trabajo, elaborar cartillas informativas sobre los contenidos de la ley como una práctica obligatoria de los servicios públicos.

poseía formalmente declaradas y publicadas un texto en forma o similar al de las "Políticas de Privacidad", sólo el 15% las poseía.

Por cierto, la parte final del Informe contiene algunas sugerencias, consideraciones u observaciones relacionadas con el uso de mecanismos "invisibles" o que implican un tratamiento oculto de recogida de datos, como es el uso muy corriente en todos los sitios web de sistemas de "cookies".

Lo que no compartimos en su momento ni ahora, por ilegal e inaplicable, es la intención manifestada de formularse una especie de "Código Deontológico de Conductas" que se utilizara bajo el nombre de "Políticas de Privacidad", mediante el cual los servicios públicos se auto regularan contractualmente para el desempeño de sus funciones en materia de tratamiento de datos personales a partir de la información recogida en los sitios web institucionales.

#### **G. Regulación jurídica de la seguridad de los STDP en los servicios públicos. Análisis del Decreto Supremo N°83, del 2005, y de las eventuales sanciones penales.**

1. De cara a la necesidad de proteger los datos personales de los ciudadanos esto no es teoría. Por ejemplo, recientemente se ha cuestionado públicamente las filtraciones de datos personales desde los sistemas de la JUNAEB<sup>114</sup>, lo que incluso generó auditorías de la Contraloría General de la República<sup>115</sup>. Ocurre lo mismo con situaciones anteriores de filtrado de datos personales de 6 millones de ciudadanos<sup>116</sup>.

En todo sistema informático, sobre todo si se producen interconexiones a diversos servidores vía redes abiertas como Internet, la seguridad es un problema de gestión, de diligencia y ético que le compete, principalmente, a los administradores del sistema y a los responsables de sus bases de datos.

Si no se actúa diligentemente; si no se resguarda la confidencialidad e integridad de datos y documentos recopilados, procesados, almacenados y transmitidos; si no se vela por autenticar debidamente a los usuarios que acceden al sistema, surgen responsabilidades, tanto para los administradores como para

<sup>114</sup> Véase la URL <http://www.colegiotecnologico.cl/noticias/66-tecnologia/1326-directo-de-junaeb-interpuso-querrela-por-delitos-informaticos>

<sup>115</sup> Véase la URL [http://www.contraloria.cl/NewPortal/portal2/ShowProperty/BEA%20Repository/portalCGR/Documentos/Informes\\_de\\_Auditoria/DIVISION\\_AUDITORIA\\_ADMINISTRATIVA/AREA\\_EDUCACION\\_TRABAJO\\_Y\\_PREVISION\\_SOCIAL/2009/AUD09\\_ETP07\\_INFORME\\_FINAL\\_AUDITOR%3%8DA\\_DE\\_SISTEMAS\\_JUNTA\\_NACIONAL\\_DE\\_AUXILIO\\_ESCOLAR\\_Y\\_BECAS-DICIEMBRE\\_2008](http://www.contraloria.cl/NewPortal/portal2/ShowProperty/BEA%20Repository/portalCGR/Documentos/Informes_de_Auditoria/DIVISION_AUDITORIA_ADMINISTRATIVA/AREA_EDUCACION_TRABAJO_Y_PREVISION_SOCIAL/2009/AUD09_ETP07_INFORME_FINAL_AUDITOR%3%8DA_DE_SISTEMAS_JUNTA_NACIONAL_DE_AUXILIO_ESCOLAR_Y_BECAS-DICIEMBRE_2008)

<sup>116</sup> <http://www.jec.cl/articulos/?p=1963>

terceros que eventualmente, en forma indebida y sin autorización, accedan a la data -ahora personal o nominativa pero no sólo la de esta naturaleza- de los sistemas.

Además de poder hacerse efectivas las responsabilidades generales civiles por una actuación negligente que causa perjuicio a los ciudadanos, existen responsabilidades específicas establecidas en Chile, a saber: en materia de resguardo de datos personales o nominativos -ley 19.628-; en materia de autenticación de identidades, integridad de documentos y certificación de firmas digitales o electrónicas -ley 19.799-; en el ámbito la normativa sobre Bases Generales de la Administración del Estado -ley 18.575, artículos 2°, 4° y 42° y el Estatuto Administrativo, conforme a las cuales las faltas administrativas pueden constituir una causal de término de la calidad de funcionario-; y en materia de delitos informáticos, sea que los cometan terceros externos al sistema o personal interno del servicio público administrador -ley 19.223 y modificaciones en curso-.

**2.** Ya mencionamos -dentro del contexto de la revisión de los contenidos de la ley 19.628- las normas que en la ley 19.628 se refieren a la gestión diligente del funcionario responsable de la base de datos del servicio público.

En efecto, establece el *artículo 11°* que el responsable de los registros o bases donde se almacenen datos personales con posterioridad a su recolección deberá cuidar de ellos con la debida diligencia, haciéndose responsable de los daños.

Y en el Título V, sobre la responsabilidad por las infracciones a la ley, el *artículo 23* dispone que la persona natural o jurídica privada "*o el organismo público*" responsable del banco de datos personales deberá indemnizar el daño patrimonial y moral que causare por el tratamiento indebido de los datos, sin perjuicio de proceder a eliminar, modificar o bloquear los datos de acuerdo a lo requerido por el titular o, en caso, lo ordenado por el tribunal.

### **3. Diligencia, seguridad y responsabilidad son los conceptos claves.**

En un plano de "*lege ferenda*", cabe consignar que a esta fecha el Boletín 6120 ya referido, que modifica el tenor de la ley 19.628, eleva las exigencias y las obligaciones en materia de seguridad de sistemas de bases o bancos de datos personales o nominativos<sup>117</sup> y modifica las normas sobre la responsabilidad derivada en caso de negligencia del responsable de la base de datos personales.

---

<sup>117</sup> Parece necesario aclarar algunos conceptos que son usados por juristas e ingenieros errada a indistintamente. Téngase presente que "*la privacidad o intimidad*" es un atributo, un derecho de la personalidad y una garantía fundamental consagrada constitucionalmente de las personas, naturales o jurídicas; y que los sistemas informáticos, computacionales o telemáticos -léase redes- no poseen privacidad o intimidad, porque a su respecto sólo cabe exigirse "*confidencialidad o reserva*" de la información, de los datos o de los documentos que en ellos se procesan y



En el artículo 11° se propone agregar nuevos incisos, para establecer (i) que el responsable del tratamiento de datos deberá arbitrar las medidas técnicas y organizativas que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal y eviten su tratamiento indebido; (ii) que "*reglamentariamente*" -lo cual es muy rígido, atendido lo variable de las normas sobre seguridad de sistemas- serán fijadas las condiciones de seguridad que deben adoptarse por el responsable del tratamiento a efectos de dar cumplimiento a las obligaciones a que se refiere el presente artículo; y, por último, (iii) que "*se considerará indebido*" el registro de datos de carácter personal en ficheros o bancos de datos que no den cumplimiento a las exigencias que determine el reglamento<sup>118</sup>.

En cuanto a la responsabilidad y como señala el Mensaje del Boletín 6120, se perfecciona el sistema de responsabilidad civil o se fortalece el derecho del titular a ser reparado por el responsable de la base de datos, de los daños que sufra como consecuencia del incumplimiento de lo previsto en esta ley.

Con este "*Norte*" legislativo, se contempla una regla de presunción de responsabilidad a favor del titular de los datos nominativos en los casos en que se acredite infracción a la ley 19.628, lo que debiera ocasionar que los responsables de las bases tomen -preventiva y efectivamente- todas las medidas necesarias para la seguridad de los datos nominativos. Además, se establece la responsabilidad solidaria del responsable del tratamiento de datos personales y autor del daño -y no del "*encargado*", una nueva figura que se crea-, y con aquellas entidades respecto los cuales sea cesionario porque le han transmitido dichos datos errados, falsos o inexactos<sup>119</sup>.

---

almacenan, y estos atributos se logran con la adopción preventiva y reactiva de medidas de seguridad física y lógica de sistemas.

<sup>118</sup> Si se quiere tener una referencia del Derecho Comparado, puede revisarse el artículo 9 de la LORTAD española de 1992, que sólo se concretó mediante el *Real Decreto 994/1999, del 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal*. En el Título II, el artículo 9 sobre seguridad de los datos dice que (i) el responsable del fichero deberá adoptar las medidas de índole técnica y organizativa necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal y eviten su alteración, pérdida, tratamiento acceso no autorizado, habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados y los riesgos a que están expuestos, ya provengan de la acción humana o del medio físico o natural. (ii) Agrega o prohíbe que se registren datos de carácter personal en ficheros automatizados que no reúnan las condiciones que se determinen por vía reglamentaria con respecto a su integridad y seguridad y a las de los centros de tratamiento, locales, equipos, sistemas y programas. Y, (iii) en forma programática, dispone que reglamentariamente se establecerán los requisitos y condiciones que deban reunir los ficheros automatizados y las personas que intervengan en el tratamiento automatizado de los datos.

<sup>119</sup> Por cierto: nada dice el artículo propuesto para el caso en que el responsable de la base de datos del servicio público sea "*cedente*" de la información, lo cual es una omisión que debiera repararse.

**4. Reglas generales de responsabilidad administrativa y deberes de diligencia en materia de seguridad de los STDP, contemplados en la Ley General de Bases de la Administración del Estado.**

La idea esencial es que la gestión de los STDP debe ser diligente y que la negligencia, la culpa o el no cumplimiento de los estándares normativos (Ley 19.6268 y Decreto Supremo 83 en especial) debe sancionarse jurídicamente y mediante indemnizaciones si a los ciudadanos se le ocasionan perjuicios.

*"...Existe consenso en la doctrina y en la jurisprudencia que cualquier acción u omisión de la autoridad pública que causa un daño a un particular, en que exista relación de causalidad entre uno y otro, genera responsabilidad para el Estado, el que deberá reparar el detrimento causado, de acuerdo a las normas que el ordenamiento jurídico establece al respecto, estatuto propio y distinto al las normas de responsabilidad contenidas en el Código Civil, que rige las relaciones de particulares entre sí, o en el Código Penal, que se aplica a las personas ante la comisión de un delito o cuasidelito, cuyas bases son el dolo o culpa del agente activo"<sup>120</sup>.*

Se deben tener a la vista en el ámbito de esta normativa -la ley 18.575- a los artículos 2°, 4° y 42°, para concluir que el Estado chileno es responsable administrativa -y civilmente en conformidad a las reglas generales- por todo daño que provoque a los ciudadanos titulares de los datos personales, como por ejemplo si al no haberse adoptado mínimas medidas de seguridad se acceden a los servidores de la red Internet de un servicio público y se copian las bases de datos que por ley son secretos o reservados<sup>121</sup>.

Podrán presentarse casos de negligencia inexcusable, como si se pudiera ingresar a un sitio web con cualquier clave o no con la generada previamente por el titular, o como si se hubiera mandado a respaldar la información en una empresa externa y en el trayecto o desde esa empresa se filtrara a otras empresas dedicadas al tráfico de bases de datos<sup>122</sup>.

<sup>120</sup> Véase la URL [http://www.institutolibertad.cl/p\\_251.htm](http://www.institutolibertad.cl/p_251.htm)

<sup>121</sup> *"La responsabilidad del Estado nace como un mecanismo para limitar el abuso de éste y de sus órganos, y en Chile se encuentra consagrada en la Constitución Política de la República (CPR), en sus artículos 6°, 7°, 19 Nos 7°, 20° y 24°, 38° inciso 2° y 45°, en el artículo 4° y 42° de la Ley 18.575, LOCBGAE de 1986, en el artículo 142° de la ley 18.695, Orgánica de Municipalidades; artículo 38 de la Ley 19.966; y, 174° de la ley 18.290, de Tránsito, entre otras". Véase la URL [http://www.institutolibertad.cl/p\\_251.htm](http://www.institutolibertad.cl/p_251.htm).*

<sup>122</sup> (i) Conocido es el caso de un banco inglés, el HSBC, que el año 2008 tuvo que admitir el extravío de un disco cuando era trasladado de una sucursal a una compañía de seguros; el dispositivo habría tenido información de 370.000 clientes, con antecedentes tales como los nombres, las fechas de nacimiento y detalles -pero no los números- de las cuentas corrientes. (ii) También en Inglaterra, un año antes, *el Servicio de Aduanas* perdió unos disquetes informáticos, que contenían la base de datos de 25 millones de personas, al ser enviados por correo desde unas oficinas en Londres a Newcastle. (iii) Y nuevamente en Inglaterra, en Mayo del 2009 se supo del

Sin entrar en el tema de si la responsabilidad jurídica que cabe imputarle al Estado en Chile es efectivamente la "*subjetiva, por culpa o por falta de servicio*"<sup>123</sup> o es la "*objetiva*"<sup>124</sup> -que no considera exigir la concurrencia de elementos subjetivos de reprochabilidad en los funcionarios públicos, y que entiende que todo daño que se produzca a un ciudadano que no se encuentre jurídicamente obligado a soportarlo debe ser indemnizado, por el sólo hecho de haberse generado un riesgo o contingencia de daño<sup>125</sup>-, ...es claro que (i) atendida la especialización y lo complejo del ámbito de la seguridad de sistemas, de las bases de datos y de las redes telemáticas y (ii) por lo dispuesto en el artículo 42° de la ley 18.785, habrá que demostrar -por parte del ciudadano afectado, lo que es una carga compleja- que se produjo una violación a un deber mínimo de diligencia en materia de seguridad de sistemas, que en derecho -y conforme a las normas referenciadas- cabe exigirle al servicio público, más que el funcionario público responsable de los sistemas informáticos y, en concreto, del tratamiento de datos personales.

El artículo 2° establece la regla general, la del principio de la actuación administrativa o del ejercicio de las potestades públicas ajustado a la Constitución y a las leyes, dentro de su competencia y sólo de la mano de las atribuciones que expresamente le haya conferido el ordenamiento jurídico a los funcionarios públicos. Y como complemento, de haber abusos o excesos establece que habrá lugar a las acciones y recursos correspondientes.

El artículo 4° preceptúa que el Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin

---

extravío de una base de datos de la RAF con antecedentes cuestionables y direcciones de 50.000 militares (tales como problemas bancarios, relaciones extramatrimoniales, adicciones, historiales médicos, etcétera, que podría ser utilizado para chantajes).

<sup>123</sup> *"...La responsabilidad por culpa, también llamada subjetiva, es aquella que hace responsable al agente que causa el daño a condición de que éste haya actuado con culpa o dolo. En esta hipótesis, no basta la mera relación de causalidad entre el hecho y el daño producido a consecuencia de aquél, si no que además se requiere que tal hecho sea imputable a una determinada conducta del sujeto que lo ha provocado, realizada con intención inequívoca de causar daño o con negligencia, obligando a probar que los perjuicios tienen como antecedente causal la culpa o dolo del agente activo".*

<sup>124</sup> *"...La responsabilidad objetiva tiene como fundamento en que, aquél que crea un riesgo, ejerce una determinada actividad o se sirve de una determinada cosa en provecho propio, debe asumir los efectos de las mismas, sin calificarse la acción del responsable, sólo interesando la relación de causalidad entre el hecho y el daño".*

<sup>125</sup> *"En un sistema de responsabilidad objetiva el Estado siempre será responsable de las consecuencias perjudiciales de los actos que ejecuta, aun cuando obre lícitamente y haya tomado todas las precauciones posibles para no causar daño, y lo único que tendrá que demostrar la víctima del hecho, para obtener la reparación, será el daño o perjuicio sufrido, así como la relación de causa entre ese daño y el hecho en cuestión".*

perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado.

Y el *artículo 42°*, a su turno, señala que los servicios públicos serán responsables del daño que causaren por falta de servicio, agregando que el Estado tendrá el derecho de repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal. Por cierto: esta norma es la que sustenta en doctrina el afirmar que el Estado Chileno y sus funcionarios son subjetivamente responsables, y que la falta de servicio exige expresamente probar la falta; es decir, no bastaría con la relación de causalidad sino que es necesaria la existencia real de la falta, sea de funcionamiento, de funcionamiento tardío o de deficiente funcionamiento del servicio público, causándose un perjuicio a los usuarios o destinatarios del servicio; y esto, *"...sin que importe individualizar ni perseguir al funcionario cuya acción u omisión personal origina la falta", ...porque "lo que se requiere es invocar y acreditar la existencia de la falta en la actividad del órgano administrativo y que ella es la causa del daño experimentado por la víctima"*<sup>126</sup>.

**5.** Una propuesta personal sobre una política de seguridad en materia de sistemas o de bases de datos personales al interior de los servicios públicos. La importancia de prevenir.

**5.1** Lo primero siempre será *"prevenir"*, porque el establecimiento o la tipificación legal de conductas que por su gravedad se sancionan con penas privativas de libertad no garantiza ni evita que se cometan delitos. Es necesario ser diligente y responsable adoptándose las medidas de prevención para evitar dichos ataques que, aunque luego castigados, de ser exitosos pueden tener consecuencias económicas importantes<sup>127</sup>, pero bajo el supuesto de que la existencia de mecanismos de seguridad computacional debe ser vista por las organizaciones públicas del Estado con la misma naturalidad y alerta con que se instalan extintores contra incendios o personal de vigilancia contra delitos tradicionales.

---

<sup>126</sup> Se sostiene en doctrina: (i) *"...la falta del servicio se atribuye directamente al órgano por su mala organización o funcionamiento defectuoso, por referencia a lo que se está en derecho de exigir de un servicio público moderno, es decir, aquello que debe ser su comportamiento normal"*; (ii) *"...la falta de servicio denota el incumplimiento de un deber de servicio que puede consistir en que no se preste un servicio que la Administración tenía el deber de prestar, o que se preste tardía o defectuosamente de conformidad con el estándar de servicio que el público tiene derecho a esperar"*.

<sup>127</sup> Sólo durante una semana de septiembre del año 2002 se constataron más de 2 millones de incidencias de seguridad en redes de información en Europa, convirtiéndose en la principal amenaza para entes públicos y privados como medio y fin para cometer delitos. *"Que se actúe a distancia y sin violencia física no debe llevar a pensar que es un problema lejano ni menor. Son dichas características las que precisamente los hacen más peligrosos y fáciles de cometer. Mentalizarse de que la vulnerabilidad alcanza a todo el que esté conectado a una red -con independencia del tamaño o el sector de actividad- es el primer paso..."*.

Si ampliamente se considera que el desarrollo e implementación de sistemas de seguridad específicos, idóneos o apropiados deben contemplar medidas preventivas que abarquen desde las más habituales vulneraciones desde el exterior hasta el tratamiento de los datos por funcionarios técnicamente calificados del servicio público, la cuestión central pasa entonces por determinar que elementos permitirían demostrar debida diligencia, actuación responsable y cuidado al actuarse preventivamente.

Uno esos posibles elementos es la realización de certificaciones de seguridad por empresas auditoras externas<sup>128</sup>, procesos evaluativos que son rígidos y de un costo no menor, que se desarrollan en el mediano y largo plazo y que permitirán a los órganos de la Administración reivindicar que se han cumplido determinados y concretos estándares de seguridad.

Una interrogante de trabajo: *¿cuántos servicios públicos habrán presupuestado y realizado estas certificaciones?*

Estas certificaciones externas apuntan, en general, al cumplimiento del estándar de seguridad informática ISO 17799<sup>129</sup>, que a pesar de ser un estándar abierto o genérico -no cerrado ni propietario o de alguien en particular-, se ha impuesto porque permite a las empresas, servicios públicos y bancos contar con un punto de referencia único o una base metodológica de *"las buenas o mejores prácticas"* para acreditar diligencia y responsabilidad en su gestión, la que no descansaría necesariamente en la adopción de tales cuales productos o soluciones tecnológicas<sup>130</sup>, al definir parámetros de controles y de seguridad de información.

**5.2** Particular preocupación por la seguridad de los STDP debe asumirse en materia de tratamiento o manejo de información en grandes volúmenes, porque será mayor el impacto en los derechos y en la integridad de los ciudadanos en caso de pérdida o mal uso de ellos, en las operaciones o procesos en que la información sea recopilada, procesada, almacenada y cruzada o perfilada desde, o en base a sistemas computacionales. Por cierto, es muy difícil que en forma

<sup>128</sup> A modo de ejemplo véanse en Internet las URL <http://www.trusecure.com/solutions/index.shtml> y <http://www.trusecure.com/solutions/products/index.shtml>.

<sup>129</sup> La corporación ISO tiene como proceso normal el revisar como máximo cada 5 años sus normas; a consecuencia de ello y como algo natural (recuérdese que la seguridad es dinámica) a fines del segundo semestre del año 2005 se realizó una modificación de la 17799, que quedó numerada como ISO 27001. Más ampliamente, se definió una nueva "familia" o agrupación de estándares de seguridad denominada "grupo 27000".

<sup>130</sup> Sólo teniéndose primero clara una "Política" o "Norte" de actuación preventiva, deben adquirirse las *"específicas herramientas electrónicas de seguridad"* que, en un ambiente interconectado deben implementarse al interior de la organización. Pero estas existen y son conocidas de sobremanera en el mercado. El problema no es propiamente *"tecnológico"* sino más bien *"de gestión"*.

manual, mecánica o en soporte papel se manejen grandes volúmenes de data personal, pero las normas si es posible extenderlas a estas hipótesis.

En consecuencia:

(i) no debe mantenerse información confidencial en hojas impresas sin el resguardo correspondiente, ni desplegada en los monitores o pantallas al alejarse o ausentarse los funcionarios de los puestos de trabajo;

(ii) es fundamental proteger adecuadamente cualquier medio (CD, cintas, cartridges, disquetes, listados en papel, etc.) que contenga información, para evitar que pueda ser obtenida por terceros;

(iii) los recintos de custodia deben estar protegidos contra elementos ambientales nocivos, tales como polvo, calor o humedad, y deben contar con mecanismos de alarma de acceso y sensores de humo y fuego;

(iv) al trasladarse los equipos portátiles fuera de las dependencias o instalaciones del servicio el portador es responsable de su custodia y del resguardo de la información que contienen, y al ser enviados al servicio técnico, los discos o dispositivos de almacenamiento deben ser removidos y guardados bajo custodia para evitar que terceros puedan acceder a los datos almacenados en ellos;

(v) toda la información que eventualmente se entregue al exterior del servicio público, toda la que se entregue a terceros diversos de los ciudadanos, por cualquier vía, sea en el marco de un convenio de intercambio de información, sea por mandato legal expreso o mediando excepcionalmente un requerimiento judicial, deberá ser previamente autorizada por la Jefatura correspondiente;

(vi) tratándose de las necesarias restricciones especiales para el acceso a información que se obtenga mediante el uso de los sistemas de manejo de grandes volúmenes, los funcionarios responsables deberán ser determinados previa y expresamente por el responsable de la seguridad de los sistemas mediante una resolución formal y específica, y la jefatura respectiva, deberá permanentemente monitorear, auditar y fiscalizar el desempeño de las labores de procesamiento que les sean encomendadas.

## 6. *El contenido del Decreto 83.*

No obstante la vigencia de esta norma, el problema que se presenta en relación a ella es que nadie, ningún servicio público, fiscaliza sistemáticamente su cumplimiento<sup>131</sup>.

---

<sup>131</sup> Un cuestionario acerca de su aplicación práctica, puede verse en la URL [http://www.estrategiadigital.gob.cl/files/Guia\\_Metodologica\\_PMG\\_Gobierno\\_Electronico\\_2009.pdf](http://www.estrategiadigital.gob.cl/files/Guia_Metodologica_PMG_Gobierno_Electronico_2009.pdf)

En concreto, todo servicio público que trate datos personales debe implementar las medidas de seguridad de sistemas que en forma obligatoria establece el Decreto Supremo N°83 del año 2005, definidas en base a estándares internacionales o a las normas ISO sobre el tema.

La base esencial de este trabajo fue una norma publicada el año 2003 por el INN; de hecho, el Decreto 83 se refiere a ella reiterada y expresamente. Ella tradujo, a su vez, para Chile, la Norma ISO 17799 -sobre seguridad de sistemas, servidores y bases de datos-. A pesar de que se trata de un estándar aplicable tanto para el sector público como para el privado, son sólo recomendaciones o sugerencias que no son fiscalizadas en cuanto a su aplicación o implementación concreta. La norma es la NCh2777.of2003, y se denomina como un "*Código de Práctica para la gestión de la seguridad de la información*".

En general, a nivel de guías metodológicas elaboradas por el propio Gobierno o de aspectos a ser fiscalizables a la luz de esta norma -y de otras relacionadas como el Decreto 77-, es de esperar que todo órgano de la Administración vele, en materia de seguridad de datos, documentos, expedientes y comunicaciones electrónicas, al menos: porque se usen mecanismos de autenticación o de control de acceso de los funcionarios para accederse a los sistemas; porque se posean implementadas medidas de seguridad para evitar la interceptación, obtención, alteración o cualquiera forma de acceso no autorizado; porque se incorporen mecanismos periódicos de auditorías de seguridad y de confidencialidad de sistemas y bases de datos; porque se haya designado formalmente a un funcionario responsable en materia de seguridad de sistemas y bases de datos; porque se clasifiquen los documentos electrónicos en cuanto a su prioridad y grado de protección necesarios; y, porque se cuente con políticas de seguridad de acceso, uso, almacenamiento y transferencia de datos y de documentos electrónicos rigurosas y claramente informadas a los funcionarios públicos.

**7.** De cara al almacenamiento de datos personales en bases o bancos de datos, debe considerarse además si los servicios públicos cumplen diligentemente con las *medidas técnicas que a propósito de los repositorios de información y/o documentos establece el Reglamento de la ley 19.799, DS N°181 del año 2003.*

Cada servicio público debe ajustarse a una serie de normas que regulan, para toda la Administración del Estado, la forma de almacenar en "*repositorios*" electrónicos los documentos y/o expedientes electrónicos que contengan los datos personales de los ciudadanos.

El artículo 42 del Decreto Supremo 181 establece imperativamente que los órganos de la Administración del Estado deberán contar con "*un repositorio o archivo electrónico*" a efectos de su almacenamiento una vez que haya finalizado su tramitación, de conformidad con las normas que regulan a su respectiva oficina

de partes. Y el artículo 43 señala que el repositorio deberá garantizar la seguridad, integridad y disponibilidad de la información en él contenida, para lo cual la información nominativa deberá ser respaldada en copias de seguridad.

**8. *Eventuales sanciones penales ante las violaciones a la seguridad de los sistemas de los servicios públicos.***

Pueden surgir eventuales responsabilidades penales y/o sanciones ante la infracción del deber de diligencia y confidencialidad para los funcionarios que tengan acceso a la información reservada, confidencial y nominativa almacenada en los sistemas informáticos del órgano de la Administración del Estado<sup>132</sup>.

La ley chilena vigente desde junio de 1993 es la 19.223, contempla penas que van desde 61 días hasta 10 años.

Considera como delitos informáticos el daño de los soportes físicos, de los fierros o hardware, de las partes o componentes del sistema a pesar de que se trata de un delito común de daños.

Tipifica como delito el ilícito contra cualquier sistema de tratamiento información, pero en abstracto, ampliamente, sin considerar la naturaleza de los datos eventualmente atisbados, copiados, modificados, alterados, dañados o destruidos.

El artículo primero de la ley 19.223 sanciona a quien maliciosamente destruya o inutilice un sistema de tratamiento de información o sus partes o componentes, o impida, obstaculice o modifique su funcionamiento. La pena establecida es presidio menor en su grado mínimo a medio, esto es, de 61 días y hasta 3 años.

También se sanciona como delito contra un sistema de información si como consecuencia de estas conductas se afectaren los datos contenidos en el sistema, y se aplicará la pena señalada en el inciso anterior en su grado máximo, es decir, de 3 años y 1 día a 5 años.

El segundo, a quien con el ánimo de apoderarse, usar o conocer indebidamente la información intercepte, interfiera o acceda a un sistema de

---

<sup>132</sup> Únicamente porque la tecnología computacional, los archivos y documentos electrónicos, las bases de datos, los discos duros, los correos electrónicos y la red Internet son herramientas esenciales en un servicio público, una conducta ilícita puede realizarse mediante soportes computacionales y violando su confidencialidad o reserva. Y las NTI, TICs o Tecnologías de la Información y las Comunicaciones son una variable cada vez más presente en la comisión de delitos, situación que se agrava ya que por regla general los delitos contemplados en los Códigos Penales tradicionales no comprenden -porque no pueden hacerlo, como el chileno que es de 1875- a los ilícitos realizados mediante un ordenador o computador y contra los programas y los datos o la información de un sistema informático.



tratamiento de información, y será castigado con presidio menor en su grado mínimo a medio o de 61 días y hasta 3 años. Se trata de una hipótesis de acceso no autorizado a información contenida en sistemas de tratamiento de información, dentro de los cuales están los electrónicos o informáticos, o de un caso de "hacking", pero no de un mero acceso y por el sólo hecho de acceder sino con la exigencia de concurrencia de un elemento subjetivo adicional -ánimo de apropiación, uso o conocimiento-.

El tercero, muy similar o relacionado con el artículo 1º, castiga a quien maliciosamente altere, dañe o destruya los datos contenidos en un sistema de tratamiento de información, y será castigado con presidio menor en su grado medio o de 541 días a 3 años. A algunos ha llamado la atención la excesiva severidad con que se aborda la destrucción de estos objetos, sin atender mayormente al valor económico o a la cuantía de los mismos.

El cuarto, a quien maliciosamente revele o difunda los datos contenidos en un sistema de información, el que sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio -541 días a 3 años-, y si quien incurre en estas conductas es el propio funcionario público responsable del sistema de información la pena se aumenta en un grado -de 3 años y 1 día hasta 5 años-.

#### **H. Regulación jurídica del dato personal "*dirección de correo electrónico*", tanto "*de los ciudadanos*" como "*de los funcionarios públicos*".**

##### **1. Los correos electrónicos pueden ser datos personales<sup>133</sup>.**

Si por la definición legal del artículo 2º de la ley 19.628 un dato personal es el relativo a *cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables*, una dirección de correo electrónico poseerá tal calidad en la medida que permita la identificación del ciudadano, del administrado o de un funcionario público. Así ocurre por ejemplo con las direcciones *renato@jjjena.cl*; *info@jjjena.cl* o *rjjjena@consejodetransparencia.cl*. Y no ocurriría con direcciones del tipo "*supertaldo@gmail.com*" o "*morena@hotmail.com*". Este acápite del Informe se refiere al primer grupo de antecedentes nominativos.

---

<sup>133</sup> No es necesario profundizar en la descripción tecnológica o física de lo que son los correos electrónicos. En ese sentido, resulta obvio entender que se trata de sistemas de comunicación electrónica, informática y telemática y de servicios de mensajería de la misma naturaleza, en los que existe una comunicación diferida y no interactiva entre dos sistemas, uno que lo emite o envía y otro que lo recibe, y que mediante los correos pueden enviarse adjuntos textos, imágenes, datos o archivos con mensajes de voz.

Tampoco resulta original afirmar que "*el dato dirección de correo electrónico*" puede dar a conocer nombres y apellidos de una persona, quizás la zona geográfica de residencia u origen (*pero no necesariamente, porque uno puede usar cuentas de extensión ".cl" sin estar en Chile*), o la empresa o servicio público donde trabaja un funcionario determinado.

Lo que si es inexacto es afirmar -como se ha hecho- que un dato "*dirección de e-mail*" puede evidenciar o reflejar aspectos delicados de una persona como su inclinación política, religiosa o sexual, salvo que expresamente quien envía el correo mediante una cuenta de por ejemplo un partido político determinado quisiera ser reconocido o asociado a la militancia de ese partido político, lo cual ya no es una fidelización furtiva o clandestina del dato que realiza sin autorización quien recopila las direcciones de correo.

Una de las últimas modificaciones legales promulgada en Chile ha puesto de relieve la importancia que va adquiriendo progresivamente *el dato personal dirección de correo electrónico de los ciudadanos*, al darle, excepcionalmente, la calidad de domicilio legal complementario en materia de notificaciones administrativas. En efecto, con fecha 5 de Diciembre del año en curso se publicó en el Diario Oficial la ley 20.406, la que, a propósito del acceso por parte del Servicio de Impuestos Internos a las operaciones bancarias de personas determinadas y reemplazando el artículo 62 del Código Tributario, estableció un procedimiento administrativo para formular los requerimientos de información bancaria sometida a secreto o reserva<sup>134</sup>.

## **2. Recopilación y uso de las direcciones de correo electrónico de los ciudadanos.**

No existe norma legal alguna que obligue a que los ciudadanos entreguen a los servicios públicos sus direcciones de correo electrónico, por cuanto ellas no son susceptibles, salvo excepciones expresas como la referida ley 20.406, de ser legalmente calificadas como "*domicilio*".

Que así fuera sería complejo, porque no obstante poder ser datos personales, técnicamente las casillas electrónicas son por esencia aleatorias, constantemente modificadas y desactivadas, no permanentes, susceptibles de ser

---

<sup>134</sup> En el contexto anterior, (i) el numeral 2 señala que el banco que sea requerido puede notificar al titular de la información, alternativamente, o por carta certificada o por correo electrónico, cuando así esté convenido o autorizado expresamente; (ii) el numeral 4 dispone que cuando el titular no responda y el banco deba informar al SII sobre si se ha producido o no la respuesta, será haciendo referencia tanto al domicilio como a la dirección de correo electrónica registrada; y (iii) el nuevo artículo 62 bis establece que cuando sea procedente solicitar autorización judicial y ella deba ser notificada al titular de la información bancaria, ello podrá hacerse por cédula o por avisos, pero adicionalmente y sin afectar la validez de la notificación, el Secretario del Tribunal debe avisar de la notificación también por correo electrónico.

eliminadas unilateralmente por los proveedores de servicios gratuitos y por regla general no son homologables con las direcciones físicas legalmente recogidas.

En consecuencia, si proactivamente la recogida de las direcciones le es solicitada "*de hecho*" mediante el llenado de formularios a los ciudadanos para optimizar, agilizar y fidelizar la prestación de los servicios públicos<sup>135</sup>, y el ciudadano sin estar obligado entrega o anota en ese formulario su dirección de email, cabría entender que ha operado la autorización del artículo 4° de la ley 19.628<sup>136</sup>.

Aunque en estricto rigor se percibe más bien dada en forma tácita, no cabe duda que el administrado ha consentido voluntariamente en que el órgano administrativo "*trate*" -*pero debe precisarse el alcance*- y procese sus direcciones de correo electrónico, porque no puede entenderse que la autorización es una especie de *carta blanca* que permite a un servicio público realizar todas las amplias operaciones incluidas en el concepto de "tratamiento" de la ley 19.628, y porque en estricto rigor la autorización debe ser expresa e informada.

Debe partirse del supuesto que los servicios públicos (i) han obtenido lícitamente las direcciones y actuando en el marco de su competencia; (ii) que se trata de datos personales que legalmente no son de naturaleza y no provienen de fuentes públicas; y, (iii) que las posteriores comunicaciones hacia los ciudadanos sólo buscarán cumplir los fines promocionales y asistenciales que son inherentes a los servicios públicos.

Y debe considerarse que concurrirá siempre una "autorización" legal mediata, la del artículo 4° de la ley 19.628 que alude a la autorización o al consentimiento directo del titular del email como mecanismo habilitante, que en estricto rigor sería una habilitación expresa que el legislador reconoce a los servicios públicos que han recibido voluntariamente de los ciudadanos titulares las direcciones de correo electrónico.

Si las leyes facultan a los servicios públicos para procesar datos personales como las direcciones de correo electrónico, para utilizarlas sólo dentro de su competencia y para cumplir sus fines promocionales y asistenciales -todo, por regla general, sin transformarla en un domicilio legalmente constituido-, dichos órganos públicos no pueden renunciar a sus competencias acordando

---

<sup>135</sup> Lo que se hace en la práctica simplemente es disponer el campo para registrar el dato, de manera opcional y alternativa, y sin discriminar a aquellos ciudadanos que no posean correo electrónico o no quieran señalarlo.

<sup>136</sup> Recuérdese que, en base a los artículos 20, 2° y 4° de la ley 19628, el principio legal que rige es que sólo se pueden tratar (recopilar y ceder en el caso en estudio) datos personales o nominativos como la dirección de correo electrónico, si su titular consiente expresamente y es debidamente informado del propósito del almacenamiento, o (ii) cuando una ley autorice -también expresamente- a hacerlo.

contractualmente (y ofrecer remover sería una convención o acuerdo) con los ciudadanos titulares, que ellos se abstendrán de procesar sus datos personales y removerán o eliminarán sus direcciones de correo electrónico.

*¿Podría entenderse que esta autorización de tratamiento se extiende a opciones como la de que entre los servicios públicos se intercambien entre sí las direcciones de correo electrónico de los ciudadanos, con la finalidad -por ejemplo- de "promocionar" una nueva modalidad de servicio público, y teniendo presente la obligación de colaborar que establece el artículo 5° de la LGBAE<sup>137</sup>?*

Creemos que no, porque, como consignamos a propósito de los convenios de intercambio de datos personales entre servicios públicos, una operación como "la entrega masiva, sistematizada y nominada de direcciones de correo electrónico y la elaboración de listados de antecedentes de los ciudadanos"<sup>138</sup> - no es de competencia exclusiva -al tenor del artículo 20° de la ley 19.628- de ningún servicio público. Menos aún, por cierto, podrían usarse las casillas para fines de marketing político o ponerse las direcciones de correo a disposición de los particulares<sup>139</sup>.

El estudio sobre la regulación jurídica debe hacerse (i) evaluándose la procedencia de la entrega -o no- teniendo presente lo que establezcan normas legales generales de Derecho Público y Administrativo<sup>140</sup>; (ii) revisándose lo que dispongan normas especiales como la ley 19.628 sobre tratamiento de datos

---

<sup>137</sup> Tenemos en mente un fin promocional o de marketing público, que a esta fecha carece de regulaciones legales expresas, a diferencia de lo establecido para el sector comercial en el artículo 28 B de la ley 19.496).

<sup>138</sup> Similar situación se presentaría si lo solicitado fueran, por ejemplo, los números telefónicos de los ciudadanos.

<sup>139</sup> Radicalmente distinto es el caso de datos personales respecto de los cuales, por ejemplo la Tesorería General de la República o el SII, poseen competencias de Derecho Público que le atribuyen la calidad de proveedor de información sistematizada y masiva de esta naturaleza, únicamente con fines de servicio público. Recuérdese que el artículo 20 de la ley 19.628 establece que un servicio público puede tratar datos personales sin consentimiento del titular, "*respecto de las materias de su competencia*", que en este caso se refiere al deber o carga de producir y difundir listados de antecedentes sobre los ciudadanos. Estos datos son, por ejemplo: los roles de avalúo de bienes raíces; los códigos de actividad declarada por los contribuyentes; la fecha de inicio de actividades de los contribuyentes; la fecha de término de giro de los contribuyentes; y el comportamiento tributario irregular de los contribuyentes.

<sup>140</sup> Sería el caso del deber de colaboración general entre servicios públicos contemplado en el artículo 5° de la LGBAE. Ocurre que cuando los requerimientos provengan de un servicio público y en orden a contribuir con los restantes entes de la Administración del Estado en la prestación de los servicios públicos, por regla general debiera apoyarse su gestión, toda vez que rige en este ámbito el principio de actuación coordinada de los Órganos de la Administración del Estado, establecido en el artículo 5° de la ley 18.575

personales<sup>141</sup>; y, (iii) considerándose lo que dispongan las normas orgánicas de un servicio público.

Se debería determinar en concreto:

(i) La naturaleza de los datos "*direcciones de correo electrónico*" solicitados y la legislación que les es aplicable. Por tratarse de datos personales le sería aplicable la ley 19.628, y al no haber existido autorización expresa para el tratamiento, para su eventual cesión a otro servicio público debiera requerirse el consentimiento previo y expreso de los titulares;

(ii) La competencia de los servicios públicos para procesar, almacenar, generar o difundir las direcciones de correo electrónico de los ciudadanos sin autorización expresa de ellos para este objeto sino sólo mediando la previa entrega voluntaria. A esta fecha no existe órgano administrativo alguno que posea competencias de Derecho Público -desde la perspectiva que sólo puede hacerse aquello que la ley establece expresamente- que le atribuyan la calidad de proveedor de información al público ni a los servicios públicos en general, o, concretamente, de administrarse un listado de direcciones de correos de los ciudadanos que pueda ser consultado por terceros;

(iii) La posible responsabilidad del servicio público sobre la vigencia, exactitud e idoneidad de las direcciones de correo electrónico, ya que podría ocurrir que los ciudadanos no fuesen contactados o ubicados electrónicamente, y no sería diligente que se les diga posteriormente que se usó "*la dirección que legalmente estaba registrada en tal o cual servicio público*" para responder a sus eventuales alegaciones;

(iv) La naturaleza y finalidad del servicio público que solicita la información, para evitarse que los eventuales envíos no se perciban como correos no deseados, enviados en forma masiva y sin autorización ni menos solicitud previa, lo que a esta fecha en el sector comercial se conoce como *spam*; y,

(v) La posible o eventual existencia de una norma legal expresa que obligue a permitir el acceso a datos personales como las direcciones de correo, que es uno de los supuestos para permitir el tratamiento del artículo 4° de la ley 19.628.

**3. Los servicios públicos, que actuando dentro de su competencia exclusiva -en conformidad al artículo 20° de la ley 19.628- tratan las direcciones de correo electrónico "de los ciudadanos" para el cumplimiento de sus funciones y de sus**

---

<sup>141</sup> Debe dejarse de lado lo dispuesto por el DS 77 de Diciembre del año 2004, que se refiere funcionalmente a los requisitos y condiciones para implementar una comunicación electrónica entre servicios-ciudadanos, pero que nada dice sobre la procedencia legal de la opción de recopilar y difundir las direcciones electrónicas de los mismos.

*finas promocionales y asistenciales, no incurrir en conductas de "spam" ni tratan ilegalmente estos especiales datos personales.*

**3.1** Cabe entenderse por "spam" al envío indiscriminado de correos electrónicos no solicitados, "basura" o "chatarra" y generalmente con promociones comerciales, los que saturan casillas de correos electrónicos. No es necesario contar con una definición detallada o unívoca de esta práctica. Creemos que basta con tener presente un concepto que reúna algunas de las diversas características que se han consensuado y que, de concurrir -no necesariamente todas a la vez-, la transforman en una actividad nociva, perjudicial y eventualmente -de existir regulaciones prohibitivas que por ejemplo la califiquen de delito penal- ilícita.

Lo que no debe hacerse es caer en la simpleza de definírseles como "*todo correo electrónico no deseado, no solicitado o no consentido*" y de creer que así se engloban sus principales características, de partida porque un correo que se envía por ejemplo una única vez no causa perjuicio alguno al destinatario, y porque en definiciones tan simples cabría por ejemplo el caso de que un alumno de derecho o un colega abogado le enviaran un correo a otro abogado para formalizar un contacto, sin que ambos supieran que el destinatario no lo deseaba y no lo consentía, y por cierto sin haberlo solicitado el receptor.

Puede pensarse que siempre estaremos en presencia de un *spam* cuando se trate de correos electrónicos no solicitados por el receptor o destinatario; que sean enviados sin autorización previa y en forma masiva o sin discriminar acerca de la identidad del receptor ("*para que llegue a la mayor cantidad posible de receptores*"); que por lo general serán remitidos anónimamente o no identificándose el emisor; y que ofrecen una opción de remoción de la lista de destinatarios que en la práctica después no se verifica, porque sólo se busca confirmar si una casilla está activa.

Se trata de un problema que en sus orígenes utiliza como materia prima -si se nos permite la expresión poco jurídica- el mayor número posible de listas, archivos, ficheros o bases de datos de direcciones de correo electrónico. Esto justifica el considerarlo dentro de los tópicos relacionados con la privacidad o intimidad desde la perspectiva de como se ve violentada de la mano de la conectividad a Internet, y nos lleva a percibir que lo realmente importante, para solucionar el problema de raíz, es evitar el tráfico de bases de datos personales con datos sobre direcciones de correo electrónico.

Las consecuencias nocivas de esta práctica son diversas, y de diferente naturaleza. Concurrerán perjuicios económicos para los destinatarios; se afecta la conectividad de la red; perjudican el negocio de los ISP o proveedores de conectividad; suelen ser la consecuencia del tráfico previo y no autorizado de listas de correos electrónicos en un verdadero "mercado negro", lo que ocasiona evasión tributaria; y generalmente se utiliza el dato personal o nominativo "dirección de correo electrónico" sin autorización de su titular.

*¿Los servicios públicos en Chile, adquieren listas de correos en el mercado informal o, desde la otra perspectiva, venden y comercializan las bases de datos con las direcciones de correos de los ciudadanos que recopilan en el marco de su función pública?*

Al no poseer competencia para hacerlo y al recaer sobre ellos la obligación general de secreto del artículo 7° de la ley 19.628, este proceder sería ilegal y negligente, sancionable incluso penalmente por el artículo 4° de la ley 19.223 si fuera el funcionario responsable del STDP el que revelase los datos<sup>142</sup>.

Ya que en Chile el *spam* es legal en el sector privado, bajo ciertos respectos<sup>143</sup>, *¿podría entenderse que esta validación alcanza a generar competencia para que un servicio público promueva abusiva, clandestina y masivamente sus servicios entre los ciudadanos?*

La respuesta es negativa, toda vez que la validación requiere que estemos en los supuestos de la ley de derechos del consumidor, esto es, que el correo lo envíe un comerciante a un consumidor o posible cliente, y que el contenido consista en la oferta comercial de un bien o de la prestación de un servicio

**3.2** Los artículos 47 y ss. del Reglamento de la ley de firma electrónica N°19.799, a saber, el DS 181, crearon un Comité Interministerial sobre "*Normas para el Documento Electrónico*" con el objetivo claro y específico de asesorar al Presidente de la República en la elaboración de "*normas técnicas*" para garantizar la compatibilidad y desarrollo del documento electrónico al interior de la Administración Pública.

En el contexto de un Sub-Comité sobre "*manejo de correo masivo no solicitado*" en los servicios públicos se debatió acerca de dos materias. Por una parte, en cuanto a la adopción de medidas técnicas que permitan filtrar la recepción en los servidores de los órganos estatales de correos masivos, no solicitados, con promociones comerciales y anónimos, denominados "*spam*"; y por la otra, *sobre las condiciones para el envío de correos desde los servicios públicos, por parte de sus funcionarios y hacia los ciudadanos*<sup>144</sup>.

<sup>142</sup> Señala el artículo 4° que ...el que maliciosamente revele o difunda los datos contenidos en un sistema de información, sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio, y que si quien incurre en estas conductas es el responsable del sistema de información, la pena se aumentará en un grado.

<sup>143</sup> En efecto, la ley 19.496 establece en el artículo 28 B -y es una preciosa declaración de principios que en la práctica no se cumple- que toda comunicación promocional o publicitaria enviada por correo electrónico deberá indicar la materia o asunto sobre el que versa, la identidad del remitente y contener una dirección válida a la que el destinatario solicite la suspensión de los envíos

<sup>144</sup> Resultó forzado subsumir este tema en el contexto de la ley 19.799 y su Reglamento, toda vez que esta normativa se refiere en general a los documentos electrónicos que sean firmados de la

Fue una percepción empírica o fáctica errada la tenida en vista por el Comité referido, en cuanto, ambiguamente y sin señalarse casos concretos, se consideró que los servicios públicos estarían operando sin fundamento legal, fuera de su competencia, "*de manera peligrosa*", "*holgadamente*", sin fines de servicio público y de la mano de prácticas de recogida de datos personales ilegales o poco idóneas, procesando abusivamente datos personales -como la dirección de correo electrónico- o sensibles de los ciudadanos, desviando la finalidad de su registro, operando con inseguridad técnica y saturando las casillas de correo de los administrados.

Los servicios públicos no han realizado -ni podrían hacerlo-, prácticas en las que concurren algunas de las posibles notas características más perjudiciales del *spam* en el sector privado<sup>145</sup>, esto es: (i) no envían correos electrónicos en forma masiva y reiterativa; (ii) al enviar un correo electrónico no lo hacen de forma anónima sino que se contiene la identidad del emisor y del receptor del mensaje; (iii) no realizan promociones comerciales o publicidad no solicitada; (iv) no actúan fuera de su competencia legal; y, (v) no operan usando direcciones de correo adquiridas ilícitamente en el mercado informal sino sólo las de sus propias bases de datos.

Para el sector público existen diversas normas legales, claras, precisas y suficientes que validan el actuar no abusivo y competente al momento de recogerse direcciones de correo electrónico y enviarse mensajes masivos de la misma naturaleza, estableciéndose en dichas normas las responsabilidades respectivas en caso de negligencia, abusos o perjuicios en contra de los administrados.

Que no se requiera autorización previa, consentimiento, expreso o implícito, se debe a que "la ley" -la ley 19.628 en sus artículos 2º, 4º y 20, un Decreto 77 del

---

misma manera, y específicamente, el Título Quinto del Reglamento, se refiere al uso de firma electrónica por los órganos de la Administración del Estado. *El tema del envío y recepción de correos electrónicos en el Estado, documentos que no son firmados electrónicamente, no debía ser relacionado con este tema.* El hecho que en el Reglamento se contemple la existencia de un Comité para asesorar en la elaboración de "normas técnicas" para garantizar la compatibilidad y desarrollo del documento electrónico desde una perspectiva estructural, instrumental y técnica, tampoco guardaba relación con los "*spam*" recibidos ni con los eventuales correos electrónicos que en base al dato personal "*dirección de correo electrónico del ciudadano*" que envíe la Administración en consideración a cuestiones de fondo o relacionadas con su procedencia o improcedencia.

<sup>145</sup> Todos los reparos que pudiesen realizarse a las normas legales -en concreto al artículo 5º de la ley N°19.628- para el "Sector Privado", que a esta fecha y por la vía de las excepciones regula legalmente el tratamiento o procesamiento electrónico de los datos personales "*direcciones de correo electrónico*" permitiendo el anonimato y el tráfico de listas y el envío de correos masivos, no solicitados, anónimos y perjudiciales, no son atendibles ni aplicables para lo que ocurre en el ámbito del "Sector Público" ni para la gestión de los órganos de la Administración.



año 2004, diversos instructivos presidenciales de Gobierno Electrónico, las Leyes Orgánicas de cada servicio, normas especiales, y la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado- así lo permiten, porque reemplazan a la voluntad, al consentimiento o a la autorización previa de los ciudadanos<sup>146</sup>.

Jurídicamente la referencia al actuar de los servicios públicos "*dentro de su competencia*" que contiene el artículo 20° de la ley 19.628 es clara. Dicha competencia va a estar determinada por las diversas leyes que sean aplicables, y si algún ciudadano estima que el servicio público actúa careciendo de competencia al efecto, cuenta con los mecanismos legales idóneos para denunciarlo<sup>147</sup>.

Incluso más: los servicios públicos son competentes y no pueden desviar la data nominativa que identifica a los ciudadanos que recogen para cumplir sus obligaciones legales para "*finés diversos*" -*por ejemplo una campaña política partidista en período de elecciones*-, porque serían responsables legal, constitucional, administrativa y civilmente en conformidad a las leyes generales, de la actuación indebida, del mal uso del dato personal dirección de correo electrónico y de los eventuales perjuicios ocasionados al administrado.

Sugerir y recomendar que los servicios públicos operen con lo que técnicamente se denomina el criterio del "*opt in*" o incurriendo en los costos de solicitar autorización previa al envío a cada uno de los ciudadanos posibles destinatarios, es un despropósito. Por ende: atendidas las facultades legales existentes y si se dan los supuestos de idoneidad que sugerimos, no compartimos una eventual propuesta -que se ha formulado- en orden a que un mensaje debiera ser enviado por los servicios públicos sólo si el receptor ha dado su consentimiento de manera previa y expresa, ni siquiera para establecer que al menos "*la primera comunicación*" exija siempre el consentimiento previo e informado del ciudadano y destinatario.

---

<sup>146</sup> En resumen, el artículo 2° establece que en Chile la regla general son las llamadas "fuentes públicas de información", a saber, las que no sean de acceso restringido o reservado como las cubiertas por el secreto bancario, el secreto tributario, el secreto de filiación política, el secreto sanitario o el secreto estadístico<sup>146</sup>; el artículo 4° consagra un enorme caudal de información que por provenir de fuentes públicas puede tratarse legalmente sin autorización de los titulares individualizados; y el artículo 20° es perentorio para establecer que un servicio público actuando dentro de su competencia no requiere autorización de los ciudadanos para el tratamiento de la información que le toque procesar en el marco de dicha competencia

<sup>147</sup> Los ciudadanos poseen los mecanismos legales para controlar el uso y el eventual abuso respecto de sus datos personales o nominativos. Téngase presente que el derecho de petición está consagrado en la Constitución y en la Ley de Bases de la Administración del Estado; que el artículo 12 de la ley 19.628 consagra el derecho de acceso o "habeas data"; y que cualquier particular puede presentar una denuncia ante los Tribunales o ante la Contraloría General de la República.

Desde otra perspectiva, téngase presente que el Ejecutivo y los servicios públicos no poseen facultades de Derecho Público para adoptar medidas que mermen sus competencias públicas atribuidas por ley. Por lo tanto, *si en materia de tratamiento de datos personales como las direcciones de correo electrónico se quieren establecer cargas nuevas y adicionales a las que a esta fecha han definido las leyes para los servicios públicos*, como sería el caso de acordarse la exigencia de autorización previa "expresa" de los ciudadanos para el envío de un correo electrónico, el tema, necesariamente, debe debatirse en el Parlamento<sup>148</sup>.

Por ende, debe rechazarse por ilegal toda recomendación o propuesta regulatoria futura en cuanto a que mediante un Decreto se disponga que al agregarse en un servicio público una dirección de correo electrónico a una lista de distribución de mensajes se haga vía un procedimiento de *opt-in* o de autorización previa del ciudadano destinatario, porque, en definitiva, no cabe acá el ejercicio de la potestad reglamentaria del artículo 32 N°8 de la CPE.

**3.3** Se ha publicado en Chile una *Guía Modelo de Protección de Casillas Electrónicas de los servicios públicos*, elaborada en Noviembre del año 2006 bajo el amparo de la previa dictación o por mandato del Decreto Supremo N°93 del 28 de Julio del 2006, que se refiere a la aprobación de una norma técnica para la adopción de medidas destinadas a minimizar los efectos perjudiciales de los mensajes electrónicos masivos no solicitados "*recibidos*" en las casillas electrónicas de los órganos de la Administración del Estado y sus funcionarios<sup>149</sup>.

No obstante ser su contexto el de las formas técnicas y administrativas de evitar o minimizar "*la recepción*" de correos masivos, no solicitados y con promociones comerciales en los sistemas de los servicios públicos, desde otra perspectiva muy diversa, la Guía contiene un numeral Octavo referido a las *consideraciones que deben tenerse presente en materia de "emisión" o envío de "spam" (es el término usado) desde redes gubernamentales*, de cara a la responsabilidad del funcionario público "*usuario*" y a la del "*administrador de los sistemas*".

<sup>148</sup> El artículo 60 N°14 de la CPE de 1980 señala que sólo son materias de ley las que se definan como de iniciativa exclusiva del Presidente, y el artículo 62 N°2 establece que son de iniciativa exclusiva del Presidente las leyes que determinen las funciones y atribuciones de los servicios públicos.

<sup>149</sup> Esta Guía realiza una sistematización acerca de la "*principal*" legislación nacional supuestamente relacionada con "*el sistema de comunicaciones vía correo electrónico*", y que ellas serían: i) la ley 19.223, sobre delitos informáticos; ii) la ley 19.799, sobre documentos electrónicos, firma electrónica y los servicios de certificación de dicha firma; iii) el Decreto Supremo 181, que reglamenta la ley 19.799; iv) la ley 19.628, sobre protección de datos de carácter personal; v) la ley 17.336 sobre propiedad intelectual; vi) la ley 18.168, General de Telecomunicaciones; vii) la ley 19.927, "*contra la pedofilia*"; y, viii) la ley 20.009 "sobre medios de pagos". No obstante, el documento no explica la forma concreta en que estas normas influirían, directa o indirectamente, en el sistema de comunicaciones electrónicas.

En esencia, subyace la idea y la percepción en los redactores de la Guía -que rechazamos por ilegal y no ajustada a la ley 19.628- que un órgano de la Administración del Estado debería enviar un correo electrónico -lo que técnicamente implica el tratamiento de un dato personal del ciudadano- con autorización previa del receptor (la que legalmente está dada); que el correo debería contener información clara y precisa sobre la fuente de origen del mensaje (lo que siempre ocurre tratándose de servicios públicos, que no operan en forma anónima); y, que se debería ofrecer al ciudadano un mecanismo efectivo para que pueda exigir su exclusión (es el criterio del *opt-out*) de la lista usada para el envío de los mensajes electrónicos.

El *Subcomité de Gestión de Seguridad* que redactó el documento consideró que, "*consciente o inconscientemente*", las redes telemáticas de gobierno y sus usuarios se convertían en emisoras de *spam*, provocando -supuestamente, porque no realizaron levantamiento empírico serio- daños a la imagen de la red gubernamental, problemas de capacidad de respuesta en los servidores de correo institucional, desperdicio de ancho de banda nacional e internacional con flujos de correo basura y molestias a los ciudadanos receptores de los correos. Para este Subcomité, de legalidad cuestionable, resultó "*relevante*" que se tomara conciencia del problema -que en nuestra opinión es inexistente- y que se adoptaran las medidas necesarias para monitorearlo y controlarlo si se llegara a detectar algún "*brote*" de la actividad.

Entre las consideraciones sobre la posible responsabilidad de los funcionarios públicos "*usuarios*" de las cuentas de correo, y aunque simplemente se repiten varios de los contenidos del Decreto Supremo 93, interesa destacar:

(i) la referencia que la Guía hace a que ellos deben respetar la naturaleza confidencial de los datos a los que tengan acceso ("*que puedan caer en su poder*" dice el documento);

(ii) la aclaración de que el sistema de correos del servicio es una herramienta de trabajo que debe ser usada para fines laborales;

(iii) que mediante internet no debe transmitirse información reservada o confidencial;

(iv) que al usuario se le prohíbe enviar cadenas de mensajes, promociones comerciales o mensajes repetitivos; que se prohíbe hacer uso comercial de la dirección de correo "*@serviciopublico.gob.cl*" (el ejemplo es nuestro) y enviar publicidad con esa cuenta; que no se puede usar el email de la institución en foros; y,

(v) que se prohíbe difundir listados de correos electrónicos institucionales para propósitos que no sean de uso institucional.

Entre las consideraciones sobre la posible responsabilidad de los funcionarios públicos "*administradores de los sistemas de correo electrónico*", de manera genérica se señala que ellos deben velar porque las condiciones de seguridad de sus sistemas permitan minimizar las posibilidades de que ocurran emisiones de spam desde la red gubernamental, y de manera específica y esencialmente técnica, se sugiere, por ejemplo, el generar reglas para controlar y monitorear los tráficos de correos salientes, o incluso, al extremo y ya alejándose definitivamente del envío de correos masivos, el establecer políticas para controlar el uso de aplicaciones "*P2P*" que se prestan para actividades ilegales cuando se intercambian creaciones digitales originales violándose las leyes de derecho de autor.

4. Existen *restricciones legales -más precisamente reglamentarias-* para el uso de las *direcciones de correo electrónico "de los funcionarios públicos"*, que por cierto constituyen datos personales porque contienen el nombre, el apellido y la pertenencia a un servicio público determinado de la persona. Nos referimos nuevamente al Decreto Supremo N°93 del año 2006<sup>150</sup>.

En este contexto se contempló un artículo 9º que señala que los Órganos del Estado deberán instruir a sus funcionarios acerca del adecuado uso de las casillas institucionales que se les asignen para el cumplimiento de sus funciones.

Agrega la norma que deberá "*propenderse*" a que se usen exclusivamente para fines relacionados con las competencias propias del servicio, y que el uso de dichas casillas para comunicaciones privadas o personales quedará prohibido cuando así "*lo ordene expresamente*" la autoridad o Jefe Superior del servicio -cuestión que es redundante y del todo innecesaria-; porque *a contrario sensu*, si no se prohíbe debe entenderse que se permite. Lo que nos parece errado, es que se señala imperativamente que de existir la prohibición expresa "se autorizará" o deberá autorizarse (siempre) a que los funcionarios habiliten y accedan a casillas personales desde el terminal o equipo computacional que tengan asignado.

5. Por último y siempre en relación a las "*casillas o direcciones de correo institucionales o de los funcionarios*", cabe revisarse lo establecido por el Decreto Supremo N°77, del 2004, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que aprueba una norma técnica sobre eficiencia de las comunicaciones electrónicas entre órganos de la Administración del Estado y entre éstos y los ciudadanos, permitiendo expresamente -en su artículo 3º- que la transmisión o recepciones de comunicaciones entre órganos de la Administración del Estado o entre éstos y cualquier persona o ciudadano pueda realizarse utilizando técnicas y medios electrónicos, siempre que se cumplan determinados requisitos.

---

<sup>150</sup> La norma puede verse en la URL [http://www.agendadigital.cl/files/decreto\\_93.pdf](http://www.agendadigital.cl/files/decreto_93.pdf)

El inicio del año 2005 trajo la entrada en vigencia de una norma Reglamentaria y de alcance general, sobre la eficiencia de las comunicaciones electrónicas entre los órganos de la Administración del Estado y entre éstos y los ciudadanos. Para el desarrollo del gobierno electrónico era importante instrumentalizar una vía para recoger los aportes ciudadanos, y el Decreto Supremo en comento validó el uso del correo electrónico para ejercer el derecho de petición y estableció responsabilidades para los servicios públicos que los reciban. Es un ejemplo concreto de mecanismo idóneo para la interacción *on line* obligatoria entre ciudadanos y servicios públicos.

Los tan sólo 13 artículos del Decreto N°77<sup>151</sup> deben ser observados con cuidado, al margen de consideraciones “*técnicas*” –que nunca son las más relevantes- y dimensionando sus proyecciones.

Con este Decreto Supremo se dio cumplimiento a lo dispuesto previamente en un Decreto Supremo 181 de 2002 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que aprueba el reglamento de la ley 19.799 sobre documento electrónico, firma electrónica y la certificación de dicha firma, cuyo artículo 54 dispone la elaboración de la norma técnica que permita que las comunicaciones por medios electrónicos efectuadas entre los órganos de la Administración del Estado y de éstos con los ciudadanos operen de manera efectiva y eficiente.

Está en juego el ejercicio de una garantía fundamental y así se logró que se explicitara en los considerandos del Decreto. Si bien es cierto una ley 19.799 y su Reglamento, sobre documentos electrónicos firmados de la misma manera, dispusieron elaborar una norma técnica que hiciera “*efectivas y eficientes*” las comunicaciones electrónicas al interior del Estado y de cara a la interrelación con los ciudadanos, desde la perspectiva de éstos últimos lo que se ha hecho es instrumentalizar legal y administrativamente -de la mano de una herramienta muy común como es el correo electrónico y la red Internet- el ejercicio del derecho de petición que consagra la Carta Fundamental.

En cuanto a la estructura y contenido esencial del Decreto, llama la atención que omitió definir expresamente lo que debe entenderse por comunicaciones electrónicas, con lo cual, cabe entender que es aplicable incluso a comunicaciones telefónicas vía conexión IP o de la red Internet. Se entiende esta opción si lo que se buscó es dejar la amplitud de la interpretación del concepto “*comunicaciones electrónicas*” a los usuarios e interesados, a los entes administrativos reguladores o a los tribunales, a pesar de que puede entenderse

---

<sup>151</sup> El Decreto señala expresamente que se aprueba “*la siguiente norma técnica, que permite que las comunicaciones por medios electrónicos efectuadas entre los órganos de la Administración del Estado y entre éstos con personas naturales y jurídicas, legalmente representadas, operen de manera efectiva y eficiente, y que instrumentaliza administrativamente la verificación vía redes electrónicas del ejercicio del derecho de petición consagrado en el número 14 del artículo 19 de la Constitución Política del Estado, siempre y cuando se ejerza en términos respetuosos y convenientes*”.

que todos los órganos públicos deberán asumir los costos para almacenar o registrar las comunicaciones telefónicas digitales.

Habríamos preferido –como se propuso- aclarar que por "comunicación electrónica" se entendía a todo contacto e intercambio de información realizado únicamente vía redes digitales, cerradas o abiertas, con exclusión de las comunicaciones telefónicas, que se realizaran mediante plataformas basadas en Tecnologías de Información y Comunicaciones.

Resulta de enorme importancia que en la normativa se explicitara que sus disposiciones permitirán facilitar e instrumentalizar el ejercicio vía redes electrónicas del derecho de petición que la Constitución consagra para los ciudadanos, pero lo anterior será de manera general o supletoria, *“en todos aquellos ámbitos no regulados en otras normas legales, reglamentarias o administrativas específicas”*. Esto significa que el Decreto permite, por ejemplo, que todas las normas que a esta fecha regulan la interacción que sostiene el Servicio Nacional de Aduanas con los agentes de aduana y compañías navieras<sup>152</sup>.

El artículo 3° sujeta la transmisión o recepción de comunicaciones entre órganos de la Administración del Estado o entre éstos y cualquier persona, a que se cumplan los siguientes requisitos: (I) asegurar su disponibilidad y acceso para uso posterior; (ii) compatibilidad de los sistemas utilizados por el emisor y el destinatario que permita técnicamente las comunicaciones entre ambos, incluyendo la utilización de códigos y formatos o diseños de registro establecidos por los órganos de la Administración del Estado; (iii) existencia de medidas de seguridad tendientes a evitar la interceptación, obtención, alteración y otras formas de acceso no autorizado a las comunicaciones electrónicas; y, (iv) *que los órganos de la Administración del Estado designen una o más direcciones electrónicas que serán consideradas aptas para la recepción de dichas comunicaciones, las que deberán encontrarse debidamente puestas a disposición o consultables por cualquier interesado*.

El artículo 4° aclara que en la medida que un servicio público interactúe con personas naturales y jurídicas, a través de un sitio Web de la red Internet, y que exista una página de inicio asociada a una dirección de Internet (URL) específica, para lograr la compatibilidad señalada en la letra b) del artículo anterior, los órganos de la Administración deberán declarar cuales son los formatos y medios compatibles con sus sistemas para efecto de enviarse correos electrónicos y/o autenticarse y acceder al sitio.

---

<sup>152</sup> Por lo dicho es que el artículo 1° preceptúa en su inciso segundo que *“no deberán entenderse modificadas por el presente Decreto las normas administrativas que, dictadas en el marco de competencia de servicios públicos determinados, regulen y/o establezcan condiciones, requisitos y procedimientos específicos para la comunicación electrónica con los ciudadanos que por ley deban cumplir con obligaciones tributarias, aduaneras, previsionales o de otra naturaleza”*.

El artículo 5° dispone que la persona natural o jurídica que envíe una comunicación electrónica a un órgano de la Administración del Estado deberá individualizar con precisión la dirección de correo electrónico, o de otro medio autorizado por el órgano de la Administración del Estado, a la cual desea se le avise la disponibilidad de la respuesta, y que no se considerarán aquéllas que no contengan preguntas consistentes y fundadas, que digan relación con materias propias de la competencia de cada servicio público y que, en consecuencia, requieran de un pronunciamiento formal.

**I. Sobre la no confidencialidad, "privacidad" e inviolabilidad de las comunicaciones sostenidas por los funcionarios públicos vía correos electrónicos corporativos o institucionales.**

1. Se trata esta de una perspectiva de análisis distinta referida al dato personal "*dirección de correo o casilla electrónica*" del funcionario público.

Entendemos a este respecto que el hecho de que la dirección de correo electrónico se trate de un dato personal o nominativo que deba resguardarse y que identifica a la persona en su calidad de funcionario público que labora en un órgano determinado, *no implica que jurídicamente pueda sostenerse que son confidenciales e inviolables las comunicaciones electrónicas que los funcionarios verifiquen mediante cuentas y sistemas de propiedad del servicio público*, las que sólo les han sido facilitadas para el exclusivo desempeño de su función laboral.

En consecuencia, y esto es lo relevante, *la gestión de los funcionarios públicos materializada vía correos electrónicos es susceptible de ser conocida y fiscalizada por los ciudadanos*.

2. Se ha sostenido que a los *e-mails* o correos electrónicos se les puede aplicar siempre la garantía constitucional del artículo 19 N°5 de la CPE, que asegura a todas las personas la inviolabilidad de la correspondencia y de toda forma de comunicación privada. Las conductas atentatorias contra esta garantía además, según nuestro Código Penal, cometidas dolosamente son constitutivas de delito y castigadas con penas privativas de libertad.

Entonces, para reivindicar la confidencialidad o reserva el argumento central es el de asimilar los *e-mails* al correo tradicional argumentando que la norma no distingue si "*la correspondencia inviolable*" o "*la comunicación privada*" se realiza específicamente de alguna forma o mediante algún soporte determinado. Consecuentemente, se reivindica a su respecto su inviolabilidad, afirmándose que cualquier forma de interferencia de un correo electrónico violaría una garantía constitucional y sería constitutiva de un ilícito penal.

Desde ya una aclaración: se trata de un debate relacionado con la "confidencialidad", "secreto" o "reserva" de correos o documentos electrónicos que podrían ser considerados "comunicaciones privadas" en el contexto de la norma constitucional citada o del Derecho Penal, no de un cuestionamiento sobre la "privacidad" de dichos mensajes, porque ellos no son personas que puedan reivindicar en su beneficio la garantía constitucional del artículo 19Nº4 de la Constitución de Chile sino que constituyen elementos de un sistema computacional, digital, electrónico o telemático que *-per se-* carece del derecho de gozar de garantías fundamentales.

La posible inviolabilidad de una forma de comunicación como los correos electrónicos no se traduce en una vulneración de la garantía constitucional del artículo 19 Nº5, porque los *e-mails*, técnica y estructuralmente, no son una especie de aquellas comunicaciones privadas susceptibles de ser pinchadas o violadas en su confidencialidad, a que alude la Constitución Política, salvo que ellos se encripten o codifiquen<sup>153</sup>. Se requiere una distinción elemental de cara a la naturaleza física o técnica de lo que es un correo electrónico y, en segundo lugar, en consideración a si concurre o no el elemento "encriptación". Porque sólo de esta forma se le agrega un proceso tecnológico posterior que asegura la confidencialidad o reserva del correo electrónico.

*El correo electrónico no es -de manera alguna- un instrumento similar al de un correo normal, y la diferencia no radica sólo en que cada persona posee una casilla postal de carácter electrónica denominada "casilla electrónica".*

(i) El correo normal se envía cerrado, y el *e-mail* no; (ii) el correo normal se envía mediante una empresa identificada y determinada, y el correo electrónico cuando es mandado a un destinatario es difícil saber al momento del envío cuál o cuáles son las empresas proveedores de conectividad y los servidores por los que circulará; (iii) el correo normal puede ser "certificado" en cuanto a los hechos que rodearon su envío y no en cuanto a su contenido -porque ellos no se abren- ni a la verdadera identidad de quien lo envía -alguien puede suplantarme en la oficina de correos-; los correos electrónicos cuando se firman electrónicamente es porque previamente se ha "certificado" la identidad de quien lo firma o genera las claves; y, (iv) la integridad del contenido de un correo normal sólo puede violarse o alterarse abriéndose el sobre cerrado, en cambio la integridad de un correo

---

<sup>153</sup> Si un usuario quisiera agregar confidencialidad o reserva a sus correos, simplemente debe utilizar mecanismos de encriptación o codificación para hacerlo. Es la conducta equivalente a cerrar el sobre que mandamos por la oficina de correos. Sólo en la medida que un tercero distinto al emisor y al receptor de un mensaje -que son los únicos habilitados técnicamente para entender o conocer el contenido del documento codificado- rompa o vulnere la encriptación de un *e-mail* protegido técnicamente, encriptado o codificado, podría hablarse de que se ha vulnerado la garantía constitucional aludida, porque ese correo claramente constituía una correspondencia inviolable y una forma de comunicación privada, reservada o confidencial.



electrónico que se envía abierto y no firmado o encriptado puede modificarse sin necesidad de ninguna operación ilícita de pinchado.

Porque todos los correos pueden ser revisados por el administrador de una red o de un servidor sin necesidad de realizar operación alguna de naturaleza clandestina -como si ocurre en el pinchado de líneas telefónicas-, y porque enviados por Internet están en una red esencialmente "abierta", técnicamente los e-mails son verdaderas tarjetas postales que cualquiera podría tomar y leer.

*¿Y acaso podría alegrarse vulnerada la inviolabilidad de la correspondencia normal o documental y soportada e papel o de una forma de comunicación privada, cuando la gente del servicio de correos y el cartero toman, miran, observan y leen el contenido de una tarjeta postal soportada en cartulina?.*

Es un hecho real que diversas empresas tanto extranjeras como nacionales han despedido empleados por utilizar cuentas de correo electrónico corporativas o asignadas con fines laborales y las redes internas o Intranet y la propia Internet para acceder a o distribuir pornografía o enviar correos ofensivos. Una práctica cada vez más común, por cierto, es el monitoreo o revisión de los sitios de Internet en los cuales ingresan los empleados, esto es, el control de sus hábitos de navegación. Y la problemática se proyecta en igualdad de condiciones a los servicios públicos.

Frente a la pregunta de si es legalmente admisible que un empleador o el Jefe de un servicio público controle el uso del correo electrónico de sus trabajadores o de sus funcionarios el argumento central para responder en forma negativa es el de asimilar los e-mails al correo tradicional y reivindicar a su respecto su inviolabilidad, y afirmar por ende, que cualquier forma de interferencia sería constitutiva de un ilícito penal y atentaría contra el derecho a la intimidad y de inviolabilidad de la correspondencia del empleado.

Debe tenerse presente que la esfera de intimidad en una empresa o en un servicio público depende del empleador o del Jefe del servicio y no es una garantía absoluta del trabajador que podría, al extremo, llevar a amparar bajo un manto de reserva conductas ilícitas, por lo cual en el caso concreto de una investigación administrativa ningún funcionario podría oponerse a la revisión de sus equipos y casillas de correo electrónico alegando vulneración de su garantía de inviolabilidad de las comunicaciones privadas. Sería ilógico y carente de fundamento jurídico cuestionar la necesidad por parte del servicio de revisar el correo del empleado para poder determinar su naturaleza y la existencia de una ilicitud y decidir la sanción a aplicar.

El elemento o el criterio central debiera ser la consideración del eventual perjuicio producido a la empresa o al servicio público o la magnitud del abuso, dejándose de lado el recurso de que un trabajador o un funcionario público se escude en eventuales atentados a su privacidad o a la inviolabilidad de la

correspondencia. Dicho de otra forma, si no se ha producido un abuso o un gran perjuicio alguno por el envío de uno o más correos electrónicos particulares, no habría razón para sancionar laboralmente al trabajador o administrativamente al funcionario.

A modo de ejemplo: no es lo mismo enviar, usando los sistemas, servidores y casillas de la empresa, cinco correos a familiares que 5000 ofertas de asesoría profesional particular. Vale también un ejemplo en términos de navegación en Internet: si un funcionario público está todo un día bajando cientos de gigabytes con videos pornográficos nadie podría cuestionar el perjuicio y la configuración de una causal de incumplimiento del contrato de trabajo y/o del Estatuto Administrativo.

### *3. Casos chilenos de revisión de las casillas de correos electrónicos de los funcionarios de servicios públicos. El caso "MOP".*

En el marco de una investigación judicial, y de la mano de las facultades que le son propias, una ministra de la Corte solicitó acceder a la información contenida en las casillas de correos electrónicos de varios funcionarios del Ministerio de Obras Públicas de Chile MOP. Los afectados por la investigación recurrieron de protección en contra de la Ilustrísima Ministra<sup>154</sup>, alegando carencia de fundamentos y la vulneración de la garantía que en el artículo 19 N°5 de la Constitución asegura a todas las personas la inviolabilidad de la correspondencia y de toda forma de comunicación privada. Por cierto, cosa muy distinta es, y parece no entenderse así, la garantía del artículo 19 N°4, que asegura a todas las personas el respeto y protección de la vida privada, de la pública (la imagen) y de la honra de las personas y sus familias. Nunca estuvo en juego "la intimidad o privacidad" de los funcionarios públicos.

En nuestra opinión no cabía alegar violación de la confidencialidad o reserva de un sistema de comunicación electrónica que es público, por tres factores copulativos: 1) en consideración a la naturaleza de bienes públicos de las casillas fiscales; 2) en atención al contenido público de la labor administrativa propia de que dan cuenta dichos correos; y, 3) atendido que todo correo electrónico que se envíe sin ser encriptado o codificado es *per se* el equivalente a una tarjeta postal y circula abierto por las redes y los servidores de correos que los administran, y cualquier administrador de un servidor de correos puede visualizarlo sin realizar ninguna operación clandestina, de espionaje o de "pinchazo".

Como hace un tiempo ocurrió con la revisión de las casillas y servidores de correos del Ministerio de Relaciones Exteriores a propósito de la llamada *Red*

---

<sup>154</sup> Referencia del fallo: CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO - DE LA PUENTE DROGUETT MARIA CONSUELO Y OTROS / MINISTRA EN VISITA EXTRAORDINARIA SRA ANA GLORIA CHEVESICH RUIZ, causa Rol N° 7001/2004

*Hamlet*, estábamos en un caso de cuentas de correo electrónico corporativas o asignadas con fines laborales que no pueden, administrativa y legalmente, ser utilizadas para enviar correos no funcionariales en el seno de un órgano del Estado. Si se quería enviar correspondencia “privada”, cada uno de los reclamantes debió haber utilizado cuentas contratadas particularmente con algún ISP o proveedor de servicios de conectividad a Internet.

La esfera de la confidencialidad o reserva que se alegaba vulnerada no es una garantía absoluta que pueda llevar a amparar bajo un manto de reserva conductas ilícitas, por lo cual en caso de una investigación judicial ningún funcionario podría oponerse a la revisión de sus equipos y casillas de correo electrónico alegando vulneración de su garantía de inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

Además de aceptar que pueden sancionarse por la Ley de Probidad de la Administración del Estado el uso de bienes y equipos fiscales para fines particulares, toda vez que se están mal utilizando recursos asignados para fines públicos, sería un error seguir reivindicando, jurídicamente, que la revisión de los servidores y casillas de correo -que en el marco de una investigación judicial puede detectar una conducta ilícita- configuraría una situación de atentado a la garantía de la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada y de la correspondencia, o más ampliamente, un atentado contra la privacidad de los funcionarios cuestionados.

Hay que considerar y entender la realidad fáctica antes de aplicar principios y normas jurídicas. Como se ha dicho, los correos electrónicos enviados y recibidos desde su estación de trabajo son manejados desde otro computador llamado servidor de correos -que es el responsable de administrar los correos en las redes-, y que, en consecuencia, es el servidor de mensajes el que tiene los correos realmente en su memoria y no el computador del usuario.

No se debe olvidar que ese computador es “administrado” por los informáticos responsables del sistema, los que tienen las claves de acceso que les permiten leer, guardar, copiar o borrar los archivos según sean los procedimientos de seguridad de la organización para la cual trabajan. No se trata de manera alguna, por ende y a la luz de lo dispuesto en el artículo 19 N° 5 de la Constitución, de una forma de “comunicación privada” a cuyo respecto pueda exigirse inviolabilidad por parte de un trabajador.

En cuanto al tenor específico del recurso de protección presentado en este caso, a lo informado por la Ministra recurrida y a lo resuelto por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, recogemos una parte y casi literalmente en los párrafos siguientes la síntesis del fallo. Efectivamente, creemos que resulta de interés conocer y consignar el razonamiento efectuado por la Corte de Apelaciones en la causa De la Puente Droguett, María Consuelo y otros con Ministra Gloria Ana Chevecich.

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago se dictó con fecha 6 de diciembre, y se originó por la interposición de un recurso de protección de funcionarios del Ministerio de Obras Públicas en contra de la ministra en visita extraordinaria Gloria Chevesich. Ella había dictado en la causa rol N° 15.260 XS. Letra D, seguida en el Décimo Séptimo Juzgado del Crimen de Santiago una resolución de fecha 15 de septiembre de 2004, que ordenó la incautación de los correos electrónicos de todos los funcionarios de la Coordinación General de Concesiones del Ministerio de Obras Públicas, enviados y recibidos entre los años 1997 y 2003.

Los argumentos alegados por los recurrentes fueron los siguientes:

(i) La resolución judicial de la ministra Chevesich, que ordenó la incautación de los correos electrónicos de todos los funcionarios de la Coordinación General de Concesiones del Ministerio de Obras Públicas, fue calificada de ilegal porque no cumplió con los requisitos ni fue dictada para los casos previstos en los artículos 176 y 178 del Código de Procedimiento Penal, esto es: ninguno de los recurrentes tenía la calidad de procesado o inculcado en la causa; la resolución que ordenó la diligencia no fue fundada y carecía de la especificidad exigida por la norma ya que no precisaba qué correspondencia era la requerida para su investigación ni quienes eran los sujetos sobre los cuales dicha medida recaía; la resolución fue dictada de manera arbitraria y manifiestamente desproporcionada o injusta, debido a que no fue fundada o no daba cuenta por sí sola de los motivos que se tuvieron en vista a la hora de dictarse, y porque mediante ella se pretendía acceder a la correspondencia electrónica de todo el personal de Concesiones, "*incluida la de carácter privado*" (...misma que en nuestra opinión no existía al tratarse de cuentas o casillas laborales y públicas y de verdaderas tarjetas postales electrónicas).

(ii) La resolución judicial constituía una amenaza y una perturbación cierta de las garantías individuales de los números 5° y 4° del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

En relación a la garantía de la inviolabilidad de la correspondencia y de toda forma de comunicación privada, expresaron que parte del contenido de los correos electrónicos constituían "*comunicaciones de carácter privado*" (...ya hemos argumentado en contrario más arriba), cuya naturaleza no se desvirtuaba por el dominio del medio a través del cual se transmitía, y que ni la función pública que realizaban ni la propiedad pública de los servidores o equipos necesarios para su transmisión, alteraban el carácter privado del contenido de sus correspondencia o comunicaciones (...lo que en nuestra opinión es totalmente al revés)<sup>155</sup>.

---

<sup>155</sup> Según los recurrentes, y considerando sólo lo que concretamente se consignaba o decía en los mensajes, las cintas contenían tanto correos electrónicos de carácter personal y privado de los funcionarios como los propios del trabajo, formando cada una material y físicamente una unidad

En cuanto al derecho al respeto y protección de la vida privada, que asegura el número 4º del artículo 19, la resolución judicial que ordenaba la incautación de los correos electrónicos importaba un peligro inminente de verse expuestos a la vulneración de la intimidad (...olvidándose, por cierto, que en el ámbito material la privacidad o intimidad no es un concepto absoluto).

En definitiva, se solicitó que para restablecer el imperio del derecho se modificara la resolución judicial y que ella se dictara respecto de los correos de quienes efectivamente revestían la calidad de imputados o procesados en la causa que ella investiga, precisándose la correspondencia requerida, y en subsidio, que se instruyera a la Ministra a fin que se determinaran las personas respecto de las cuales la medida se haría efectiva, individualizando, del mismo modo, los correos requeridos y tomándose los resguardos que al efecto prescriben el artículo 178 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

En cuanto al informe evacuado por la Ministra, él expresó que luego de su designación como Ministra en Visita Extraordinaria dispuso que por separado investigaran los hechos relacionados con la forma en que se procedió en lo relativo al llamado a licitación de obras o servicios por el Ministerio de Obras Públicas, desde 1997 en adelante, requiriendo un listado de todas ellas y precisando si existieron posibles irregularidades en los llamados a licitación, confección de bases, administración y labores cumplidas, como posibles solicitudes de dinero a las empresas a quienes se adjudicaron concesiones, como la justificación contable en cada empresa de estos pagos.

Agregó que en cumplimiento de lo ordenado por la Corte de Apelaciones decretó en el proceso diversas diligencias, y como resultado de una de éstas, la Brigada Investigadora de Delitos Económicos de la Policía de Investigaciones de Chile dio cuenta al tribunal de antecedentes relacionados con un contrato que se celebró en el curso del año 1998, entre la Coordinación General de Concesiones, por intermedio de la Dirección General de Obras Públicas, y una consultora privada, y puso a disposición del tribunal "*hojas impresas de mensajes que se enviaron tres funcionarios de la Coordinación General de Concesiones, vía correo electrónico*", utilizando el equipo computacional de dicho organismo, los que darían cuenta de una suerte de conversaciones entre dichos funcionarios relacionados con el contrato que se iba a adjudicar a la consultora privada, documentos que fueron entregadas a la policía por el autor de uno de esos mensajes<sup>156</sup>.

---

indivisible, imposible a simple vista de identificar, lo que impedía al tribunal decretar la incautación de un metraje determinado de cintas.

<sup>156</sup> En el mismo parte policial se hace presente que para el esclarecimiento de los hechos materia de la investigación, era necesario contar con la información computacional que poseía la Unidad de Informática de la Coordinación General de Concesiones, de los archivos magnéticos de respaldo u

Porque durante la revisión de las cintas se procedería de manera que toda aquella que no fuera de interés para el tribunal, léase correos electrónicos de carácter privado, sería eliminada, la práctica de la diligencia constituía suficiente garantía para los funcionarios de la Coordinación General, ya que sólo el tribunal tomaría conocimiento del contenido de las cintas, tanto de los mensajes privados o confidenciales, como de aquellos que, sin tener esa calidad, fueran de interés para la investigación (...es decir, la Ministra estaba aceptando que algunos de los correos enviados mediante cuentas fiscales si serían privados o confidenciales).

*¿Cuál fue la Sentencia de la 7ª Séptima Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago?*

La Corte, antes de examinar si concurrían los requisitos de fondo que hacen procedente la acción cautelar de protección, desestimó la solicitud de extemporaneidad del recurso planteada por la parte del Fisco de Chile, y analizó luego la concurrencia de los presupuestos de fondo que lo hacían procedente; esto es, si la autoridad judicial cometió un acto ilegal o arbitrario al dictar la resolución que se impugnaba, y si a consecuencia de su actuar los recurrentes sufrieron una privación, perturbación o amenaza de sus garantías constitucionales reconocidas en los números 4 y 5 del artículo 19 de la Carta Fundamental.

Lo primero que debía dilucidarse en opinión del Tribunal de Alzada era si el acto que impugnaba adolecía de ilegalidad o arbitrariedad, lo que se traduciría en determinar, a la luz de los antecedentes recogidos en el proceso criminal y de las normas constitucionales y legales, si la Ministra al dictar la resolución actuó o no dentro de la órbita de su competencia y con apego al derecho.

En la parte resolutive el fallo la Corte de Apelaciones sostuvo que la Ministra en Visita Extraordinaria procedió en el ámbito de su competencia y de manera legal al investigar los ilícitos denunciados, y existiendo mérito suficiente dictó la resolución en la que se dispuso la incautación de los archivos magnéticos de respaldo u otro similar de los correos electrónicos, que los funcionarios de la Coordinación General de Concesiones del Ministerio de Obras Públicas, emitieron entre los años 1997 y 2003, y que no ha incurrido en ilegalidad alguna al dictar la resolución judicial que ha sido motivo del recurso de protección.

---

otro similar de los correos electrónicos de los funcionarios que se desempeñaron entre 1997 y el 2003.

La Ministra Chevesich expresó en su informe que ante las aprensiones de los funcionarios de la Coordinación General de Concesiones, y advirtiendo que el proceso para obtener de las cintas la información necesaria sería complejo y demoroso, designó perito a la Dirección de Investigaciones Científicas y Tecnológicas de la Pontificia Universidad Católica, para asesorar al tribunal en la diligencia de incautación y en el proceso que era necesario llevar a cabo para poder revisar y leer el contenido de las cintas.

La Corte consideró que la actuación de la juez no podía considerarse arbitraria, puesto que la resolución en los términos que fue dictada no obedeció a su mero capricho sino que fue producto de antecedentes reunidos en el marco de una investigación criminal, que la hacían aconsejable para los objetivos del proceso.

Y agregó -lo que es importante destacar ahora y lamentamos porque no se consideró el fondo del tema-, que no se entraba a analizar si el contenido de los correos electrónicos, medio de comunicación de reciente data, se encontraba o no para el constituyente comprendido dentro la documentación privada que resguarda nuestra Carta Fundamental, o si la circunstancia de que se utilizara por funcionarios para fines particulares dicho medio de comunicación usando equipos computacionales pertenecientes al Fisco de Chile, le pueda restar dicho carácter, en razón que ésta es una cuestión que a juicio de los sentenciadores no correspondía dilucidar en esa instancia<sup>157</sup>.

Desde una perspectiva no jurídica, la Corte dejó constancia de que era imposible que la Jueza estuviera en condiciones de identificar y clasificar, a priori, cada uno de los documentos contenidos en ellas y estimar que en las cintas ordenadas incautar, junto con la información propia del servicio, cuál correspondería a correos electrónicos de carácter personal y privado de los funcionarios estatales.

Se resolvió que, en cuanto a las garantías fundamentales supuestamente conculcadas por la acción de la magistrado recurrida, concretamente en cuanto a la garantía del número 5º del artículo 19, que dicha actividad se realizó dentro de una investigación criminal, en ejercicio de las facultades otorgadas por la Excm. Corte Suprema y dentro de su competencia, lo cual dejó su acción dentro de la situación excepcional contemplada en la misma disposición constitucional, que señala que hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley.

Y aunque en nuestra opinión no cabía referirse a ella, el fallo retoma las mismas razones señaladas en el párrafo precedente para concluir que tampoco se conculcó la garantía contemplada en el número 4º del artículo 19 de la Constitución Política de la República, por cuanto, en la forma de disponer la

---

<sup>157</sup> En este dictamen, la Corte de Apelaciones evitó pronunciarse sobre la naturaleza pública o privada de los correos electrónicos incautados, lo que era necesario para precisar el alcance de lo que la Constitución denomina "*toda forma de comunicación privada*". Calificada de pública la correspondencia electrónica la Corte tendría que haber desestimado la acción esgrimiendo que tales documentos no se encontraban amparados por la inviolabilidad del 19 N°15. En caso contrario la Corte debió haber analizado la orden de incautación de la magistrada Chevesich y las normas procesales que supuestamente respaldaban su decisión a la luz del texto constitucional que solo autoriza la interceptación, apertura o registro de las comunicaciones y documentos privados en los casos y formas determinados por la ley.

incautación y llevarla a cabo, la magistrado participó personalmente en dicha diligencia, adoptando para la revisión de los documentos las medidas conducentes a fin de resguardar su contenido del conocimiento de terceros, disponiendo en esa dirección su correspondiente custodia, el examen personal de su contenido, la segregación de las piezas de carácter privado o confidencial, de aquellos que sí interesan para el éxito de la investigación, ordenando, además, formar cuadernos reservados, resguardando de esta forma, de una manera cierta y efectiva, el respeto y protección de la vida privada, y a la honra de la persona y su familia, que asegura a todos los ciudadanos nuestra Carta Fundamental.

#### **J. Sobre la comercialización y venta de los datos personales de los ciudadanos realizada por los servicios públicos.**

1. En sede de la ley 19.628, es su artículo 2° letra o), cuando se define "*tratamiento*" de datos personales, el legislador autoriza a que ellos sean cedidos por el responsable de la base de datos. La ley no distingue, y por ende caben las hipótesis tanto de cesiones gratuitas como onerosas o con fines de lucro, y se ha entendido que toda cesión implica la transferencia a otro de la titularidad sobre un registro, una base o un banco de datos nominativos.

Se trata de una práctica a esta fecha realizada sólo por algunos servicios públicos. Ya mencionamos más arriba que está expresamente permitido para el SERVEL, al que se le permite la comercialización de los padrones electorales y esencialmente el número de RUT; expresamente permitido al SRC, que puede comercializar certificados (documentos que contienen datos personales) referidos al estado civil de los ciudadanos como una de sus competencias esenciales de servicio público; y, "*al parecer permitido*" al Servicio Nacional de Aduanas (no hemos tenido las normas respectivas a la vista), que comercializa datos de las empresas importadoras y exportadoras referidos a las mercancías (valores, orígenes o proveedores, características, etc.) a cuyo respecto ellas son consignatarias.

A nuestro parecer, debiera materializarse esta práctica:

(i) sólo en la medida que el órgano posea facultades normativas expresas para así hacerlo;

ii) debiera hacerse sin finalidades de mero lucro sino que siempre en el marco del cumplimiento de sus fines promocionales y asistenciales de servicio público;

(iii) debiera hacerse considerándose sólo el pago y/o el cobro de los costos en horas/funcionario y materiales en que el servicio público incurra para tratar y generar los antecedentes;



(iv) sería procedente únicamente respecto de datos personales de los administrados que no estén sujetos a una obligación legal específica de secreto o reserva o a la obligación general de secreto del artículo 7° de la ley 19.628; y,

(v) cabría teniéndose presente que no es una competencia propia de los servicios públicos el ser proveedores de datos nominativos para empresas de un mercado particular y comercial, lo que de hacerse, sólo procedería en forma excepcional.

Al margen de estas consideraciones queda el ámbito de la venta o comercialización de información estadística, desagregada, disociada e innominada, que no son datos personales.

Del mismo modo, en el ámbito de las relaciones con los ciudadanos que solicitan controlar y acceder a sus propios antecedentes o datos personales por regla general las eventuales entregas de información debieran ser gratuitas para el titular de los datos. Salvo, que ello implique asumir costos y usar recursos más allá de los previstos o presupuestados, en cuyo caso excepcionalmente podría cobrarse un valor que compense el trabajo a realizarse (horas/funcionario) y los costos directos involucrados.

**2.** Un anticipo, de cara al intento de armonización de la regulación jurídica del STDP con la ley 20.285.

En el ámbito de las relaciones con los ciudadanos, entendiéndose que el servicio público no posee legalmente la naturaleza de prestador de servicios de información ni de proveedor comercial de la misma, *por regla general* las eventuales entregas de información serán gratuitas o sólo fundadas en la reciprocidad del canje. No obstante, cuando ello implique asumir costos y usar recursos más allá de los previstos o presupuestados, excepcionalmente debiera determinarse un valor que compense el trabajo a realizarse (horas/funcionario) y los costos involucrados.

Este alcance guarda relación y similitud con lo que en materia de fijación de costos establecen los artículos 18° de la ley 20.285 y 20 de su Reglamento. En efecto, estas normas no aluden a la venta de datos personales, sino que, a documentación generada por un servicio público *-y se citaron durante el debate parlamentario como ejemplos al Instituto Nacional de Estadísticas y al Instituto Geográfico Militar-*, y ellas deben complementarse aplicando el principio de la gratuidad, de acuerdo al cual por regla general el acceso a la información de los órganos de la Administración es gratuito, siempre que no irroguen un gasto para el servicio público y pudiendo sólo cobrarse el soporte en que conste la información.

Señala el artículo 18° que sólo se podrá exigir el pago de los costos directos de reproducción y de los demás valores que una ley expresamente

autorice cobrar por la entrega de la información solicitada, y que la obligación del órgano requerido de entregar la información solicitada se suspende en tanto el interesado no cancele dichos costos y valores.

Agrega y detalla el Reglamento en cuanto a que la información se entregará por el medio y en la forma que el requirente haya señalado, salvo que el costo sea excesivo o signifique incurrir en un gasto no previsto y no presupuestado, y estableciendo que, en cuanto a los costos directos de reproducción, debe entenderse que ellos son todos aquellos que sean necesarios para obtener la información administrativa en el soporte que el requirente haya solicitado, sin incluir el valor hora/funcionario para realizar la reproducción.

### 3. El caso del SERVEL.

Hoy se cuestiona en Chile la gestión en materia de tratamiento de datos nominativos de las personas naturales que realiza el Servicio o el Registro Electoral, con referencias al *Big Brother* de Orwell y a una fundada acusación de tráfico de bases de datos, fruto de la desinformación y de una indebida satanización del tema. Este Órgano del Estado, invocando como fundamento diversas normas legales -antiguas y recientes-, desde hace años va más allá de la mera venta de información estadística -que no admite *per se* cuestionamiento- y comercializa el "*padrón alfabético computacional*" con datos nominativos de los electores.

Surgen las siguientes interrogantes: (i) ¿cuáles son las normas legales que el propio servicio dice legitiman su actuar?; (ii) ¿es esta una función de servicio público propia de la competencia del SERVEL?: ...se dice que "*...vender bases de datos a agentes no vinculados con el proceso de elecciones no tiene ninguna relación con la misión del Servicio Electoral, que es llevar un registro de electores confiable al servicio de elecciones limpias e informadas*"; (iii) ¿estará cobrando al efecto sólo los costos directos asociados a la generación y procesamiento de la información, que una ley de Administración Financiera permite cobrar?; (iv) ¿la comercialización es una consecuencia necesaria de que su ley orgánica diga que tales registros son públicos (artículo 28) y de que lo faculte para vender bienes muebles (artículo 93)?: se dice que "*...el Servicio Electoral vende el padrón por considerarlo información pública y para que esté al alcance del sistema político, y en particular de los candidatos, bajo el supuesto de que así los electores podrán recibir la información necesaria para tomar una decisión informada*"; (v) ¿las ventas (que no son un canje vía Convenio por otros datos que puedan serle necesarios para cumplir sus fines de servicio público), son de aquellos actos administrativos que conforme a la ley 20.285 deben ser fiscalizados por el recién creado Consejo de Transparencia, de manera de asegurarse que sean probas y transparentes?; (vi) ¿los datos incluidos en el padrón que se venden, nombre, domicilio, RUN, edad, sexo y situación de discapacidad, son datos personales públicos o privados, de "*la esfera social*" o de "*la esfera privada de las personas*"?

Consultado formalmente, el SERVEL ha señalado por correo electrónico:

*"En relación a la materia consultada le informo que, en virtud de lo establecido en el artículo 25 de la Ley N° 18.556, Orgánica Constitucional sobre Sistema de Inscripciones Electorales y Servicio Electoral, los Registros en que se lleva la información que da cuenta de las inscripciones electorales son públicos. Este precepto se encuentra en armonía con lo prescrito en el artículo 8 de la Constitución Política de la República que consagra que son públicos, tanto de los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, como también, de sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Lo anterior determina, conforme a los principios generales de la transparencia y publicidad, la imposibilidad de denegar las solicitudes de acceso a esta información. En ese entendido, al dar lugar a tales requerimientos, el Servicio Electoral sólo cobra el valor de los costos directos asociados a la reproducción de los documentos solicitados o sus copias, lo que, en ningún caso, constituye un principio de enriquecimiento, sino que se encuentra facultado a hacerlo, según lo dispuesto en el DL N° 2136, de 1978, en el artículo 83 de la Ley N° 18.768, que establece Normas Complementarias de Administración Financiera de Incidencia Presupuestaria y de Personal, y en artículo 18 de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública. Estos valores fueron fijados mediante Resolución Exenta N° 0862/2002, la que fue modificada a través de la Resolución Exenta N° 1076/2009, siendo esta última publicada en el Diario Oficial, con fecha 01 de septiembre del año en curso".*

Una perspectiva de análisis sería considerar que para la ley 19.628 desde 1999 se considera que las bases de datos del SERVEL *"son fuentes públicas de información"* -con la sola exclusión del dato sobre militancia política que es constitucionalmente reservado-, y por ende, sus funcionarios no estarían sujetos a obligación de secreto y el servicio puede *"tratar"*, ceder o transferir los datos sin autorización previa de los titulares incluso para fines diversos a los tenidos en vista al recolectarse -hacer efectivo y legalmente el derecho a voto-. Este criterio puede cambiar si se aclara y precisa lo que debe entenderse por *"fuentes públicas de información"* en el sector público, como lo hemos hecho en este Informe para sostener lo contrario.

Esta normativa, de ser interpretada en el sentido contrario al que hemos formulado en el número 7 del acápite B de esta Parte Primera, blindaría legalmente que el SERVEL opere como proveedor de información (no, como se ha caricaturizado, a la manera de un *"factor de comercio"*), y las explicaciones de esta Política Pública recogida en la Ley 19.628 -que efectivamente transformaron al órgano en *"un actor relevante del mercado de datos personales"*- deben formularlas sus redactores. Su fiscalización es una competencia asignada sólo el año 2005 al recién creado Consejo de Transparencia, en virtud del artículo 33 letra m) de la ley 20.285.

Se dice además que *"...el hecho que un organismo del Estado, sin aprobación previa de los que se inscriben, venda públicamente los datos personales, tales como nombre completo, RUN, dirección, profesión y situación de discapacidad, es sin duda una violación a la privacidad y pone a las personas incluso en riesgo por el uso malicioso que a esa información se le pueda otorgar, mucho más allá del ya molesto uso comercial"*, lo que no es correcto, porque, de manera general y especial, diversas leyes ya dieron la autorización en forma previa y prescindiendo de la voluntad de los ciudadanos. Estos datos, por ende, en Chile serían parte de la esfera social o pública de las personas, y lo que debe revisarse es la idoneidad o no de estas diversas normas legales.

Por cierto; no es sólo la ley 19.628 la que permite a los servicios públicos procesar datos personales; son muchas más *"las otras leyes"* especiales a que se refiere el artículo 4° de la norma. Ergo, es errado sostener que si el SERVEL quiere construir bases de datos o generar productos y servicios en base a la información de los registros puede hacerlo sólo mediante una previa autorización expresa, clara y específica de cada uno de los ciudadanos inscritos.

Desde otra perspectiva, no puede entenderse que la obligación de publicidad de los actos, contratos, documentos, resoluciones y procedimientos de la Administración del Estado que exige el artículo 8° de la Constitución de Chile desde el año 2005 deba extenderse a los antecedentes personales, nominativos o íntimos de los ciudadanos que procesa y almacena el SERVEL en sus bases de datos, esencialmente porque la ley 20.285 que desarrolla la norma mayor de la Carta Fundamental establece -en el artículo 21 N°2- como causal expresa de reserva que la publicidad, comunicación o conocimiento de los datos personales o nominativos afecte los derechos de las personas, su seguridad y la esfera de su vida privada.

Dicho de otra forma: ...la comercialización masiva que se realiza del padrón alfabético computacional no es subsumible dentro de los requerimientos de acceso a la información del Estado a que aluden los artículos 5°, 10° y 18 de la ley 20.285. No es esta nueva normativa jurídica una suficiente ni procedente para justificar la venta de datos del SERVEL, porque de serlo, significaría además que serían ilícitas todas las ventas realizadas con anterioridad al año 2005; y cuando esta ley autoriza a cobrar por los costos inherentes a la generación de la información solicitada de acceso ello se refiere sólo a la relacionada con la gestión del Estado y no con los datos personales *"per se"* mantenidos en el registro alfabético computacional.

**K. Responsabilidad y competencia de Derecho Público para utilizar datos personales como mecanismos de autenticación para el acceso a los sitios web del Estado. Sobre las claves de acceso o *password* y las llamadas direcciones IP.**

1. Este acápite se relaciona directamente con lo dispuesto por el artículo 20 de la ley 19.628, en cuanto a que los servicios públicos sólo pueden procesar datos personales dentro de su competencia.

Ocurre que, aplicándose las mismas medidas o el mismo modelo de seguridad y de autenticación para la identidad de los ciudadanos que se conecten vía Internet utilizado a esta fecha con éxito por la banca, tratándose de los sitios web "*transaccionales*" de los servicios públicos -porque no se necesita autenticar la identidad para visualizar una simple página web informativa<sup>158</sup>- el mecanismo utilizado es el de asociar un dígito verificador que es el número de RUT (un dato personal) a una *password* que genera el ciudadano.

¿Algunos ejemplos de autenticación en base a datos personales de los ciudadanos, donde los usuarios disponen de sistemas de autenticación de un *login* y una *password* (una clave y una contraseña) para acreditarse en línea?: "*...hoy disponen de tal mecanismo el Servicio de Impuestos Internos en relación con los contribuyentes; Chilecompras.cl en relación con los usuarios del sistema de compras públicas en línea; el Servicio Nacional de Capacitación y Empleo, en relación a su conexión con organismos de capacitación; y el Ministerio de Interior, en relación con el registro central de colaboradores del Estado y las Municipalidades*".

Sobre la legalidad de Derecho Público de la implementación de un sistema de autenticación, es el Decreto Supremo N° 77 del 2004, una norma técnica sobre eficiencia de las comunicaciones electrónicas entre órganos de la Administración del Estado y entre éstos y los ciudadanos, que establece que con la finalidad de proteger la confidencialidad de la información y cuando corresponda, se podrá adoptar un mecanismo de control de acceso o autenticación a las direcciones electrónicas que contengan las respuestas de la Administración del Estado.

Otra norma es el ya analizado Decreto Supremo N°100, que aprueba una norma técnica para el desarrollo de sitios web de los órganos de la Administración del Estado, y prevé desde el año 2006 -en la letra e) del artículo 9°- la posibilidad de que las personas puedan ejercer sus derechos en cuanto titulares de datos personales en línea, empero, para que el procedimiento pueda realizarse en línea, pone al organismo de la Administración del Estado -previamente o antes de responder las consultas de los ciudadanos- la carga de verificar suficientemente la identidad del solicitante que se conecte al sitio web y utilice la dirección electrónica de contacto que en él se publique. Es decir, se le obliga al servicio a autenticarlo, y la mejor forma de hacerlo es registrándolo previamente.

En principio pues, no es cuestionable jurídicamente la implementación de mecanismos de autenticación, y técnicamente está validado a cabalidad, salvo por

---

<sup>158</sup> A modo de ejemplo, véase la URL [www.jijena.com](http://www.jijena.com)

el hecho de que, *en primer lugar*, existe la propuesta en el Gobierno de crear, sin un respaldo legal ad hoc sino de facto, un único sistema nacional de autenticación de los ciudadanos, de manera tal que sea uno sólo el servicio público que administre la base de datos personales para la autenticación de los ciudadanos.

*En alguna minuta de trabajo de la Secretaría Ejecutiva de la Estrategia Digital que depende de la Subsecretaría de Economía*, se ha considerado que la opción conforme a la cual cada servicio público debería disponer de sistemas de autenticación propietarios para su relación con los ciudadanos atentaba contra los principios de eficiencia, eficacia y coordinación que el legislador establece para la Administración del Estado, porque disponer de tantos identificadores como servicios públicos existan entrabaría el funcionamiento de los mismos servicios implicados y desalentaría el uso de medios electrónicos como plataforma de comunicaciones entre los ciudadanos y los distintos órganos de la Administración del Estado, socavando toda pretensión de avanzar en la construcción de Gobierno Electrónico<sup>159</sup>.

Y *en segundo lugar*, también es cuestionable jurídicamente que se haya propuesto formalmente que los servicios públicos con menos desarrollo tecnológico puedan externalizar o traspasar a otro servicio público que asuma, bajo su responsabilidad, la gestión del sistema de autenticación propiamente tal y de la base de datos personales necesaria para implementarlo y mantenerlo.

Respecto a lo primero, nada podría cuestionarse si una ley general le asignara la competencia de ser el autenticador *on line* único -por ejemplo- al Servicio de Registro Civil.

---

<sup>159</sup> Jurídicamente, se argumentó en cuanto a que el actuar la Administración del Estado debe atenerse a la observancia de determinados principios, entre los cuales conviene detenerse en los de eficiencia, eficacia y coordinación; que si un determinado órgano de la Administración dispone de un mecanismo tal que su empleo por otra repartición no merma la eficacia y eficiencia en su empleo, no se observa obstáculo en permitir ello, sino que, antes al contrario, ello concreta el mandato legal; que la expresión coordinación -de la LBGAE- apunta a que el accionar de la Administración del Estado debe implicar una disposición metódica de las cosas, lo cual trasunta concertar medios, esfuerzos, etc., para una acción común; y que es una idea persistente del legislador el que la Administración del Estado haga un uso eficiente y eficaz de sus recursos, así como un empleo coordinado de éstos y del ejercicio mismo de sus funciones, a fin de evitar un dispendio de energías en la satisfacción del bien común. La minuta concluye en la necesidad de adoptarse un sistema de autenticación de usuarios en línea, común a los distintos servicios públicos, a efectos de generar condiciones proclives al incremento de iniciativas de Gobierno Electrónico eficaces, eficientes y coordinadas, tanto desde la perspectiva de los organismos públicos como de la propia ciudadanía.

En cuanto a lo segundo, que sería *-por ejemplo*<sup>160</sup> *- el caso de un ciudadano que quisiera entrar a la página web y al sitio transaccional de la Dirección del Trabajo y al pretender conectarse fuera reenviado telemáticamente al sitio web y a los sistemas del Minsegres, a espaldas o sin que el ciudadano visualizara que sus antecedentes no están siendo tratados, almacenados y confrontados en la Dirección del Trabajo sino en otro órgano del Estado. Esto es ilegal y contrario a derecho, porque el segundo -el Minsegres- no posee las competencias de Derecho Público necesarias para asumir la responsabilidad de gestionar los sistemas de autenticación ni las bases de datos personales del segundo -la Dirección del Trabajo-; además de que por mediar un engaño al ciudadano la opción debe ser desechada de plano.*

Técnica y jurídicamente, cada empresa o persona que quisiera interactuar con la Dirección del Trabajo generaría una comunicación en línea, de sistemas, que implicaría responsabilidades para el que autentica y para el que se autentica en base a datos personales como el RUT, y esas responsabilidades son las que en derecho debe velarse para que no le sean objetadas *-en el ejemplo-* al Minsegres, lo que ocurriría si asumiera externalizadamente funciones para las cuales no tiene competencia legal de Derecho Público y porque deben ser funciones privativas de la Dirección del trabajo.

La función sería, conceptualmente y siempre en nuestro ejemplo, la de validar datos personales, para tratarlos al respaldar identidades y autenticaciones legales en *"la puerta electrónica"* de la Dirección del Trabajo, verificando el carné de identidad, los poderes y los documentos de las personas o empresas que entraran al sitio web (...es decir, tratamiento o gestión de datos personales).

Cualquier análisis jurídico o Informe deberá hacerse cargo de la siguiente *hipótesis*: ...encontrar fundamentos legales para blindar o justificar en derecho el que el Minsegres (u otro servicio, por cierto) asumiera externalizadamente y con sus equipos y sistemas propios, la responsabilidad jurídica y la prestación del servicio de autenticación de los ciudadanos usuarios del sitio web de la Dirección del Trabajo, con el consiguiente trabajo de tratamiento de datos personales de los usuarios y/o ciudadanos.

En caso contrario, porque en materia de Derecho Público sólo puede hacerse aquello que está expresamente permitido y porque las competencias de Derecho Público no son ni amplias ni permisivas, lo obrado adolecería de nulidad absoluta, por violar normas constitucionales y legales que determinan la competencia legal para el actuar del Minsegres.

---

<sup>160</sup> Se trata de un ejemplo con ciertos visos de realidad, toda vez que en su momento la Dirección del Trabajo si trató de obtener que otro servicio público le prestara el servicio de autenticación de usuarios/ciudadanos, proyecto que no sabemos si se ha materializado a la fecha de este informe.

En nuestra opinión, el mayor obstáculo jurídico es el de intentar salvar la ilegalidad que conllevaría violar lo que preceptúa el artículo 20 de la ley 19.628, a saber, que el servicio externalizado tratara datos personales cuyo procesamiento es de competencia exclusiva y privativa -en el ejemplo- de la Dirección del Trabajo. Esta normativa no permite que sea un servicio público ajeno a la relación de Derecho Público entre los ciudadanos y la Dirección del Trabajo, el que opere respaldando identidades y gestiones legales en un ámbito que no es legalmente de su competencia; o dicho coloquialmente, no habilita para que el esté sistemática y habitualmente (7x24) en "la puerta electrónica" de la Dirección del Trabajo.

En efecto, al decir de un Informe interno de los asesores del Grupo Estrategia Digital, *"...el solo empleo de dispositivos de autenticación de usuarios supone algún tratamiento de datos personales de los mismos, cuando menos en lo concerniente a ingresos y egresos del sistema, esto es, datos de acceso, operación que queda afecta a las disposiciones de la Ley N° 19.628 sobre Protección de la Vida Privada. Tal ley, faculta a los organismos públicos para tal proceder, en tanto se realice en el marco de sus propias competencias y con sujeción a las disposiciones de la misma"*.

Porque, efectivamente y a mayor abundamiento, *"...el tratamiento de los datos personales que pueda implicar la implementación de la iniciativa deberá atenerse a las disposiciones de la Ley 19.628, tanto en cuanto a las obligaciones a que se encuentra afecto el organismo responsable del tratamiento de datos, como en cuanto a los derechos que corresponden al titular de los datos personales concernido"* o autenticado.

No es válido tampoco aludir al principio de la colaboración entre servicios públicos a que alude la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado. No basta -como se ha hecho en algún momento- hacer referencia sólo al artículo 3° que habla de la coordinación entre servicios públicos<sup>161</sup>, y omitir referirse al artículo 5° que expresamente alude a que los órganos del Estado deberán cumplir sus cometidos *"coordinadamente buscando la unidad de acción"*, porque esta normativa y el principio de colaboración no justifica el incurrir en ilegalidades de Derecho Público.

Dicho de otra forma y siempre en base al ejemplo de la Dirección del Trabajo, sería contrario a derecho el que un servicio público asuma los cometidos "de la Dirección del Trabajo" al margen de sus funciones de Derecho Público,

---

<sup>161</sup> Dispone el artículo 3° que la Administración del Estado está al servicio de la persona humana; su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley, y de la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal.



incurriendo en los costos y asumiendo -con las responsabilidades respectivas- un verdadero outsourcing tecnológico de la gestión de otro servicio público<sup>162</sup>.

Desde otra perspectiva, nadie discute que la Dirección del Trabajo puede automatizar sus procesos de comunicaciones electrónicas y de autenticación<sup>163</sup>. Es una obviedad. Puede hacerlo la Dirección del Trabajo y cualquier otro servicio público en Chile, en virtud de varias normas legales y reglamentarias, generales y particulares, tales como el artículo 3° de la ley 19.799, su reglamento o Decreto Supremo 181, la ley 19.880, la ley 19.886, el Decreto Supremo 77, los Decretos Supremos 81 y 83, el Decreto Supremo N°100, etcétera.

Poco aporta además afirmar que si hay autenticación en línea legalmente ello podría ser subsumido para el concepto de firma electrónica de la ley 19.799, el que es tan amplio que alude a "*cualquier mecanismo que permita identificar formalmente al autor de una firma,*" que puede aplicarse, aún cuando al autenticarse no exista propiamente firma<sup>164</sup>. Porque para la ley chilena el simple hecho de autenticarse legalmente es firma.

**2. Claves de acceso, RUT y direcciones IP: una necesaria distinción para llegar a la confidencialidad de los datos personales de conectividad a la red.**

Una variante de enorme aplicación práctica, sobre todo en caso de comisión de delitos informáticos de acceso no autorizado a un servidor de un servicio público -lo que está sancionado por el artículo 2° de la ley 19.223 y técnicamente se denomina "*hackeo*"- es la relacionada con la responsabilidad y la naturaleza tanto (i) de las claves secretas o *password* que generan los usuarios para asociarlas a su RUT e identificarse o autenticarse al acceder al sitio web,

---

<sup>162</sup> Por eso es, por ejemplo, que en Chile la Tesorería General de la República desarrolló su propio sistema validador *on line* de identidades al momento del pago de impuestos, aunque los contribuyentes sean los mismos que operan con el Servicio de Impuestos Internos.

<sup>163</sup> Como se ha dicho, "*...de acuerdo a lo sostenido sistemáticamente por la Contraloría General de la República, se encuentra permitido el uso de tecnologías de información por los organismos públicos, a efectos de apoyar la labor administrativa. Esta postura encuentra su fundamento en los principios de eficiencia y eficacia en el actuar de los organismos públicos, consagrados en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Con todo, el órgano contralor sostiene que tal uso es procedente siempre que se reúnan tres condiciones, a saber: (i) que se dé cumplimiento a las disposiciones que regulen el procedimiento de que se trate y en la medida que estas normas específicas no obstan a dicha posibilidad; (ii) que el servicio que pretende hacer uso de ellas cuente con la factibilidad técnica para implementarlas; y, (iii) que se adopten las medidas de resguardo necesarias para asegurar la veracidad e inviolabilidad de la información*".

<sup>164</sup> Porque es correcto entender que "*...un sistema de autenticación de usuarios permite identificar a una persona en un determinado entorno, en este caso, en las acciones que despliega en un sitio web, de modo que es posible identificar siquiera formalmente al autor de un determinado documento. Desde tal perspectiva, el sistema de autenticación hace las veces de dispositivo de firma electrónica*".

como (ii) de las llamadas "direcciones IP", que son el número identificativo que un ISP o proveedor de conectividad asigna a un usuario de la red Internet para navegar en ella y que permite identificar al computador desde el cual se llama para conectarse a un servidor determinado, en este caso de un servicio público.

Téngase presente: (i) las claves secretas las generan los ciudadanos que acceden al servidor del servicio público; (ii) la responsabilidad por la "confidencialidad" (no "privacidad") de ellas por regla general será del usuario que las genera; (iii) sólo surgiría responsabilidad para el órgano público si dichas claves se obtuvieran mediante el acceso no autorizado al sistema del servicio que las almacena para luego ser confrontadas; (iv) sea cual sea el número o la dirección IP desde que se conecte un ciudadano, se trata de datos personales de conectividad que identifican al usuario y que son asignados por el ISP en el marco de una relación de confidencialidad, reserva o secreto, y que al ser registrados automáticamente por el servidor del órgano de la Administración "llamado" digitalmente, quedan cubiertos durante su "tratamiento" por la obligación de secreto del artículo 7° de la ley 19.628.

### **2.1 Respecto a las direcciones IP.**

Ellas, asociadas al RUT de una persona, en síntesis permiten identificar al sistema desde el cual un usuario de la red Internet accede al sitio web. Constituyen en conformidad al artículo 2° de la ley 19.628 datos personales que identifican a un usuario<sup>165</sup>, le son asignadas por su respectivo proveedor de conectividad o ISP, y para el servicio público en cuyo sistema se registran automáticamente -porque es información que el programa navegador de la red le envía al sitio web visitado o accedido<sup>166</sup> constituyen legalmente -de cara a su tratamiento y eventual comunicación a terceros- datos sujetos a secreto o reserva, en conformidad al artículo 7° de la ley 19.628.

Esta norma establece que los funcionarios de los servicios públicos que trabajan en el "tratamiento" de datos personales están obligados a guardar secreto sobre los mismos, cuando provengan o hayan sido recolectados de fuentes no accesibles al público -y los servidores de la red Internet no poseen tal calidad-, como asimismo sobre los demás datos y antecedentes relacionados con la base de datos.

---

<sup>165</sup> La norma citada los define como los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables.

<sup>166</sup> Técnicamente, dependiendo de la configuración que viene por defecto o de la que defina el usuario, lo que el programa navegador envía al servidor es la dirección IP del proveedor de conectividad que se le asigna al usuario que se conecta, el nombre del sistema operativo que se está utilizando, y el nombre y la versión del programa navegador. Los sitios web que reciben estos datos declaran que sólo los utilizan para fines estadísticos, pero será una cuestión de hecho el precisar caso a caso si así ocurre con los sitios de los servicios públicos.

La misma norma citada, pero en sus artículos 2° letras c) y o), aclaran que el tratamiento que debe ser para el servicio público secreto comprende la imposibilidad de verificarse una comunicación o transmisión de datos a terceros, al definir esta operación como dar a conocer de cualquier forma los datos de carácter personal a personas distintas del titular, sean determinadas o indeterminadas.

La calidad de dato de conexión o de conectividad reservado de las direcciones IP es compartida y legalmente está así normado para las empresas ISP o proveedoras de conectividad, que por regulaciones de la Ley General de Telecomunicaciones e instrucciones de la Subsecretaría de Telecomunicaciones no son accesibles al público o a cualquier persona y están sujetas a una obligación de "reserva" para dichas empresas. Estas empresas asignan un rango a cada uno de sus clientes, y sólo revelan el antecedente de la dirección de internet desde la cual alguno se conecta previa orden o resolución de un tribunal o, en concreto, del Ministerio Público.

Es el *artículo 6° del Decreto Supremo 142 del año 2005*, sobre interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas y otras formas de telecomunicación, el que establece que los proveedores de acceso a Internet deberán mantener, "*en carácter reservado*" y a disposición del Ministerio Público o de toda otra institución que por ley esté facultada para requerirlo, un listado actualizado de sus rangos autorizados de direcciones IP y un registro, no inferior a 6 meses, de los números IP de las conexiones que realicen sus abonados.

Estas direcciones IP -por ende- no pertenecen al servicio público que es llamado o conectado en línea desde ellas, no son generadas por el órgano público ni con presupuesto público, y no son el parámetro que identifica a los ciudadanos cuando acceden auténticamente al sitio, porque esta funcionalidad es posterior e independiente, y se entrega a las ya mencionadas claves de acceso asociadas a un RUT.

## **2.2 Respecto a las claves de acceso.**

Toda página web de un servicio público debiera informar a los ciudadanos usuarios que, para la operatoria del mecanismo de autenticación que consista en la combinación del RUT con una clave, su generación y confidencialidad es de exclusiva responsabilidad del ciudadano.

Del mismo modo, si efectivamente un tercero usa su clave secreta en forma indebida y ello configura el delito de acceso no autorizado al computador del usuario del artículo 2° de la ley 19.223, es una situación de hecho a cuyo respecto el servicio público al cual posteriormente accedió quien no tenía derecho de usar la clave, no posee competencias legales para investigar, calificar ni denunciar judicialmente, porque no será un sujetos pasivo o víctima directas de delito

informático alguno, ya que no sería desde sus servidores donde se habrían obtenido en forma dolosa sus claves de acceso.

Un servicio público, en el caso anterior, o más propiamente respecto de sus sistemas de la red Internet, no incurre en responsabilidad alguna ni puede impedir eventuales accesos indebidos por parte de terceros no autorizados al efecto por un contribuyente, si es que dicho acceso se ha registrado formalmente en forma debida y mediante la clave de usuario registrada previamente por el contribuyente en la base de datos del órgano del Estado.

El órgano público además, no administra, actualiza o modifica dichas claves de acceso, y sólo está obligado a asegurar su confidencialidad en la medida que estén almacenadas en sus bases de datos, en especial por las exigencias del Decreto Supremo 83 del año 2005. Es por eso que la definición de seguridad publicada en cualquier página debiera señalar que la responsabilidad derivada de la falta de cuidado, de la indebida reserva, del mal uso o del uso por terceros autorizados o no por el usuario, ocasionándose o no perjuicios directos o indirectos o de cualquier especie, es exclusivamente del titular de dicha clave.

## **L. Prevenciones sobre la legalidad del proyecto Plataforma Integrada de Servicios Electrónicos del Estado (PISEE).**

1. En el ámbito del denominado Gobierno Electrónico, en Chile se está desarrollando una plataforma integrada de servicios ciudadanos o un sistema nacional de información ciudadana. Y el mismo gobierno lo ha calificado como un "*proyecto prioritario*"<sup>167</sup>, lo que hace necesaria su revisión legal.

Si el Estado debe permitir el acceso a los datos y documentos que le afectan o le interesan a los ciudadanos o administrados, razones de "*economía de gestión*" abonan que se le pueda ofrecer una opción que les permita en un sólo ámbito conectarse con todos los servicios públicos a la vez, para evitar acudir a cada servicio por separado. Previo a este objetivo, el primer paso es integrar a los diversos servicios públicos, lo que no resulta fácil por el diverso grado de desarrollo tecnológico de cada uno.

Se ha dicho que la interoperabilidad existe cuando mediante sistemas heterogéneos pueden intercambiarse procesos o datos, permitiéndose significativas ganancias en términos de *eficacia* y de *eficiencia*, y que en el

---

<sup>167</sup> Véase lo afirmado en las URL <http://www.edicionesespeciales.elmercurio.com/destacadas/detalle/index.asp?idnoticia=20090814152008&idcuerpo=> y <http://www.edicionesespeciales.elmercurio.com/destacadas/detalle/index.asp?idnoticia=20090814151771&idcuerpo=>

contexto del avance del gobierno electrónico, la interoperabilidad es hoy en día un objetivo deseado y buscado en todas las Administraciones Públicas. Con una plataforma integrada de servicios ya no se hablará sólo de la noción de 'conectividad'. El elemento clave se denomina '*Interoperatividad*' o '*Interoperabilidad*', es decir, asegurar que al asumirse en la Administración del Estado la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, los sistemas, los procedimientos y la cultura se administren maximizándose las oportunidades para el intercambio y la reutilización de la información.

A modo de ejemplo concreto, citamos: *"...una persona que va al Instituto de Previsión Social (IPS) a solicitar una Pensión Básica Solidaria, tendría que al menos llevar su certificado de nacimiento y el de cada hijo, más un certificado de la AFP y acreditar su residencia. Gracias a la plataforma, sólo tiene que llevar su cédula de identidad y solicitar el beneficio; ....lo importante es que a las personas no se les pida recopilar información que ya está en poder del Estado, por ejemplo, certificados de nacimiento, giro de empresas, estado civil o hijos"*.

Y como la generalidad de la información intercambiada a través de la plataforma es calificable como datos personales o nominativos, se justifica y se requiere levantar las observaciones existentes a esta fecha en cuanto a su falta de respaldo jurídica, las que de no ser subsanadas a la brevedad aconsejan se suspenda su operatoria.

**2.** Para plantear el reparo jurídico, repetimos lo anticipado a propósito del acápite sobre los convenios de intercambio de información nominativa entre servicios públicos.

Dijimos que legalmente la verificación de los convenios bilaterales de intercambio de información no merece reparo alguno, y que no se discutía la validez de una práctica que incluso desde hace años había sido validada por la Contraloría General de la República.

Afirmamos que los antecedentes relevados por la consultoría encargada por el Grupo de la Estrategia Digital de la Subsecretaría de Economía, enmarcados erradamente bajo el rótulo de *"puesta en marcha de la ley de procedimiento administrativo"* -con la cual no guardan relación jurídica-, no hicieron sino mostrar en forma sistemática los argumentos que los propios servicios públicos ya habían validado y levantado mucho antes, al momento de optar por celebrar entre ellos convenios bilaterales de intercambio de información. Por cierto, estos convenios pueden operar al margen o con prescindencia del uso de una pasarela que intermedie entre ellos.

En cuanto a la referencia a la ley 19.880 que señalamos como no relacionada jurídicamente con el proyecto y por ende con la consultoría, conforme a sus disposiciones no existen dudas sobre la posibilidad de operarse en forma electrónica en un ámbito específico, porque en los artículos 18 y 19 se alude

expresamente a la posibilidad de realizar procedimientos administrativos y mantener los expedientes con los actos administrativos en soporte electrónico o digital autenticado. Pero lo que carecía y carece de fundamento era invocar esta ley 19.880 como fundamento del mero intercambio de datos que caracteriza a la plataforma, *toda vez que en la PISEE no se realizan actos administrativos<sup>168</sup>, por su intermedio no se verifican procedimientos administrativos<sup>169</sup>, y en ella no se almacenan expedientes electrónicos con lo actuado procedimentalmente.*

Lo que debía y debe observarse jurídicamente no son los intercambios de datos con fines de servicio público entre los órganos de la Administración que a esta fecha se realizan mediante la pasarela o el canal llamado "PISEE", sino que lo reparado son las gestiones de Derecho Público sin respaldo normativo de la plataforma misma y las competencias y responsabilidades no establecidas en Derecho Público de los funcionarios y de las empresas externas que la administran. Dicho de otra forma: está operando en Chile una plataforma electrónica como la de [www.chilecompras.cl](http://www.chilecompras.cl) que facilita el intercambio de datos personales entre servicios públicos, pero sin una ley 19.886 ni otra norma legal que lo permita legalmente, sin que se cumpla el Decreto 83 en materia de seguridad de sistemas, y sin que los que gestionan reconozcan ser objeto de las exigencias de Derecho Público que le caben a los funcionarios públicos.

**3.** Es errada la cita de normas legales realizada por los asesores del Ministerio de Economía al intentar validar la gestión de esta instancia. Aluden a la ley 19.880 sobre procedimientos administrativos; a la ley 19.799 sobre firmas y documentos electrónicos, y a la ley 19.628 sobre protección de datos personales.

No aplica la ley 19.880 porque la PISEE no realiza procedimientos administrativos registrados en expedientes electrónicos, que es lo que validan los artículos 18 y 19 de la ley; no aplica la ley 19.799, porque no se usan sistemas criptográficos de "PKI"<sup>170</sup> para la firma electrónica de documentos de la misma naturaleza; y no aplica la ley 19.628 en sus artículos 4° y 20°, porque no existe servicio público alguno al cual se le haya asignado por ley la competencia exclusiva de Derecho Público para gestionar la plataforma y que califique como responsable de los sistemas mediante los cuales se transmiten telemáticamente datos personales.

Los mismos asesores olvidaron intentar buscar fundamento en un Decreto Supremo N°81 del año 2004, que aprobó una norma técnica para lograr que los

---

<sup>168</sup> Legalmente, los actos son las decisiones escritas que adopta la Administración, decisiones que son formales y que contienen declaraciones de voluntad realizadas en el ejercicio de una potestad pública.

<sup>169</sup> Legalmente, los procedimientos son una sucesión de actos trámite vinculados entre sí, emanados de la Administración o de particulares interesados, que tiene por finalidad producir un acto administrativo terminal.

<sup>170</sup> Es la sigla en inglés que alude al uso de claves y firmas digitales en un Infraestructura de Llaves Públicas y Privadas o de criptografía asimétrica.

documentos electrónicos del Estado sean interoperables en base a un mismo formato o esquemas de estructura; de haberlo hecho, tampoco habría sido una opción idónea porque acá lo regulado sólo es "*el contenido documental*" electrónico y no "*el canal electrónico*" para intercambiarse dichos documentos.

Lo que esta iniciativa de gestión y tratamiento electrónico de datos personales requiere, para no ser ilegal, es una norma como la ley 19.886 y su Reglamento, que validaron el sistema electrónico de *www.chilecompras.cl*.

**4.** El único soporte documental de validez en que descansa es un *Convenio Marco de diversos servicios públicos para participar en un plan piloto de implementación*, documento jurídico que por su naturaleza no es fuente de Derecho Público.

Sin entrar a su análisis detallado, cabe mencionar que se concibe a la Plataforma como un medio de traspaso de información, como un conector único y transparente para los servicios públicos, que asegura que la información se transmita encriptada, que permite que la información sobre los ciudadanos que poseen los servicios públicos esté disponible en otros órganos de la Administración, y que redirige la comunicación entre el servicio que se conecta o se sube a ella aportando o requiriendo datos, con el servicio a su vez solicitante o requerido -respectivamente- de datos personales.

Lo anteriormente referido en forma sumaria implica la realización de actividades de gestión y prestación de servicios públicos referidos al tratamiento de datos personales, que será de competencia exclusiva de esta plataforma en conformidad al artículo 20° de la ley 19.628, y que no se condice con otras afirmaciones del mismo Convenio tendientes a eximir de responsabilidad por la gestión, al aclarar que la PISEE no es una persona jurídica de Derecho Público, cuando, para operar responsablemente, debe serlo, bajo subordinación expresa de algún Ministerio. Más aún: no existe fundamento legal de Derecho Público para que, así como la plataforma de *www.chilecompras.cl* dependa jerárquicamente del Ministerio de Hacienda, la PISEE a esta fecha dependa de la Subsecretaría de Economía.

**5.** Los desarrolladores de la PISEE en la Subsecretaría de Economía declaran por la prensa haber contratado servicios legales para "*solucionar*" los aspectos legales de la PISEE. En Internet puede consultarse un resumen ejecutivo que se califica como la consultoría que entrega el respaldo legal para el funcionamiento del proyecto PISEE<sup>171</sup>.

---

171 Véase, en la URL [http://www.estrategiadigital.gob.cl/files/Guia\\_Metodologica\\_PMG\\_Gobierno\\_Electronico\\_2009.pdf](http://www.estrategiadigital.gob.cl/files/Guia_Metodologica_PMG_Gobierno_Electronico_2009.pdf), lss páginas 97 y ss.

Lo único que a esta fecha se ha realizado es la validación de la posibilidad de que bilateralmente los servicios públicos del plan piloto puedan intercambiar datos personales entre sí, pero estos estudios, de manera alguna y como expusimos en el acápite E de este Informe, validan la gestión de la plataforma y son un aporte novedoso. Tampoco era necesaria una segunda consultoría ya contratada, para concluir en que la única opción posible para validar la gestión de la PISEE es la de promulgarse una ley específica que regule la interoperabilidad proyectada en y para esta plataforma.

6. Otro aspecto reparable desde el punto de vista jurídico y de las responsabilidades, es que *la PISEE no cumple con las normas de seguridad del Decreto 83*. En consecuencia, (i) no existe un funcionario público responsable de la transferencia telemática de datos personales que por su intermedio se realiza; (ii) por definición conceptual la plataforma se considera una pasarela que no se responsabiliza por la intermediación; y, (iii) la gestión se ha externalizado en dos empresas tecnológicas particulares, a las cuales no se les fiscaliza y, hasta donde sabemos, salvo error u omisión, no se les ha obligado a suscribir contratos de confidencialidad y/o reserva ni de imposibilidad de cesión a terceros de cara al procesamiento de los datos personales de los ciudadanos.

7. En términos de los principios y el articulado de la ley 19.628, el proyecto PISEE (porque sólo eso es) está vulnerando el llamado "*principio de cesión*" o para nosotros de la transferencia telemática que realicen los servicios públicos.

En síntesis, si bien de acuerdo a este principio los datos personales que existan en una base pueden darse a conocer, y si bien se define comunicación o transmisión de datos personales como el dar a conocer de cualquier forma los datos nominativos a personas distintas del titular, sean determinadas o indeterminadas, se exige que el o los responsables del registro o banco de datos personales de los servicios públicos que participan en la plataforma cautelen los derechos de los titulares y que la transmisión guarde relación con las tareas y finalidades de los organismos participantes, como además, que se fiscalice que el servicio público receptor sólo pueda utilizar los datos personales para los fines que motivaron la transmisión.

Estas funciones, obligatorias en virtud de la ley 19.628, no son desarrolladas por la Subsecretaría de Economía, porque no posee las competencias de Derecho Público al efecto y porque la Plataforma se define "acomodaticamente" -lo que es una negligencia administrativa desde el punto de vista de la seguridad de sistemas- como una mera instancia de intermediación.



## PARTE SEGUNDA

### REGULACION DEL SISTEMA DE TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES (STDP) DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y UN INTENTO DE ARMONIZACION CON LA LEY 20.285.

#### A. Normas constitucionales, políticas legislativas y conflictos jurídicos diversos. Distinciones esenciales acerca del contexto de las leyes 19.628 y 20.285.

1. En Agosto del año 2008 se promulgó en Chile la ley 20.285 sobre transparencia de la función pública y acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado<sup>172</sup>, la que, junto con crear un nuevo órgano llamado "*Consejo para la Transparencia*", fue el resultado de una previa reforma constitucional. En Abril del 2009 se dictó su Reglamento complementario, el Decreto Supremo N°13, sobre acceso a la información pública.

La modificación a la Constitución Política de 1980 el año 2005<sup>173</sup> contempló la incorporación de un nuevo artículo 8°<sup>174</sup>, en cuya virtud y dentro del Capítulo acerca de las "*Bases de la Institucionalidad*", se estableció, en primer lugar, que el ejercicio de las funciones públicas en Chile obligaba a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.

En segundo lugar, se declaró perentoriamente que "*son públicos*" (i) *los actos y las resoluciones de los órganos del Estado*, (ii) *sus fundamentos* y (iii) *los procedimientos utilizados*, pudiendo establecerse por excepción y sólo mediante una ley de Quórum Calificado su reserva o secreto en consideración a cuatro determinadas y genéricas causales (lo que dejó sin respaldo legal a los múltiples Decretos de reserva y secreto dictados en años anteriores y lo que demuestra que el derecho de acceso no es absoluto).

<sup>172</sup> Véase la URL <http://www.habeasdata.org.cl/2008/07/28/proteccion-de-datos-personales-a-proposito-de-la-transparencia-y-el-derecho-de-acceso-a-la-informacion-del-estado/>

<sup>173</sup> La modificación se hizo en la misma época en que, por su parte, la Contraloría General de la República ya había consignado la existencia de app. 100 resoluciones que establecían secreto o reserva de actos administrativos.

<sup>174</sup> Por cierto, la importancia que le damos a la regulación constitucional no implica desconocer la relevancia de otros antecedentes previos como la Ley de Probidad Administrativa de 1999 que incorporó a la LGBAE el Principio de Transparencia, o los debates y recursos presentados contra el secreto o la reserva administrativa definida libremente vía Decretos, considerados aquellos desde siempre como la regla general, gracias al procedimiento administrativo de acceso a la información del Estado que también se creó en 1999 para el evento que un servicio público se negara a entregar una información que le fuera solicitada.

Esta piedra angular vino a fortalecer, para los ciudadanos, el llamado "*Derecho de Acceso a la Información relacionada con los actos y documentos de la Administración Estatal*"<sup>175</sup>, consagrado previamente -en 1999- en la Ley General de Bases de la Administración del Estado<sup>176</sup>. Y vino a aclarar que sólo el Parlamento y no los propios entes u órganos públicos -como ocurría en el pasado- será el llamado a establecer "*excepciones a la publicidad*" -es decir hipótesis de reserva o secreto- cuando ella afecte (i) *el cumplimiento de las funciones públicas*, (ii) *los derechos de las personas*, (iii) *la seguridad de la nación* o (iv) *el interés nacional*.

Dentro de la causal "*los derechos de las personas*" caben los reconocidos por el artículo 19 N°4 de la Constitución y por la ley 19.628 en el ámbito del tratamiento de datos personales o nominativos, que formen parte de la esfera y de la vida privada o íntima de una persona y de su familia. Esencial, genérica y principalmente, el derecho de acceder a ellos, de controlarlos y de autodeterminarlos al momento de su tratamiento o procesamiento -principal más no exclusivamente- electrónico, informático o telemático.

Por eso es dable sostener desde ya, sin entrar aún al análisis del articulado de la ley 20.285 -en general- y de su artículo 21 N°2 que alude a la esfera de la vida privada -en particular-, que la protección legal de tratamiento de datos personales es una limitante al ejercicio del derecho de acceso a la información administrativa del artículo 10° de la ley 20.285, ya que ellos, los datos nominativos, por regla general son protegidos constitucional y legalmente con una esfera de secreto o reserva. En efecto, si el objetivo esencial de la ley de acceso y transparencia ha sido lo que se refiere como un "*...abrir los espacios públicos al escrutinio ciudadano*"; o, como consigna SOTO, si "*la letra y el espíritu de la ley están contruidos para incentivar la apertura y la transparencia en el ejercicio de la función pública*", esa apertura, esa mayor sensibilización con la necesidad de exigirse y generarse rendiciones de cuentas ante la gestión de los servicios públicos, debe reconocer -necesariamente- límites y restricciones en la protección de la privacidad y de los datos nominativos de los mismos ciudadanos.

**2.** Desde la perspectiva de las garantías constitucionales en juego, cabe visualizar la necesidad de armonizar tres de ellas: la del 19 N°4, la del 19 N°12 y la del artículo 8°. Recuérdese lo afirmado al inicio de la Parte Primera de este Informe, cuando aludimos a la necesidad de lograr un equilibrio y establecer límites entre el derecho a la intimidad que consagra el artículo 19 N°4 de la

---

<sup>175</sup> Lo de "*piedra angular*" sería incluso validado por un fallo del Tribunal Constitucional, que ratificaría luego la existencia en Chile de "*un derecho constitucional de acceso a la información pública*".

<sup>176</sup> Las expectativas son altas, sobre todo si diversos autores le asignan a la transparencia un rol clave para el ejercicio de los derechos de las personas, para la modernización del Estado, y para el perfeccionamiento de la democracia.

Constitución y los derechos de acceso a la información consagrados en los artículos 19 N°12 y 8° de la Constitución de 1980.

Ergo, la interrogante a dilucidar o la hipótesis de trabajo y estudio puede ser la siguiente: *¿cómo conciliar "el Derecho a la Información" con "el Derecho a la Intimidad"?*; *¿cómo equilibrar por un lado la máxima libertad o acceso a la información con un adecuado resguardo de la privacidad?*.

Se trata de una cuestión importante -lo reiteramos- y no de meras disquisiciones teóricas o doctrinarias, porque si bien es cierto el Orden Público Social y Económico de una Nación requiere que tanto el Estado como los particulares manejen, conozcan o accedan a determinados datos personales, sea -por ejemplo- el Ministerio de Salud para fijarse políticas o asignarse beneficios de salud (*datos personales sensibles*) -lo que expresamente le permite la ley 19.397-, sea para evitarse la morosidad comercial (*datos personales patrimoniales negativos*), o sea para conocerse con transparencia la probidad de la gestión de los órganos de la Administración del Estado (*información de la gestión pública*), ...ello no puede traducirse, al extremo, en perjuicios contra las personas titulares e individualizados por sus antecedentes nominativos, personales y sensibles.

**3.** Hemos visto además que en Chile es al artículo 12° de la ley 19.628 el que consagra el llamado *Derecho de Acceso, Habeas Data o Habeas Scriptum*, un derecho -en nuestro país- sólo de rango legal y procesal -aún no constitucional-, que vino a desarrollar la *Garantía* o el *Derecho Público Subjetivo* del respeto -por la sociedad toda- y de la protección -por el ordenamiento jurídico- de la vida privada de la persona y su familia, que contempla y asegura para todas las personas el artículo 19 N°4 de la Constitución Política.

Por su intermedio cada titular puede requerir a quien sea el responsable de una base o banco de datos nominativos en un servicio público, conocer y corregir, modificar o actualizar la información computacional, tratándose de datos personales, nominativos, o relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables, particularmente si son antecedentes sensibles o referidos a características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como -dice la ley- sus hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual.

Y por su intermedio, se apunta sólo a un interés personal de control y autodeterminación, y nada se busca transparentar, en beneficio de la sociedad o para velar porque en el ejercicio de las funciones públicas se de cumplimiento al principio de probidad del artículo 8° de la Constitución.

4. "Acceso para la transparencia" de la información administrativa versus "acceso para la autodeterminación" de la información nominativa.

La distinción anterior puede también conceptualizarse desde el análisis de los diversos alcances del "*derecho de acceso a la información*".

Hasta la fecha el mayor grado de sensibilización en cuanto a las necesidades de acceso a la información derivaba del ejercicio profesional de los periodistas y los medios de comunicación social, tema que está regulado en Chile por la ley 19.773 sobre Libertad de Opinión e Información.

Pero el derecho a la información puede ser enfocado desde otras dos perspectivas, a saber, (i) la de los ciudadanos que quieren acceder a los documentos que almacenan y generan los órganos del Estado, los que en Chile se deben transparentar activa o pasivamente con fines de probidad en virtud de la ley 20.285, y, (ii) la de la posibilidad de que las personas controlen, autodeterminen y accedan a todos aquellos datos personales o nominativos que les afecten por referirse a ellos, a su vida privada, a su intimidad o privacidad, sean procesados manual o electrónicamente -"tratados" dice la ley 19.628- tanto por órganos públicos como por empresas particulares.

Dicho de otra forma: (i) una perspectiva -la de la ley 20.285-, apunta al objetivo de acceder a actos administrativos, contratos administrativos, documentos y resoluciones, para generar transparencia y publicidad ante el requerimiento de cualquier ciudadano y sin expresión de causa o motivo; (ii) la otra -la de la ley 19.628-, busca acceso para asegurar el control, la autodeterminación y la reserva de los datos o antecedentes nominativos de una persona determinada, legitimada activamente por estar en juego sus propios antecedentes personales, que le pertenecen y que lo identifican actualmente o lo hacen identificable a futuro.

5. Citados a exponer a la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados con ocasión de la tramitación del Boletín 6120 en curso, modificatorio de la ley 19.628, planteamos la necesidad de una distinción esencial<sup>177</sup>.

A saber: que el derecho de acceso que todos los ciudadanos poseen reconocido constitucional y legalmente para conocer los actos, contratos y documentos de los órganos de la Administración del Estado (y que es el *expertise* principal del Consejo de Transparencia a esta fecha), es *radicalmente distinto* al derecho de acceso o Habeas Data que posee desde 1999 toda persona para controlar y autodeterminar el uso y el eventual abuso únicamente de sus datos y antecedentes personales y nominativos, al tenor de las disposiciones de la ley 19.628.

<sup>177</sup> El contenido de la exposición puede verse en la URL <http://www.derecho.ucv.cl/jijenacam.pdf>

Dicho de otra forma: ...porque asegurar la "transparencia activa" que exige la ley 20.285 en sede de protección de datos personales no existe; al contrario, acá, para garantizar el respeto del artículo 19 N°4 de la Constitución debe evitarse el libre flujo de datos personales que no sean públicos o provenientes de fuentes públicas, y cuyo tratamiento no esté autorizado o por el propio titular o por la ley en forma supletoria de su voluntad.

Hicimos presente que lo que está en juego en el actual debate parlamentario es el tema de defender una garantía fundamental -el 19 N°4, el respeto y protección de la vida privada de las personas y sus familias-, que legalmente en Chile y de cara al procesamiento computacional de datos personales o nominativos, fue protegida con falta de idoneidad el año 1999 por la ley 19.628, lo que por cierto, se hace mucho más patente en el sector privado que en el sector público.

Por eso además, planteamos que sería importante que en paralelo avanzara la Moción que busca la "Constitucionalización del Habeas Data"<sup>178</sup>, porque este es el real nivel de protección jurídica -el de rango más alto en la pirámide normativa- que se necesita del ordenamiento jurídico chileno en materia de tratamiento de datos personales. En concreto, propone:

*“Artículo único: Modifícase el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República, agregándose los siguientes incisos segundo y tercero:*

*Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, los que deben ser tratados para fines concretos y específicos, con su propio consentimiento, o en virtud de otro fundamento contemplado en la ley, y tendrá asimismo, derecho a acceder a dichos datos, para obtener su rectificación, actualización o cancelación, según procediere. Una ley orgánica constitucional establecerá las normas para la debida aplicación de este derecho, como asimismo el órgano autónomo que velará por el cumplimiento de dicha ley y controlará su aplicación.”*

## **B. Contenidos esenciales de la ley 20.285 y su Reglamento.**

1. La norma legal consta de siete Títulos. El Primero contiene disposiciones generales; el Segundo, alude a la publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado; el Tercero a la denominada transparencia activa; el Título Cuarto, al derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado o a la transparencia pasiva; el Título Quinto, al Consejo

<sup>178</sup> Véase la URL <http://www.habeasdataorg.cl/2008/06/05/%c2%bfhacia-la-constitucionalizacion-del-habeas-data-en-chile/>

"para la Transparencia"; el Sexto establece infracciones y sanciones; y el Séptimo, contiene diversas disposiciones transitorias.

La síntesis de sus contenidos está dada en el artículo 1º, según el cual la ley regula (i) *el principio de transparencia de la función pública*, (ii) *el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado*, (iii) *los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo*, y (iv) *las excepciones a la publicidad de la información o las causales de reserva o secreto*.

Como ya anticipamos, se le ha denominado (en el número 4 del artículo 1º), por sus contenidos, la "*Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado* -en adelante ley de acceso y transparencia-, y se mencionan como aspectos concretos esenciales de ella (i) *las normas sobre transparencia activa*, (ii) *la regulación de la transparencia pasiva o del ejercicio del derecho de acceso* -que no es el Habeas Data de la ley 19.628, como ya vimos y a pesar de confusiones terminológicas detectadas recientemente en los Tribunales-, y (iii) *la perspectiva orgánica o la creación del Consejo de Transparencia*.

## 2. El Principio de la Transparencia de la función pública.

Está fundamentado y formulado en los artículos 3º y 4º. Según el primero la función pública "*se ejerce con transparencia*", de modo que permita y promueva el conocimiento *de los procedimientos, de los contenidos y de las decisiones* que se adopten en ejercicio de ella. Según el segundo, todas "*las autoridades*" -con prescindencia de la denominación con que las designen legalmente-, y todos "*los funcionarios de la Administración del Estado*", deberán dar estricto cumplimiento al principio de transparencia de la función pública.

¿En qué consiste?: según el inciso segundo del artículo 4º, "*...en respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley*".

## 3. Las definiciones conceptuales del artículo 5º.

Uno de los sólo dos artículos que componen el **Título II** de la ley, sobre la *Publicidad de la Información de los Órganos de la Administración del Estado*, es clave para luego entender el alcance de la información que en definitiva debe concluirse acerca de su necesidad -por un mandato legal obligatorio- de publicarse y transparentarse. Desde ya, digamos que se volverá sobre la idea de que ese alcance ni subsume ni comprende a los datos personales o nominativos, y que de

entenderse lo contrario, se estarían violando normas constitucionales y legales expresas.

A partir de citar el principio de transparencia de la función pública, dispone perentoriamente la norma que (i) *los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado*, (ii) *sus fundamentos*, (iii) *los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial*, y (iv) *los procedimientos que se utilicen para su dictación*, "son públicos", salvo las excepciones que establece esta ley en el artículo 21 y las previstas en otras leyes de quórum calificado. Previamente, el artículo 4º anterior da elementos claros para entender qué se está exigiendo, y señala que el principio de la transparencia consiste en respetar y cautelar la publicidad de "los actos", de "las resoluciones", de "los procedimientos" y de los "documentos" de la Administración, incluyendo "los fundamentos" de todos.

Se agrega en el inciso segundo el artículo 5º, que "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<sup>179</sup>.

Estimamos que esta referencia a "toda otra información" debe entenderse en el sentido del inciso primero, es decir, que se trate de antecedentes que den cuenta de la gestión de los servicios públicos y no de datos personales. Si la ley 20.285 ha demostrado un gran celo y cuidado de los datos personales en los artículos 7º letra e), 21 N°2 y 5º y 33 letra m), de haberse querido incluir en esta enumeración genérica a los antecedentes nominativos de los ciudadanos se habría hecho expresamente. Por cierto, el punto de este posible alcance del inciso 2º del artículo 5º nunca fue debatido durante la tramitación parlamentaria de la ley, y por ende debe ser analizado con extrema rigurosidad.

Volveremos en extenso sobre estas expresiones, para descartar subsumir en ellas a los datos personales o nominativos de los ciudadanos y/o de los propios funcionarios públicos.

#### 4. Las hipótesis de "transparencia activa" y las de "transparencia pasiva".

Se ha conceptualizado a la "**Transparencia Activa**" del artículo 7º (ya en el **Título III**) de la ley 20.285 como un deber positivo que recae sobre los órganos de la Administración, para otorgar regularmente o en forma permanente, actualizada

---

<sup>179</sup> La Moción Parlamentaria que originó la ley aludía al derecho al libre acceso a las fuentes públicas de información, entendido como la posibilidad real de la ciudadanía para tomar conocimiento de los actos de la Administración y de la documentación que sustenta tales actos.

y sistematizada publicidad *on line* -mediante sus sitios web de la red Internet- a un conjunto de información administrativa considerada por la ley 20.285 como de mayor relevancia, ya que además de "*respetarse y garantizarse*" el derecho fundamental del acceso a la información y de transparencia él también debe "*promoverse*".

Desde otra perspectiva, ya no sólo de la de una carga legal para los servicios públicos sino la de la consagración de un derecho específico para los ciudadanos, se considera que la "**Transparencia Pasiva**" es el deber que recae sobre los servicios públicos para entregar la información que posean o que generen fruto de sus funciones y actividades, cuando ello les sea solicitado por los administrados en conformidad al procedimiento contemplado en los artículos 12° y ss. de la ley de transparencia y acceso a la información<sup>180</sup>.

Salvo, por cierto, que concurra alguna de las causales de secreto o reserva que -en conformidad al artículo 21- habilitan para denegar parcial o totalmente el acceso a la información. Dentro de estas causales, veremos en particular la de los números 2°<sup>181</sup> y 5°<sup>182</sup>, que se relacionan con los derechos personales de los administrados que eventualmente puedan verse afectados.

**5.** Es en el **Título IV** donde se regula el "*Derecho de Acceso a la Información de los Órganos de la Administración del Estado*", y el artículo 10°, al inicio, establece como principio fundamental que toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece la propia ley 20.285.

Agrega -como ya vimos- que el acceso a la información comprende el derecho de acceder (i) "*a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos*", así como -en segundo lugar- (ii) "*a toda información elaborada con presupuesto público*", cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga y salvo las excepciones legales.

Y lo establecido en el artículo 10° es concordante o se funda en la letra b) del artículo 11, que consagra el "*Principio de la libertad de información*", de

---

<sup>180</sup> Con esta norma se inicia la regulación un procedimiento administrativo especial de acceso a la información. Ante la negativa, los artículos 24 y ss contemplan el reclamo de amparo ante el Consejo de Transparencia.

<sup>181</sup> Alude a cuando la *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.*

<sup>182</sup> Se refiere a cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8° de la Constitución Política, esto es, al evento que la publicidad afecte "*el debido cumplimiento de las funciones de los órganos del Estado*", "*los derechos de las personas*", "*la seguridad de la Nación*", o "*el interés nacional*".



acuerdo al cual por regla general toda persona goza del derecho a "acceder a la información que obre en poder de los órganos de la Administración del Estado".

**C. Hipótesis de trabajo y/o planteamiento general acerca de la armonización jurídica. La protección legal del tratamiento de datos personales en los servicios públicos debe considerarse como una limitante al derecho de acceso a la información administrativa.**

1. Debemos ahora circunscribirnos a la necesidad de determinar y conciliar las relaciones existentes entre el llamado **Derecho de Acceso a la Información del Estado**, que es el ámbito de las normas y principios del artículo 8° de la CPE y de la ley 20.285, con el llamado **Derecho de Acceso o Habeas Data** que cada persona posee para proteger su privacidad, controlar y autodeterminar el uso y el procesamiento de sus datos personales o nominativos, porque le pertenecen y porque lo identifican o individualizan, derecho regulado constitucionalmente por el artículo 19 N°4 de la CPE y por la ley 19.628 de 1999.

Porque el derecho de acceso que todos los ciudadanos poseen reconocido constitucional y legalmente para conocer los actos, contratos, resoluciones y documentos del Estado, sin que se les exija expresión de causa o motivo, es radicalmente distinto al derecho de acceso o habeas data que debe poseer toda persona para controlar y autodeterminar el uso y el eventual abuso sólo o exclusivamente de sus propios datos y antecedentes personales o nominativos.

Hay algunas ideas centrales o propuestas sobre las cuáles se hace necesario reflexionar y, en la medida de lo posible, consensuar un criterio, de cara al necesario equilibrio o conciliación, tales como:

(i) ...la protección de datos personales de los ciudadanos (y de los propios funcionarios públicos) debe ser un límite al derecho de acceso a la información, pero considerando caso a caso y la especial naturaleza del dato personal involucrado;

(ii) ...las leyes de acceso a la información necesariamente deben ser compatibles con las de privacidad y datos personales; y,

(iii)...la protección de datos personales no debe usarse "de manera general y sistemática" para no abrir información del Estado, ya que la restricción al acceso de ciertos y determinados antecedentes referidos a los ciudadanos y a los funcionarios públicos puede amparar actos de corrupción, lo que por cierto, también debe resolverse caso a caso o en forma individual según cuál sea la especial naturaleza del dato personal pedido de acceso.

2. En Chile resulta clave definir hasta dónde llega o cuál es el alcance jurídico de la referencia a *"todo otro tipo de información que obre en poder de la Administración o que sea elaborada con fondos públicos"*, de los artículos 5° y 10° de la ley 20.285, para entender -o no (que es nuestro parecer)- que los datos personales *-per se-* no se deben considerar incluidos junto a los actos, contratos, resoluciones, procedimientos y documentos que deben ser públicos al estar en poder de los servicios públicos y accesibles para cualquier persona que los solicite, sin expresar causa o motivo legítimo<sup>183</sup>.

La misma idea o la misma formulación está dada a nivel del principios en el artículo 11°, que consagra en la letra c) el *principio de apertura o transparencia*, conforme al cual *"toda la información en poder de los órganos de la Administración del Estado"* se presume pública, salvo leyes de quórum calificado que establezcan lo contrario. Esta presunción de publicidad no puede extenderse, con fundamento jurídico serio, a los datos personales o nominativos.

Si a un servicio público se le solicitan directamente en sede de la ley 20.285 los nombres de los habitantes de una comuna, sus domicilios, sus direcciones de correo electrónico, sus profesiones, sus propiedades o sus estados de salud la respuesta debiera ser el rechazo, teniendo como fundamento o por este sólo hecho de tratarse de datos personales excluidos de las causales de solicitud, y antes de entrar al análisis de fondo en cuanto a la procedencia de la causal de reserva del artículo 21 N°2.

Lo anterior puede ser expresado a modo de fórmula: ...si dado lo que disponen el artículo 8° de la Constitución, el artículo 7 letra i), el artículo 21 números 2° y 5° y el artículo 33 letra m) se concluye que el Constituyente el legislador de la ley 20.285 fueron sensibles -desde el punto de vista de la Política Pública regulada- a la necesidad de proteger los datos personales y en definitiva la privacidad de los administrados, ...el alcance de los artículos 5° y 10° de la misma ley no puede interpretarse para comprender o subsumir dentro de la información que debe transparentarse, entregarse sin motivo o causa o publicarse a los datos nominativos de los ciudadanos, que no serían una especie de aquella *"toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración"* o de aquella referida como *"toda información elaborada con presupuesto público"*.

3. Es clave pues, lo reiteramos, el definir hasta dónde llega o cuál es el alcance jurídico de la referencia a *"todo otro tipo de información que obre en poder de la Administración o que sea elaborada con fondos públicos"*, de los artículos 5° y 10°, para decidir si hacemos primar la normativa sobre derecho de acceso -o no- por sobre la confidencialidad y restricciones que establece la ley 19.628 para proteger a los titulares de los datos personales procesados computacionalmente

---

<sup>183</sup> Es, por cierto y lo repetimos, y salvo error u omisión, una discusión que no se presentó ni se resolvió durante el debate parlamentario que originó la ley 20.285.

-incluso con una carga legal expresa de secreto en su artículo 7°-, sean dichos datos de los ciudadanos, sean de los propios funcionarios públicos<sup>184</sup>.

4. Pero a las dos posibles interpretaciones anteriores que no compartimos (*entender ...que prima la ley 20.285 y ...que dentro del concepto de "información del Estado" caben los datos personales de los ciudadanos*), se oponen, en nuestra opinión, los artículos 7° letra e), 21 N°2, el 21 N°5, el 33 letra m) de la ley 20.285, el artículo 8° de la Constitución, el artículo 19 N°4 de la Carta Fundamental y la ley 19.628, normas que obligan a que se protejan los derechos de las personas y la esfera de su vida privada y a que se respete la ley 19.628 en el Sector Público, debiendo -precisamente- velar el Consejo de Transparencia por su cumplimiento y aplicación.

Adicionalmente -es otro argumento-, si retomamos el inciso segundo del artículo 5° de la ley 20.285 cuando establece que *"es pública... toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración"*, y tenemos presente la definición esencial del contenido del principio de transparencia del inciso segundo del artículo 4°<sup>185</sup>, debe concluirse que sólo será pública la información administrativa que por su naturaleza sea factible de *"facilitarse su acceso"* a cualquier persona, sin que se le exija a ella expresión de causa o motivo al solicitar conocerla. Pues bien, esta condición no concurre -por regla general- respecto de los datos personales o nominativos de los administrados que sean tratados por los servicios públicos<sup>186</sup>, porque ellos, también por regla general y en conformidad al artículo 12° de la ley 19.628 sólo son accesibles para su propio titular, y porque a su respecto existe -para los responsables del tratamiento en el órgano administrativo- la obligación general de secreto del artículo 7° de la misma ley.

5. Por todo lo dicho -*en el acápite de la letra A más arriba y en este acápite C-*, no es dable compartir que se considere que cuando un titular de datos personales ejerza el Habeas Data procesal del artículo 12 de la ley 19.628 ante el responsable del registro o banco de datos de un servicio público, para o con la finalidad de controlar y autodeterminar el tratamiento sólo de sus propios datos nominativos -en definitiva, para velar por la protección de su privacidad o

<sup>184</sup> Téngase presente que, en relación a los funcionarios públicos, en sede de transparencia activa se publican sus remuneraciones, que ellas no se asocian a los RUT, y que en sede de transparencia pasiva el Consejo a esta fecha ya ha resuelto entregar sus calificaciones.

<sup>185</sup> La norma señala que *el principio de transparencia de la función pública consiste en respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley.*

<sup>186</sup> La excepción estará dada por los datos personales que provengan de fuentes públicas a cuyo respecto el servicio público tenga competencia para darlos a conocer, o cuando estemos frente a datos personales contenidos en documentos como certificados o resoluciones que, también por ley, sea de la competencia exclusiva del servicio público el emitirlos (v.gr. Registro Civil, TGR, Aduana, SII, etcétera).

intimidad- ...existiría jurídicamente "*coincidencia eventual*" con las causales de acceso del artículo 10° de la ley 20.285<sup>187</sup>-<sup>188</sup>. El acceso a la información administrativa además puede ejercerlo cualquier persona y no sólo el titular de los datos personales, y este principio es inaceptable en sede del Instituto de la Protección de Datos Personales de la ley 19.628.

Menos fundamento jurídico posee afirmar que el acceso de la ley 20.285 tendría un carácter "*general*" y que el habeas data de la ley 19.628 sería una "*particularidad*" (*¿o especie?*), cuando ocurre que su naturaleza jurídica, sus requisitos de procedencia, su objeto, su ámbito de aplicación y su fundamentación son totalmente distintos.

Dicho de otra forma: no tienen por donde coincidir "*jurídicamente*", y esa atribuida "*generalidad*" no puede -con fundamento jurídico claro, apoyándose en al análisis del debate parlamentario o en la historia de la ley- incluir a los datos personales o nominativos en los artículos 4°, 5° y 10° de la ley 20.285, sea que los solicite un tercero sin motivo o causa, sea incluso que los requiera su propio titular en sede de la ley de acceso y transparencia.

También resulta cuestionable, jurídicamente hablando, sostener -como se hace en la misma propuesta en comentario- que lo que encarga el Ordenamiento Jurídico -es decir la ley 20.285 y el artículo 8° de la Constitución- al Consejo para la Transparencia es la competencia de velar por un "*acceso universal a la información*", tanto a una que -clasificando- se califica de "*naturaleza privada*" y a la que sólo podría tener acceso el titular para el ejercicio de sus derechos-, como a una llamada "*de naturaleza pública*", con miras al control social del accionar público<sup>189</sup>.

Es efectivo que el artículo 33 letra m) lleva al Consejo a velar porque los servicios públicos cumplan con la ley 19.628 en materia de protección de datos

---

<sup>187</sup> Véase la propuesta en la URL [http://www.consejotransparencia.cl/prontus\\_consejo/site/artic/20091214/pags/20091214173541.html](http://www.consejotransparencia.cl/prontus_consejo/site/artic/20091214/pags/20091214173541.html)

<sup>188</sup> La propuesta concretamente se fundamenta de esta manera: "...Lo anterior, pues el artículo 10 de la Ley de Transparencia dispone que "Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley". Y agrega que "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".

<sup>189</sup> Cuándo una información sería de naturaleza "*pública*" y cuando "*privada*" es algo que los abogados que formulan la propuesta no aclaran en forma debida y que se hace necesario.

personales<sup>190</sup>, pero esta facultad, como veremos, se contempló o se agregó en forma paralela o al margen de la previa institucionalidad del acceso a la información de la gestión del Estado cuya probidad se busca controlar, y *no se puede extender al punto de considerar que estamos -en virtud del sólo artículo 33 letra m)- frente a la nueva Autoridad o Agencia de Protección de Datos chilena y que el Consejo, por ende, tenga competencia procesal y administrativa para conocer de reclamos en que se invoque la no aplicación o respeto de la ley 19.628*. Los cambios, para el futuro, en este sentido, son los que contiene el Boletín 6120 tantas veces mencionado.

La concreta posibilidad legal para que sólo su titular acceda a datos personales tratados por los servicios públicos y solicite conocerlos e incluso su eventual rectificación, modificación, cancelación, eliminación o bloqueo es la vía de la ley 19.628, y cualquier servicio público al que se recurra con este único objetivo invocándose el artículo 10° de la ley 20.285 y luego el Consejo conociendo del eventual amparo de acceso del artículo 24, debieran rechazar la solicitud por no tratarse de la vía jurídica idónea por medio de la cual recurrir. Más que ser complementarios ambos derechos de acceso, lo que jurídicamente ocurre es que el Habeas Data de la ley 19.628 prima por especialidad, y que el acceso de la ley 20.285 no es una acción amplia o "*universal*" que pueda sustituir o comprender a la anterior.

Otra cosa es -porque cambia el escenario del análisis- si se solicita el acceso a un concreto acto administrativo que en su contenido tenga datos nominativos de una persona natural o de una persona jurídica (v.gr. la asignación de una pensión de salud, la designación de un postulante a un cargo público, la aplicación de una sanción administrativa, la adjudicación de una licitación, etcétera).

Por cierto, a esta fecha el Consejo ha considerado tener competencia para conocer del reclamo respecto de los datos personales de un solicitante, *con la muy especial particularidad de que no era un tercero cualquiera que accionara sin expresar causa o motivo* (como lo permite el artículo 11 letra g) de la ley 20.285), *sino que era el propio postulante y titular de los datos el que quería acceder a los resultados de su evaluación personal*.

Dichos exámenes además habían sido parte de los fundamentos tenidos en vista en un proceso administrativo de postulación a un cargo en un servicio público -que podría no haber sido transparente o probo y a cuyo respecto se buscaba publicidad-, y concretamente para la dictación del acto administrativo final de

---

<sup>190</sup> Y así por ejemplo, debiera instruir para que los servicios fueran ágiles al contestar los Habeas Data del artículo 12 antes de las 48 horas o de los dos días hábiles que establece el artículo 16 de la ley 19.628 y de que el ciudadano recurrente acudiera a los tribunales.

selección<sup>191</sup>. En este particular y excepcional caso<sup>192</sup>, al solicitante y recurrente de amparo no podría aplicársele la causal de reserva o secreto del artículo 21 N°2 porque precisamente se trataba de sus antecedentes, y el Consejo determinó la procedencia de la entrega de la información<sup>193</sup>.

*¿Pero si la solicitud de acceso a la información la hubiera presentado una persona distinta del titular de los datos, habría el Consejo aceptado la concurrencia de la causal del artículo 21 N°2<sup>194</sup> y denegado el acceso a la información?*

6. También será clave definir si las bases de datos de los órganos de la Administración son o no de aquellas fuentes públicas de datos personales que define la ley 19.628 -cuestión analizada en la *Parte Primera* de este Informe-, porque de serlo o de interpretarse a su respecto su libre disponibilidad o accesibilidad, se entendería -lo que sería inconstitucional e ilegal a nuestro parecer- que no existen restricciones legales para los servicios públicos que "traten" computacionalmente datos nominativos, como son, al tenor de la ley 19.628, la obligación de guardar secreto del artículo 7° o la de usar los datos nominativos de los ciudadanos sólo para los fines que fueron recopilados, del artículo 9°.

7. Todo lo anterior debe ser considerado antes y en paralelo o durante el cumplimiento de la obligación que recae sobre el Consejo de Transparencia para, conociendo de un amparo al derecho de acceso, realizar lo que se ha denominado como un "*test de transparencia, de interés público, de equilibrio o de daño*"<sup>195</sup>, esto es, en esencia, el realizar un balance de la mano del principio de la proporcionalidad entre el interés que pueda existir para dar publicidad a una información administrativa determinada con el interés en mantenerla reservada o

<sup>191</sup> Véase la Decisión de Amparo N°A29-09 en la URL [www.consejotransparencia.cl](http://www.consejotransparencia.cl). En este caso, no se solicitaron en forma directa los datos personales sino el acceso a un acto administrativo, lo cual permitía aplicar el artículo 10° de la ley 20.285

<sup>192</sup> Caso en el cual, además, téngase muy presente que no se estaba invocando como fundamento de la petición de acceso la causal "*cualquiera otra información que obre en poder del servicio o que se elabore con presupuesto público*" sino en que se solicitó el acceso a un acto administrativo específico.

<sup>193</sup> Haciendo aplicación de la normativa relativa a la protección de datos, el Consejo determinó que es claro el artículo 2° ñ) de la Ley N°19.628, sobre protección de datos personales, que entiende por titular a la persona natural a la que se refieren los datos de carácter personal, y que en consecuencia el requirente tenía derecho a conocer su evaluación personal, con excepción de las referencias de terceros.

<sup>194</sup> Es la que permite negar el acceso 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.

<sup>195</sup> Véase la URL [http://www.redipd.org/reuniones/encuentros/IV/common/mexico\\_acceso\\_definitivo.pdf](http://www.redipd.org/reuniones/encuentros/IV/common/mexico_acceso_definitivo.pdf), donde se encuentra el documento "*Acceso a la Información Pública y Protección de datos Personales*", adoptado en México el año 2005 en el contexto del IV Encuentro *Iberoamericano* de Protección de Datos.

retenerla; o dicho de otra forma, se trata de *"determinar si el beneficio público resultante de conocer la información solicitada es mayor que el daño que podría ocasionarse al ser ella revelada"*.

Aplicado este recurso a la protección de datos personales, conceptualmente habría que usar el test sólo cuando en una solicitud de acceso a información administrativa se presente el caso que el documento, el acto, la resolución o el contrato contengan datos que sean de carácter personal, sensibles o nominativos, referidos tanto a una persona natural como a una jurídica y aún cuando la ley 19.628 no ampara a las fictas sino sólo a las físicas<sup>196</sup>, lo que obliga -al órgano requerido primero y sobre todo al Consejo de Transparencia después- a decidir si prevalece la protección de la esfera privada -la causal del artículo 21 N°2 en concreto- o el interés público en dar a conocer la información solicitada<sup>197</sup>.

Nosotros sostenemos que, si el Consejo se enfrenta a la opción de resolver si es jurídicamente procedente dar a conocer una información administrativa que contenga datos personales o nominativos<sup>198</sup>, o si derechamente se piden tales datos en forma directa (...v.gr. las direcciones o los domicilios de un funcionario público, los RUT de los propietarios asociados a los roles de avalúo de las propiedades que se poseen<sup>199</sup>, los correos electrónicos de los ciudadanos, la

---

<sup>196</sup> Esto, lo sostenemos porque la causal del artículo 21 N°2 no debería entenderse restringida sólo a la esfera privada de las personas naturales.

<sup>197</sup> Y por cierto, como veremos dos acápite más abajo, la misma herramienta deberá usarse si efectuada la evaluación se percibe que existen derechos de terceros que puedan verse afectados, porque, como se ha consignado, *"...la Ley de Transparencia establece la obligación del órgano requerido de notificar al tercero, el que puede oponerse a la entrega de la información en forma escrita y con expresión de causa, y la posibilidad de invocar la causal de reserva del numeral 2 del artículo 21 de la Ley N°20.285. Luego, si el solicitante no estuviere de acuerdo, deducirá el reclamo correspondiente, y será, en definitiva, el Consejo para la Transparencia quien tendrá que decidir si prima el interés público en conocer la información o el interés personal que implicaría denegarla"*.

<sup>198</sup> Un ejemplo: el Consejo de Transparencia ha ponderado ambos derechos en un amparo al derecho de acceso a la información interpuesto contra de la Dirección Nacional del Servicio Civil, que negó el acceso a la información relativa al proceso de selección implementado para proveer el cargo de Subdirector de Estudios y Desarrollo del Servicio de Registro Civil e Identificación (Decisión Amparo N°A35-09). Estimó que respecto de los dos postulantes que no se opusieron a la entrega de su identidad ni informaron el traslado conferido, podría aplicarse la obligación de secreto del artículo 7° de la ley 19.628 declarando que sus identidades eran reservadas; pero optó por la publicidad, ya que el inciso final del artículo 20 de la ley 20.285 dispone que de no deducirse oposición por parte de la persona potencialmente afectada por la difusión de una determinada información dentro de los tres días desde que fue notificada de la solicitud se entenderá que accede a la publicidad de dicha información. Lo anterior, por la especialidad otorgada a la ley de acceso y transparencia y por el interés público existente en conocer el funcionamiento del Sistema de Alta Contratación Pública.

<sup>199</sup> Respecto a los datos sobre bienes raíces debe resguardarse la confidencialidad: tanto de (i) la información catastral asociada o conteniendo los datos relativos a roles de avalúo más nombre y/o RUT de los propietarios -lo que demuestra patrimonio y constituyen datos personales positivos sujetos a la obligación de secreto del artículo 7° de la ley 19.628-; como (ii) el resultado de asociar los datos de domicilio y roles de avalúo, por cuanto sin autorización previa de los ciudadanos tales antecedentes podrían usarse con el fin de realizar promociones comerciales.

nómina de enfermos de SIDA, etcétera), y lo hace además un solicitante que no es el titular de los datos nominativos y que recurre de amparo al acceso sin haber expresado motivo, causa o legítimo interés, siempre debiera denegarse la solicitud y rechazarse el amparo, haciéndose primar el Instituto de la protección de la privacidad, (i) en razón de la obligación de velar por el cumplimiento de la ley 19.628 que es de competencia del Consejo y (ii) en virtud de la causal del artículo 21 N°2 de la ley 20.285.

**D. La protección de los datos personales-sensibles de los ciudadanos es una excepción a las normas de transparencia activa del artículo 7° de la ley 20.285.**

1. El Título III de la ley 20.285 se denomina "*De la Transparencia Activa*", y el artículo 7° establece expresamente que los órganos de la Administración del Estado señalados en el artículo 2°<sup>200</sup>, deberán mantener a disposición permanente del público, a través de sus sitios web electrónicos de la red Internet<sup>201</sup>, diversos antecedentes actualizados, al menos, una vez al mes.

De cara al STDP de los servicios públicos, deben revisarse las letras d) e i).

La primera, dispone que lo mantenido *on line* serán la planta del personal y el personal a contrata y a honorarios, con las correspondientes remuneraciones.

---

Si bien es cierto en cada Municipio pueden consultarse los roles de avalúo de cada comuna sin ser asociados a la identidad de los propietarios -porque deben ser publicados por ley-, es radicalmente distinto no entender que si otros servicios públicos en Chile si los poseen sistematizados y asociados a los datos de sus propietarios es únicamente para aplicar, determinar y cobrar el impuesto territorial, que es la finalidad de servicio público que genera la competencia de la TGR y del SII, y que a su respecto rigen obligaciones de secreto y de confidencialidad porque son datos personales o nominativos.

<sup>200</sup> Señala: "*Las disposiciones de esta ley serán aplicables a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones, los gobiernos regionales, las municipalidades, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa. La Contraloría General de la República y el Banco Central se ajustarán a las disposiciones de esta ley que expresamente ésta señale, y a las de sus respectivas leyes orgánicas que versen sobre los asuntos a que se refiere el artículo 1° precedente. También se aplicarán las disposiciones que esta ley expresamente señale a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio. Los demás órganos del Estado se ajustarán a las disposiciones de sus respectivas leyes orgánicas que versen sobre los asuntos a que se refiere el artículo 1° precedente*".

<sup>201</sup> No son muchas las definiciones legales de temas tecnológicos; en este caso, el número 6 del artículo 1° dispone que los sitios electrónicos "*también denominados sitios web*", son dispositivos tecnológicos que permiten transmitir información por medio de computadores, líneas telefónicas o mediante el empleo de publicaciones digitales.



La segunda, que cuando dispone transparentar activamente *"...el diseño, montos asignados y criterio de acceso a los programas de subsidios y otros beneficios que entregue el respectivo órgano, además de las nóminas de beneficiarios de los programas sociales en ejecución"*, ...consagra, como excepción legal y para proteger a los beneficiarios, una referencia expresa al artículo 2° de la ley 19.628 que se transcribe, al decir que *"no se incluirán en estos antecedentes los datos sensibles, esto es, los datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen social, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual"*.

Esta última opción, la de mantener el resguardo de los datos sensibles o personalísimos de los beneficiarios de los subsidios, coincide con el artículo 10° de la ley 19.628, que establece como regla general la imposibilidad de su tratamiento. Fue un aporte que en el trabajo parlamentario se incluyó casi al final de la tramitación legislativa, en una Comisión Mixta de Enero del año 2008 y a instancias de los Honorables Senadores *Larraín* y Diputados *Cardemil* y *Eluchans*. Junto con incorporarse como antecedentes que debían estar siempre y activamente a disposición del público las nóminas de los beneficiarios de los programas sociales en ejecución, se tuvo la preocupación de reproducir el artículo 2° letra g) de la ley 19.628 para excluir a sus datos sensibles de dicha publicidad.

El Reglamento de la ley, a su turno, en el Título VI sobre elementos de la Transparencia Activa y en concreto sobre la letra i), sólo reitera que dentro de los datos o antecedentes de los beneficiarios no se incluirán los datos sensibles, y aclara que por *"beneficiario"* debe entenderse a la persona natural o jurídica, a la asociación o a la entidad que sean destinatarios directos de los programas sociales.

2. (i) La regla general en sede de la ley 19.628 sería la reserva de las remuneraciones de los funcionarios y de los subsidios asignados a los ciudadanos, por tratarse de datos personales sujetos ambos a la obligación de secreto del artículo 7° y no estar disponibles en fuentes públicas y, los referidos a los beneficiarios, por ser además datos sensibles.

(ii) La excepción estaría dada por la ley 20.285 (...lo que a su turno es permitido por el artículo 4° de la ley 19.628 como un tratamiento-comunicación especial establecido por una ley y sin que se requiera autorización del titular), ...porque no obstante tratarse de datos personales nominativos procesados en los STDP de los servicios públicos pasan a ser *-remuneraciones y subsidios-* datos públicos o disponibles en sistemas accesibles al público porque así lo establece expresa y excepcionalmente otro artículo 7° diverso, el de la ley de acceso y transparencia.

3. Incluso más, desde la perspectiva de entender que para la generalidad de la ley 20.285 existe una opción de política legislativa de garantizar el resguardo de los datos personales, reflejada esta opción sobre todo en los artículos 21 N°2 y N°5 y 33 letra m), estas referencias en sede de transparencia activa y sin que medie una petición de publicidad o una solicitud de acceso previa y expresa a las remuneraciones o sueldos *"de los funcionarios"* y a las nóminas *"de los ciudadanos beneficiarios de programas sociales"* deben ser consideradas excepcionales y de aplicación restrictiva, porque no existen otros datos personales que específicamente deban transparentarse en conformidad al artículo 7°.

Por lo mismo, el interés del legislador de la ley 20.285 por proteger los datos personales y la privacidad, en la búsqueda del equilibrio necesario con el acceso a la información administrativa, queda aún más claro en conformidad a este inciso que en la letra i) del artículo 7°, cuando precisa que a propósito de la publicación excepcional de la identidad de los beneficiarios sociales no se incluirán, como contra excepción, sus datos sensibles de aquellos a que alude la ley 19.628.

4. Esta opción legal es coherente además con el artículo 8° de la Constitución de 1980, que, aplicado, implica que la publicidad de los beneficios sociales adjudicados o asignados no puede extenderse de manera tal que se afecten *"a los derechos de esas personas beneficiadas"*, y por eso se establece la reserva o secreto de sus datos sensibles o personalísimos.

**E. Invocación de *"los derechos contemplados en la ley 19.628"*, en especial del derecho de controlar y autodeterminar el tratamiento de sus datos personales, como *"causa suficiente"* para que un tercero notificado en virtud del artículo 20 de la ley 20.285 se oponga a la solicitud de acceso a la información.**

1. Como ya consignamos, el Título IV se refiere al *"Derecho de Acceso a la Información de los Órganos de la Administración del Estado"*, y el artículo 10°, al inicio del Título, establece como principio fundamental que *"toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado"*, en la forma y condiciones que establece la propia ley 20.285.

Agrega o precisa que *el acceso a la información comprende por regla general el derecho de acceder* (i) a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como (ii) *a toda información elaborada con presupuesto público*, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga. Las excepciones, como veremos más abajo, están con templadas en el artículo 21.

Ante la obligación expresa para los servicios públicos de entregar o proporcionar la información que se les solicite, la concurrencia (i) "*de la oposición de un tercero regulada en el artículo 20*" o (ii) "*de alguna de las causales de secreto o reserva que establece la ley*" son las únicas hipótesis en que podría presentarse una negativa a la solicitud de acceso, que siempre será fundada<sup>202</sup>.

El artículo 20° se pone en el supuesto de que la solicitud de acceso presentada ante el servicio público aluda o se refiera a "*documentos o antecedentes que contengan información que pueda afectar los derechos de terceros*".

SOTO VELASCO estima que esta posibilidad de oposición de un tercero es una herramienta de gran relevancia y un aspecto esencial del sistema que garantiza su legitimidad, para que no se pierda su razón de origen -el control del Estado por los ciudadanos- y se transforme en un mecanismo de acceder a información privada que es administrada por los servicios públicos<sup>203</sup>, misma a la que además visualiza como parte o dentro de "*una amplia esfera de privacidad de las personas*".

Se trata de una posibilidad o de una eventualidad de perjuicio, lo que requiere de una estimación o calificación del órgano público acerca de que "*potencialmente*" la entrega afecte a los terceros, y por lo mismo, no se requiere certeza al decidir si comunicarles y/o notificarles de las solicitudes. Quizás a esto se ha referido el profesor SOTO VELASCO cuando menciona la necesidad de advertir un relativo desamparo en el que quedan los funcionarios públicos que reciben y resuelven las solicitudes de acceso, los que deciden en sólo dos días hábiles, *en primer lugar*, si una petición alude a documentos o antecedentes que contengan información que pueda afectar "*los derechos de terceros*", y *en segundo lugar*, quiénes son específicamente los terceros que deben ser notificados<sup>204</sup>.

Entre esos antecedentes con información factible de afectar los derechos de terceros pueden haber datos personales de aquellos que ampara y regula la ley 19.628 de 1999, o los mismos pueden estar consignados en los documentos

---

<sup>202</sup> El artículo 16 señala que "*...deberá ser fundada, especificando la causal legal invocada y las razones que en cada caso motiven su decisión*"

<sup>203</sup> Él alude a información "*que está en su poder*", pero tal referencia quizás induce al error de creer que a los órganos de la Administración la data nominativa les pertenece.

<sup>204</sup> Por su especial naturaleza, quizás no se presenten conflictos cuando lo solicitado se refiera a datos personales sensibles o personalísimos o aquellos sujetos a una obligación legal expresa de secreto; el funcionario público claramente deberá notificar a los titulares, por ejemplo si al Ministerio de Salud se le piden los antecedentes sobre enfermos con el virus VIH. En otros casos, efectivamente la opción -a que alude SOTO VELASCO- de notificar a muchos posibles afectados para que al menos uno se oponga y la decisión se traslade al Consejo de Transparencia aparece como muy factible.

que se soliciten. Y ese o esos terceros quizás querrán evitar la publicidad o el conocimiento de los antecedentes nominativos que a ellos aluden e identifican, ejerciendo su derecho de oposición, siempre *"con expresión de causa"* -señala imperativamente la ley 20.285- (...lo que por cierto lo diferencia de los requisitos establecidos para el derecho de acceso del artículo 10°).

O incluso más, bastará que el tercero sólo quiera *"conocer y acceder"* -un derecho específico- al tratamiento, cesión o comunicación de sus antecedentes que en principio se está pidiendo que realice un servicio público en sede de la ley 20.285, para simplemente exigir la *"eliminación"* (porque son datos errados, almacenados sin fundamento legal o caducos) o el *"bloqueo"* de ellos -*todos derechos específicos que concede la ley 19.628-*, los que luego de eliminados o bloqueados no podrían ser entregados en virtud de la solicitud de acceso del artículo 10° de la ley 20.285.

*¿Cuál sería el posible conflicto a nivel de principios y regulación que se presenta?: ...que, a diferencia de lo que le exige para oponerse al tercero el inciso segundo del artículo 20° de la ley de acceso y transparencia, el artículo 12 de la ley 19.628 en el caso del bloqueo de datos entregados o proporcionados voluntariamente no exige expresión de causa, y esto debe ser cumplido por el responsable de la base de datos del servicio público y debe ser hecho cumplir por el Consejo de Transparencia.*

La norma en comento dispone que la autoridad, jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, dentro del breve plazo de dos días hábiles que se cuenta desde la recepción de la solicitud que cumpla con los requisitos legales, deberá... *-está imperativamente dicho porque no es una simple opción, y de no hacerse se incurre en las responsabilidades del Título VI de la ley 20.285, en las de la ley 19.628 y en las de la Ley General de Bases de la Administración del Estado que opera supletoriamente-* ...comunicar el hecho mediante carta certificada a la o las personas a que se refiera o afecte la información, recordarles la facultad que les asiste para oponerse a la entrega de los documentos solicitados, adjuntando copia del requerimiento respectivo que se le ha presentado.

Agrega la ley (i) que los terceros afectados podrán ejercer su derecho de oposición dentro del plazo de tres días hábiles contado desde la fecha de notificación; (ii) *que la oposición deberá presentarse por escrito y que como anticipamos "requerirá expresión de causa"*; (iii) que deducida la oposición en tiempo y forma el órgano requerido quedará impedido de proporcionar la documentación o antecedentes solicitados, salvo resolución en contrario del Consejo, dictada conforme al procedimiento de amparo del derecho de acceso que se establece en los artículos 24 y ss.; y, (iv) que en caso de no deducirse la oposición *"se entenderá"* -*es una consecuencia o efecto jurídico que establece la ley en caso de inactividad o silencio del titular de los datos-* que el tercero afectado accede a la publicidad de dicha información.

2. Esos *derechos de terceros contemplados en la ley 19.628, ampliamente considerados*, son los mismos que luego menciona, como causal de reserva el artículo 21 N°2 de la ley 20.285 cuando se refiere a que a consecuencia de una petición de acceso puedan afectarse derechos de las personas, "*particularmente tratándose de su salud o de la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico*".

SOTO VELASCO estima, nuevamente, que el derecho a oponerse a la publicidad de antecedentes que puedan afectarlos no debe entenderse referido sólo a su vida privada, sino que además, por ejemplo, puede verificarse en su capacidad de manejar información estratégica para competir en un mercado determinado<sup>205</sup>.

Pero si las mencionadas son causales de reserva para el servicio público requerido, jurídicamente no vemos obstáculos a que se estimen como causa suficiente para que en forma anticipada y/o complementaria el tercero también se oponga a la solicitud de acceso invocando esta misma causal, máxime cuando puede haber sido presentada por un peticionario sin invocarse interés legítimo, motivo ni causa alguna, porque así lo permiten las disposiciones y los principios de ley de transparencia y acceso.

Esos *derechos de terceros contemplados en la ley 19.628* constituyen causas específicas expresables por el tercero al oponerse, tales como: (i) el que se estén solicitando antecedentes personales o nominativos, de aquellos que la ley 19.628 sujeta a la obligación general de secreto o de reserva para el servicio público en el artículo 7°, (ii) el que no están disponibles en fuentes de acceso público, (iii) el que una ley especial establece expresamente su calidad de antecedentes nominativos secretos (como es el caso del artículo 35 del Código Tributario), o (iv) porque son particular y especialmente reservados como los datos sensibles o personalísimos.

Por cierto: para aplicar el Instituto de la ley 19.628 en relación a este derecho de oposición de los terceros no nos podemos apoyar, de modo alguno, en

---

<sup>205</sup> Agrega o aconseja el Profesor SOTO que debiera revisarse la Jurisprudencia de los tribunales ordinarios relacionada con la vida privada; ello es inoficioso, toda vez que los recursos de protección presentados y fallados han tenido como objetivo actos arbitrarios o ilegales relacionados o con la vulneración del honor o de la honra, o con el derecho a la propia imagen, que son bienes jurídicos distintos a la vida privada, a la privacidad o intimidad, tanto en cuanto datos personales tratados computacionalmente. El caso más frecuente, el de hacer aparecer por error a un titular en el sistema comercial como sujeto de protestos o mora, es de fácil solución una vez que se acredita el error y el perjuicio para el sujeto publicado. Lamentablemente, y salvo error u omisión, a esta fecha no existe jurisprudencia como el resultado del mero ejercicio del derecho de acceso o Habeas Data, mecanismo procesal que ni siquiera se ha utilizado para corregir la publicación errada de datos patrimoniales negativos porque se ha preferido la herramienta del Recurso de Protección.

lo que se ha referido como "...el acervo jurídico existente a la fecha en los operadores producto de la aplicación de la ley 19,628". Como analizamos en extenso en la Parte Primera, la ley sigue siendo una norma no conocida -casi "lirica" dijo un abogado alguna vez-; sigue sin haber sido proyectada al mundo de la red Internet; son muy pocos los recursos procesales de Habeas Data interpuestos; es casi un mito la supuesta ilegalidad -denunciada a la prensa- de los actos del Estado respecto a las bases de datos nominativos que requiere y administra sólo con fines de servicio público y actuando dentro de sus competencias; y es poco el aporte de trabajos de investigación que amalgaman doctrina antigua española y textos legales europeos, sin aplicar el material a realidades concretas especialmente del sector privado, que si afectan la privacidad y que nada tienen que ver con la honra, el honor o el derecho a la imagen de las personas.

3. A nuestro parecer, el tercero puede incluso oponerse en base a una causal genérica y amplia, esto es, el *"ejercer el derecho esencial de controlar y autodeterminar el tratamiento y/o cesión o comunicación que se quiere hacer de sus propios antecedentes o datos personales"*, mismo que, reconocido en los artículos 4° y 12° de la ley 19.628, es un derecho irrenunciable que se traduce en que si él no autoriza la entrega de los datos expresa, formal y fundadamente, y ellos además no son subsumibles bajo una *"esfera social o pública"* de los ciudadanos, el servicio público debe abstenerse de entregarlos. Porque *-debe siempre tenerse presente-* al servicio público los datos de los ciudadanos no le pertenecen y sólo es un mero poseedor de ellos, con una competencia para *"tratarlos"* que no siempre habrá sido asignada -necesariamente- con la amplitud que pudiera colegirse de la lectura del artículo 2° letra o)<sup>206</sup>.

Y a su turno, conociendo el Consejo de Transparencia del recurso de amparo del derecho de acceso (artículo 24), tampoco podría entenderse -interpretándose en forma no restrictiva y sumado a los argumentos ya referidos en los acápites A y C- que *"la norma del artículo 5° o la del artículo 10° de la ley 20.285"* constituyen *"tácitamente"* una autorización legal conferida a los servicios públicos para tratar, ceder, comunicar o publicar los datos nominativos con prescindencia de la voluntad de su titular, a que también alude la regla general del artículo 4° de la ley 19.628<sup>207</sup>.

---

<sup>206</sup> Recuérdese que la norma señala que es tratamiento de datos, cualquier operación o complejo de operaciones o procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permitan recolectar, almacenar, grabar, organizar, elaborar, seleccionar, extraer, confrontar, interconectar, disociar, comunicar, ceder, transferir, transmitir o cancelar datos de carácter personal, o utilizarlos en cualquier otra forma.

<sup>207</sup> Conforme lo dispone el artículo y la totalidad de la ley 19.628, las habilitaciones legales para el tratamiento de datos personales sin el consentimiento ni la autorización de su titular deben ser expresas y no tácitas.

4. Recuérdense que, *en sentido estricto*, de cara a los específicos derechos que consagra la ley 19.628 para que los ciudadanos titulares de los datos personales registrados en bases y bancos de datos de los servicios públicos puedan controlar y autodeterminar el tratamiento de sus antecedentes, con ocasión de esta oposición del artículo 20 el responsable del STDP del servicio público podría ser objeto por parte del tercero y titular de los antecedentes de un derecho de información y acceso, de un derecho de rectificación o modificación, de un derecho de cancelación o eliminación, de un derecho de bloqueo y de un derecho de indemnización.

5. Un caso concreto que ya se ha presentado -no en sede del acceso de la ley 20.285 por cierto- puede servir al análisis y sería el siguiente. El de una empresa del sistema de información comercial que existe en Chile, interesada en acceder en forma asociada a los datos de los propietarios de los bienes raíces en Chile, es decir, a que se le entreguen en forma sistematizada y asociada todos los Roles de Avalúo con todos los respectivos RUT de las personas naturales que figuren como sus propietarios en el STDP de un órgano de la Administración.

En definitiva, y en sede de protección de datos personales, lo que se está pidiendo en el ejemplo es conocer, sólo con fines de lucro, la situación patrimonial o los datos personales patrimoniales de los ciudadanos, que son antecedentes en Chile amparados por la ley 19.628, no disponibles en fuentes de acceso público, sujetas a la obligación general de secreto del artículo 7° de la ley 19.628, tratados por los servicios públicos competentes sólo con la finalidad de velar por la aplicación y pago del impuesto territorial, y sin que ley alguna obligue a algún servicio público a entregar o proveer esos antecedentes nominativos en forma sistematizada<sup>208</sup>. Antecedentes que por cierto, asociados, permitirán conocer la capacidad patrimonial en materia de bienes raíces de una persona y en definitiva violar la esfera de su vida privada a que alude el artículo 21 N°2 como causal de reserva o secreto.

Ergo, cada uno de los propietarios y titulares de sus datos personales identificativos y patrimoniales poseerá un "*motivo*" o una "*causa suficiente*" para oponerse a la solicitud de acceso que haga la empresa distribuidora de información, sólo con fines comerciales, y en este supuesto, es que consideramos que el Consejo de Transparencia si debería calificar si es legítimo, motivado y poseedor de causa -o no- el interés de la solicitud<sup>209</sup>, porque la petición de acceso se relaciona directamente con las garantías de la ley 19.628 que el Consejo está llamado a velar para que se apliquen en los servicios públicos, dejándose de lado el principio de la no discriminación del artículo 11.

<sup>208</sup> Por cierto, los datos de los roles de avalúo están disponibles en cada una de las municipalidades por separado, pero ellos no se asocian a los RUT de los propietarios, porque asociados, pasan a ser un dato personal nuevo, y no se encuentran disponibles en forma sistematizada.

<sup>209</sup> Siempre se verificará acá la necesidad de realizar un test de transparencia.

6. El Consejo de Transparencia en uno de sus Decisiones de Amparo que se analizan en el último acápite de esta Segunda Parte -como hemos mencionado a pie de página- ha debido considerar los alcances del ejercicio de este derecho.

El caso fue el de un recurso interpuesto en contra de la Dirección Nacional del Servicio Civil, que negó el acceso a la información relativa al proceso de selección implementado para proveer el cargo de Subdirector de Estudios y Desarrollo del Servicio de Registro Civil e Identificación (Decisión Amparo N°A35-09).

Respecto de los dos postulantes que no se opusieron a la entrega de su identidad ni informaron el traslado que les fue conferido en conformidad al artículo 20 de la ley 20.285, el Consejo estimó, "*en principio*", que podría aplicarse el artículo 7° de la ley 19.628 y declarar que sus identidades eran reservadas.

Pero "*en definitiva*", teniendo a la vista el inciso final del artículo 20 de la ley de acceso y transparencia, que dispone que de no deducirse oposición por parte de la persona potencialmente afectada por la difusión de una determinada información dentro de los tres días desde que fue notificada de la solicitud se entenderá que ella accede a la publicidad de la información, el Consejo consideró que esta norma era la que debía preferirse y aplicarse en este caso, (i) por su especialidad y (ii) por el interés público existente en conocer el funcionamiento de este servicio público, ya que no se trataba de la identidad de cualquier postulante sino, específicamente, de la de aquéllos que fueron propuestos para ser elegidos por el Comité de Selección de directivos.

7. Para terminar y antes de pasar al acápite siguiente, y recogiendo afirmaciones del citado profesor SOTO VELASCO, es plausible -y esperable- que el funcionario público que debe resolver la solicitud de acceso pueda negarla si a su parecer y después de un análisis de fondo acerca de los bienes jurídicos involucrados, así se estima procedente porque se estarían afectando los derechos de las personas, al margen o con independencia de que esta oposición de un tercero no se haya verificado.

Es decir, la negativa al acceso solicitado sería procedente aún cuando deba entenderse legalmente que el tercero afectado que nada dijo accedió a la publicidad de la información, en conformidad al inciso final del artículo 20. El problema es que, en el hecho, esta opción de rechazo no fundada en alguna de las causales legales que contempla la ley 20.285 implicará probablemente un análisis de mérito, es decir, tener en vista (i) quién pide los antecedentes que pueden afectar los derechos de las personas y (ii) para qué o con qué fines se está pidiendo, opciones que -como señala SOTO VELASCO- no son admisibles en el marco de la ley de acceso y transparencia.



Al margen de que se permita o no invocar en forma autónoma y sin el parecer de los terceros una causal consistente en la afectación de los derechos de las personas y su necesaria protección -v.gr. y de la mano de la jurisprudencia comparada, se mencionan cuando se trate de antecedentes "*comercialmente sensibles*"<sup>210</sup>, de archivos médicos (que en Chile son secretos porque así lo establece el artículo 127 del Código Sanitario), o de archivos personales que al publicarse ocasionarían una invasión a la privacidad-, ...las herramientas específicas que la ley 20.285 concede al servicio público para actuar de esta forma y velar por la protección de los derechos de las personas son las causales genéricas de secreto o reserva del artículo 21.

**F. Análisis del artículo 21 de la Ley de Transparencia y las causales de secreto o reserva establecidas en los números 2° y 5°, en concordancia con la ley 19.628.**

1. Luego de velar en el artículo 20 porque los terceros eventualmente afectados por una solicitud de acceso puedan hacer valer sus derechos, y al margen de que esta oposición de un tercero se haya verificado o no (es decir, aún cuando pueda entenderse legalmente que el tercero afectado accedió a la publicidad de la información), el artículo 21 establece -como herramienta para los órganos de la Administración- la tipificación de "*las únicas causales de secreto o reserva*" en cuya virtud se podrá denegar "*total o parcialmente*" el acceso a la información, que son las contenidas en los cinco números del artículo. Ergo, el derecho de acceso no es absoluto.

Es un listado taxativo, pero como se ha observado, de causales genéricas o generales que admiten y requieren ser interpretadas, en virtud de las cuales cierto tipo de información y de antecedentes administrativos no pueden ser transparentados o publicados.

La otra opción considerada fue la de establecer causales específicas y detalladas con numerosos ejemplos y referencias de situaciones que podían resultar ambiguas y extender la esfera de secreto<sup>211</sup>, lo que se descartó, para mantener las genéricas, apoyadas en algunos ejemplos de situaciones precisas, limitadas o específicas donde se concreta la causal genérica y que aportan criterios para lograr que su aplicación sea adecuada. Porqué unas

<sup>210</sup> Es interesante la cita de jurisprudencia de EE.UU. que realiza el profesor SOTO VELASCO, en la que se llegó a determinar que debía calificarse como confidencial a cualquier información financiera o comercial cuya entrega pudiera "*probablemente*" afectar la capacidad del Estado para obtener información necesaria en el futuro, o que pudiera causar un "*daño substancial*" a la posición competitiva de la persona que entrega la información o que envía los documentos a un servicio público.

<sup>211</sup> SOTO VELASCO menciona como ejemplo una causal que se debatió y se rechazó en el Parlamento, que aludía a "*el acuerdo entre instituciones de Chile y otro país*".

especificaciones y no otras?; SOTO VELASCO lo atribuye a que el legislador lo hizo no en forma caprichosa sino que entendiendo que era necesario poner una muy especial atención en las consignadas como ejemplo, en desmedro de otras que podrían ser calificadas como "*menos pertinentes*".

Es muy acertada la opinión de entender que gran parte de la responsabilidad futura del Consejo de Transparencia pasará por dar una adecuada interpretación a estas causales ante su necesidad de acotarlas, y nos sumamos a ella<sup>212</sup>.

Lo hacemos *-el sumarnos a entender lo esencial del rol interpretativo y de delimitación de las causales que le cabe al Consejo-* desde esta perspectiva: ...la de entender que limitar o restringir los alcances de la transparencia y el acceso cuando estén involucrados datos personales de los ciudadanos mediante la interpretación amplia de las causales referidas a la vida privada o a la privacidad, también implicará la aplicación efectiva de la ley 20.285 y significará el cumplimiento debido de lo dispuesto por el artículo 33 letra m).

## 2. Causales de los números 1, 3 y 4 (referencia).

El número 1 se plantea en el supuesto general de que "*la publicidad, comunicación o conocimiento afecten el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido*", y "*particularmente*" (más no exclusivamente) autoriza excepcionarse de la entrega de los documentos o antecedentes en tres casos:

(i) ...si es en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito o se trata de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales;

(ii) ...tratándose de "*antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política*" -no siempre, sino caso a caso-, ...sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sean adoptadas<sup>213</sup>; y,

(iii) ...tratándose de "*requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales*"; la evidente amplitud de la causal -señala SOTO VELASCO- requeriría, para que no sea invocada frecuente y ligeramente, ser acotada caso a caso mediante la exigencia de pruebas concretas y de criterios objetivos acerca de como se verificaría la distracción indebida y de alto costo operativo, antes de

<sup>212</sup> (SOTO VELASCO) 2009

<sup>213</sup> Por cierto, si en el estudio del caso se determina que no se afecta el cumplimiento debido de las funciones del servicio con la publicidad de los antecedentes y deliberaciones previas, estas serán públicas.

optarse por no amparar el derecho a la información y acogerse la causal invocada<sup>214</sup>.

El número 3 alude al supuesto que "*la publicidad, comunicación o conocimiento*" afecten la seguridad de la Nación, "*particularmente*" -y no exclusivamente- si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública.

Y el número 4 se refiere al caso de que con "*la publicidad, comunicación o conocimiento*" se afecte o ponga en riesgo el interés nacional, en especial... -pero no exclusivamente, porque son sólo ejemplos- ...si se refieren a la salud pública, a las relaciones internacionales o a los intereses económicos y comerciales del país. SOTO VELASCO menciona, por ejemplo, que también se afectaría el interés nacional si con la petición estuviera comprometida "*la política exterior del país*".

### 3. Causales de los números 2 y 5.

**3.1 Señala el número 2** que es una causal de secreto o reserva, cuando su publicidad, comunicación o conocimiento *afecte los derechos de las personas, "particularmente"* -a modo de ejemplos los cita la ley- tratándose de (i) su seguridad, de (ii) su salud, de (iii) *la esfera de su vida privada* o de (iv) sus derechos de carácter comercial o económico.

Como, salvo error u omisión, no encontramos en las Actas del debate parlamentario una referencia al respecto, entendemos que debería considerarse que la posible afectación a los derechos "*de las personas*" incluye tanto a las personas naturales o físicas como a las jurídicas o fictas, porque nada tiene que ver en relación a la tipificación de la causal el que la ley 19.628 sólo aluda o esté restringida a los antecedentes nominativos de las personas naturales.

Cuando en la causal se alude a "*la esfera de vida privada*" -lo que por lógica lleva a pensar en un concepto de "*lo privado*" o de "*lo íntimo*" opuesto a una también existente y no delimitada "*esfera de vida pública*"-, o a los "*derechos de carácter comercial o económico*" de una persona -que es el caso de los llamados datos personales patrimoniales positivos-, normativamente se produce un reenvío no sólo a la ley 19.628 sino a otras disposiciones.

(i) A la ley 19.628, porque ella se aboca desde su Título a la protección de la vida privada, tanto en cuanto datos o antecedentes personales o nominativos, sensibles o no, de aquellos que la ley 19.628 sujeta complementariamente a la obligación general de secreto o de reserva para el servicio público en el artículo

---

<sup>214</sup> Un ejemplo posible referido, a tenerse en cuenta al realizarse el test de transparencia, sería el de poner en la balanza los costos de la entrega para el servicio que alega la configuración de la causal de reserva, versus los beneficios invocados por quien solicita la información.

7°, de aquellos que en los órganos de la Administración no están disponibles en fuentes de acceso público, y de aquellos que son especialmente reservados como los datos sensibles o personalísimos.

(ii) Y a otras disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias, partiendo por el artículo 19 N°4 de la Constitución, y siguiendo con leyes especiales que establecen su calidad de antecedentes secretos, como es el caso del artículo 35 del Código Tributario.

A su turno, el Reglamento de la ley señala, reitera, aclara y detalla en el artículo 7° número 2, que se puede denegar el acceso a la información cuando la publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, especial o particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada, sus datos sensibles o sus "*derechos de carácter comercial o económico*". Agrega que debe entenderse "*por tales*" a aquellos que el ordenamiento jurídico atribuye a las personas en título de derecho y no de simple interés -o de mera expectativa, podemos agregar-.

La reserva que nace de la necesaria protección de la vida privada es un criterio que existió desde la presentación de la Moción parlamentaria que originó la ley de acceso y transparencia. Ella aludía a que, dentro de las únicas causales para denegar total o parcialmente el acceso a la información, cabían: (i) el que su comunicación o conocimiento afectara la vida privada de una persona individualizada o identificable, *incluidos los expedientes médicos o sanitarios*<sup>215</sup>; y, (ii) cuando se pudiesen lesionar intereses económicos o comerciales, sean públicos o privados.

No es casualidad que la causal en comento aluda a que se afecten 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*". Esto ratifica la percepción de que la causal puede extenderse o ampliarse en su interpretación y aplicación -lo que potencialmente abre la posibilidad de restringirse el derecho al acceso de la ley 20.285-, porque pueden invocarse como presuntamente conculcados con la publicidad y por ende sujetos a reserva otros derechos o garantías relacionadas con la seguridad, la salud, la esfera de la vida privada o los derechos de carácter comercial o económico de una persona.

---

<sup>215</sup> Esta mención era coincidente con lo que estableció en 1999 el artículo 24 de la ley 19.628, para agregarse los incisos segundo y tercero, nuevos, al artículo 127 del Código Sanitario y disponer que las recetas médicas y análisis o exámenes de laboratorios clínicos y servicios relacionados con la salud son reservados; que sólo podrá revelarse su contenido o darse copia de ellos con el consentimiento expreso del paciente, otorgado por escrito; y que quien divulgue su contenido indebidamente, o infrinja las disposiciones del inciso siguiente, será castigado en la forma y con las sanciones establecidas en el Libro Décimo del mismo Código.

La percepción de que esta causal no está aislada dentro del contexto y la Política Pública que materializa la ley 20.285 ha sido compartida en alguna medida por el propio Consejo de Transparencia, en especial, reconociendo en uno de sus fallos de Amparo *-en concreto el N°A53-09-* que el artículo 33 letra m), al obligarlo a velar por la aplicación de la ley 19.628 en la Administración Pública, complementa este artículo 21 N°2.

En efecto, no sólo refuerza y complementa el numeral 2°, sino que hace que la referencia a la *"esfera privada"* se entienda que alude muy especialmente a los datos personales, nominativos o sensibles que tratan los servicios públicos y que no son parte de la *"esfera social o pública"* de un ciudadano, y decidir si en concreto un específico dato nominativo cabe dentro de esta esfera privada será responsabilidad del Consejo.

Si la causal genérica en comento que permite la reserva o el secreto es *"la posible afectación de los derechos de las personas"*, una cuestión de hecho que deberá considerarse, interpretarse y acotarse caso a caso por el Consejo es la envergadura que se requiere para considerar que la referida afectación debe generar reserva y la negativa en la entrega de la información solicitada.

SOTO VELASCO plantea que ella no puede ser leve o menor y que el riesgo no puede ser lejano o probable, sino que debería considerarse como causal, al ponderarse necesariamente los derechos en juego<sup>216</sup> y -agreguemos- al realizarse un test de transparencia, sólo cuando la afectación de los bienes jurídicos fuera -copulativamente- muy probable, directa y grave y así, con este mérito argumentativo *"suficientemente sólido"*, sería válido optarse por preferir el derecho de quien alega la reserva y no amparar el derecho a la información.

El mismo autor citado, pero desde otra perspectiva, plantea que es importante hacer valer y respetar esta causal para no deslegitimizar el sistema, porque de divulgarse sin restricciones la información sobre la vida privada de los ciudadanos se perdería *"su razón de origen"* -que el ciudadano pueda controlar al Estado- y pasaría a ser -el sistema- y pasar a ser una válvula de acceso a la información privada de los ciudadanos.

**3.2** Señala **el número 5** que es una causal de secreto o reserva, *"...cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8° de la Constitución Política"*.

Esas causales del artículo 8° se refieren, recordemos, al evento que la publicidad afecte *"el debido cumplimiento de las funciones de los órganos del*

---

<sup>216</sup> A saber, el derecho de acceso a la información pública del solicitante y el derecho a la vida privada.

*Estado", "los derechos de las personas", "la seguridad de la Nación", o "el interés nacional".*

No nos cabe duda en el sentido de considerar dentro de esta causal, cuando se alude a *"los derechos de las personas"*, a la garantía del 19 N°4 sobre el *"respeto"* -por parte de toda la sociedad- y la *"protección"* -jurídica- de la vida privada de una persona y su familia y a los derechos que les reconoce la ley 19.628, que es el mecanismo jurídico para cumplir con el mandato de protegerse jurídicamente la garantía constitucional de la privacidad.

**G. Acerca del rol -preliminarmente asignado- por el artículo 33 letra m) de la ley 20.285 al Consejo de Transparencia.**

1. Ocurrió, inicialmente, que en la ley 20.285 se contempló una nueva función para el llamado Consejo de Transparencia, ajena a la obligación de tutelar y velar por el acceso a los actos, contratos, resoluciones y documentos de los órganos del Estado y relacionada con el Habeas Data o Derecho de Acceso a los datos personales de los chilenos que regula el artículo 12 de la ley 19.628.

Señaló el artículo 33 letra m de la ley 20.285 que el Consejo tendría, entre sus funciones y atribuciones, la de *"velar por el adecuado cumplimiento de la ley N° 19.628, de protección de datos de carácter personal por parte de los órganos de la Administración del Estado"*. Durante la tramitación parlamentaria se había propuesto que la facultad fuera la de velar por la debida reserva *"de los datos e informaciones que conforme a la Constitución y a la ley tengan carácter secreto o reservado"*, y el cambio terminológico no es menor si no que trasunta una intencionalidad y una política legislativa de ir en concreto -salvada sea la expresión coloquial- *"a por la protección de los datos personales"*.

Es decir, se trató de un señalamiento genérico que asigna algún grado no precisado en el mismo artículo de competencia fiscalizadora al Consejo por sobre los funcionarios *"responsables"* -y a futuro además sobre los funcionarios *"encargados"* según el Boletín 6120- de registros, bases y bancos de datos de órganos públicos (...recuérdese que el conjunto de *"bases"*, *"ficheros"* o *"registros"* es un *"banco"* de datos), y quedaba pendiente -por cierto-, en esa pasada parlamentaria, el tema de la regulación de los responsables de bases de datos privadas o particulares.

En el hecho y en Derecho, el Consejo de Transparencia se ha constituido con esta facultad genérica y amplia en una entidad pública y autónoma que debe fiscalizar el respeto de todas las normas técnicas y jurídicas relacionadas con la gestión diligente de los sistemas de tratamiento de datos personales o nominativos en el sector público o al interior de la Administración del Estado, a cuyo análisis hemos dedicado la extensa *Primera Parte* de este Informe. Sólo cumpliendo con

esta potestad proyectada a los ámbitos relacionados, se verificará que los servicios públicos cumplan adecuadamente con la ley 19.628.

Sería una grave *capitis diminutio* que se entendiera su competencia sólo referida al concreto articulado de la ley 19.628

Esta facultad asignada en el artículo 33 letra m) debe percibirse concordante además, con otras obligaciones que *-a propósito del Derecho de Acceso a la Información del Estado y para lograr un equilibrio entre éste y la protección de la privacidad de los ciudadanos-* recaen sobre el Consejo.

Lo dicho, lo sostenemos pensando -por ejemplo- (i) en la obligación de velar por el resguardo y/o la confidencialidad de los datos personales de los ciudadanos -de sus antecedentes sociales y personales sensibles en sede de transparencia activa-, y (ii) ante la obligación de ponderar adecuadamente cuando conozca de un recurso de amparo al derecho de acceso el alcance de las causales de reserva o secreto establecidas en el artículo 21 de la ley 20.285, en cuanto se relacionen con los derechos de las personas, tratándose de su seguridad, su salud y de la esfera de su vida privada.

Lo anterior, lo establecido en el artículo 33 letra m), reiteramos, es una competencia limitada. Esta facultad se contempló o se agregó en forma paralela o al margen de la previa institucionalidad del acceso a la información de la gestión de la Administración Estatal cuya probidad se busca controlar, pero no se puede extender al punto de considerar que estamos -en virtud del sólo artículo 33 letra m)- frente a la nueva Autoridad o Agencia de Protección de Datos chilena, y a creer que el Consejo posee competencia procesal y administrativa para conocer de reclamos en que se invoque su no aplicación o respeto por los servicios públicos.

Sería el caso *-de falta de competencia-*, por ejemplo, cuando un responsable de la base de datos de un servicio público negara el acceso a un titular que lo ha requerido en conformidad al artículo 12 de la ley 19.628, y en vez de accionar ante la negativa o la no respuesta en sede judicial en conformidad al artículo 16 de la misma norma -descartándose el recurso ante los tribunales- y sin tratarse del conocimiento de actos, contratos, documentos o resoluciones de un servicio público, se interpusiera un recurso de amparo al derecho de acceso en conformidad a los artículos 10° y 24 de la ley 20.285.

**2.** Pero se acordó en el Parlamento retomar el tema de esta nueva competencia del Consejo de Transparencia en otro proyecto de ley.

Consta en las actas de la Sesión en la Sala del Senado del 14 de Enero del año 2008 y en el marco de la Comisión Mixta, que el Diputado Señor *Cardemil* da cuenta de que se tuvo la ocasión de analizar la experiencia de países como Gran Bretaña, donde existía un Consejo que manejaba *"en una sola mano"* toda la

información pública relacionada con datos de carácter personal. El parlamentario aclaró que el Consejo de ese país tenía las facultades de velar por las normas de transparencia activa y pasiva, pero además "*velaba por la protección*" -porque su competencia es garantista y no publicista- de los datos personales de los ciudadanos que procesaran -únicamente- los servicios públicos. Terminó por comentar que habría sido ideal que tal opción se hubiera logrado introducir en el sistema chileno, "*pero no se pudo*", y por ende se conversó con el Ministro -del MINSEGPRES- para que a futuro se enviara un proyecto de ley complementario.

*Ergo*, con el Boletín 6120 del año 2008 -ya analizado en extenso en la Primera Parte de este Informe<sup>217</sup>-, se estaba cumpliendo con el acuerdo entre el Ejecutivo y el Congreso de avanzar y profundizar la regulación para el resguardo del tratamiento de los datos personales, ya no sólo respecto de los STDP del sector público sino además en el sector privado.

En derecho, a esta fecha se tramita el proyecto de ley contenido en el Boletín 6120 que extiende dicha competencia a los sistemas de tratamiento del sector privado, y que le otorga formalmente el rol de la Autoridad, Agencia o Consejo de Protección de datos personales en Chile, con las competencias nuevas que un órgano de esta naturaleza requiere

En concreto, sobre este punto el Mensaje del Proyecto declaró:

*"Considerando la necesidad de dar respuesta a las exigencias de protección del derecho a la autodeterminación informativa, sumado a la conciencia de que el establecimiento de una autoridad de control es fundamental para el real cumplimiento de la ley, se planteó la necesidad de incorporar facultades en esta dirección dentro de las competencias del Consejo para la Transparencia, durante la discusión parlamentaria de la ley N° 20.285. Sin embargo, sólo se incorporó la facultad de "Velar por el adecuado cumplimiento de la ley N° 19.628, de protección de datos de carácter personal, por parte de los órganos de la Administración del Estado". Se tuvo conciencia de que ello sería insuficiente para el resguardo del tratamiento de los datos personales y los derechos de los titulares. Pero se concordó en avanzar y profundizar la actual regulación".*

De aprobarse el proyecto como está tendremos en realidad una nueva entidad, una de protección, control y resguardo de datos personales ante el requerimiento de sus titulares que quieren controlar y autodeterminar sus antecedentes nominativos (similar a la APD de España o al CNIL de Francia), y no equivaldrá a la competencia que en virtud de la ley 20.285 se le asignó al Consejo para asegurar la transparencia y publicidad de los actos, contratos, documentos y antecedentes de la gestión de la Administración del Estado.

---

<sup>217</sup> Véase el apartado final de la letra B de la Parte Primera.



Puestos en este escenario, debiéramos dejar de hablar y de escribir acerca de la *"desnaturalización del Consejo de Transparencia"*<sup>218</sup>

Téngase presente, sin teorizar. Devenido en Autoridad de protección de datos el Consejo deberá hacerse cargo, por ejemplo, (i) de los problemas de la red *Swift* -que también opera sin control en Chile y transfiere internacionalmente datos de los chilenos-, (ii) de los abusos de la empresa *Choicepoint*, (iii) de los excesos conocidos por el negocio entre una empresa funeraria y algunas Isapre, y (iv) de eventualmente ver que la nueva entidad garante y fiscalizadora del tratamiento de datos personales o nominativos de los chilenos tenga la capacidad jurídica que en España ha llevado a que la Agencia de Protección de Datos sancione a empresas como Telefónica o Terra por no resguardar la confidencialidad de los datos de sus clientes<sup>219</sup>.

**3.** ¿Qué es lo que podría o no hacer a esta fecha el Consejo, atendido el señalamiento del artículo 33 letra m) de que debe velar por la aplicación o *"el adecuado cumplimiento"* de la ley 19.628?:

(i) ¿Mantener un Registro Único Nacional de Bases de Datos?; creemos que no.

(ii) ¿Fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones sobre tratamiento de datos personales, pudiendo recabar, en cualquier momento, del responsable del respectivo registro o banco de datos, la información que estimara pertinente?; creemos que si.

(iii) ¿Inspeccionar los registros o bancos de datos personales a efectos de verificar el cumplimiento de las obligaciones que establece la ley?; creemos que si.

(iv) ¿Requerir la inscripción de los bancos de datos que no estén registrados en el Registro Único Nacional?; creemos que no, porque en la propia normativa de protección de datos al Registro Civil no se le dio competencia para hacerlo.

(v) *¿Dictar instrucciones de carácter general o particular respecto de las condiciones de legitimidad de un tratamiento de datos personales?; creemos que si, pero sería una función meramente informativa y que no podría sancionarse si no se cumpliera con lo instruido.*

(vi) ¿Conocer de las reclamaciones de particulares relacionadas con el ejercicio del Habeas Data y de los derechos que le confiere la ley 19.628?;

<sup>218</sup> Véase la URL [http://www.latercera.com/contenido/895\\_146299\\_9.shtml](http://www.latercera.com/contenido/895_146299_9.shtml)

<sup>219</sup> Véase las URL [http://www.guiaservicios.com/serv\\_noticia\\_detalle.php?pk\\_noticia=10](http://www.guiaservicios.com/serv_noticia_detalle.php?pk_noticia=10) y <http://www.diariojuridico.com/noticias/la-apd-multa-con-mas-de-840-mil-euros-a-telefonica-por-el-tratamiento-indebido-de-datos-personales.html>

creemos que no, porque el artículo 10° de la ley 20.285 no subsume en sus supuestos a los datos personales o nominativos, y porque la ley 19.628 obliga a recurrir a los tribunales de justicia en caso de una negativa o una respuesta disconforme del responsable de la base de datos del servicio público.

(vii) ¿Ejercer potestades sancionadoras contra los responsables de los bancos de datos de los órganos de la Administración que infrinjan la normativa sobre protección de datos?; definitivamente no.

(viii) ¿Requerir a los responsables y encargados de los tratamientos, previa audiencia de éstos, la adopción de las medidas necesarias para la adecuación del tratamiento de datos a las disposiciones de la ley y, en su caso, ordenar la cesación de los tratamientos y cancelación del registro?; definitivamente no.

Todo lo mencionado anteriormente serán, sin posibilidad de discusión, las nuevas competencias del Consejo si se aprueban las modificaciones a esta fecha en trámite parlamentario.

4. No compartimos a priori -y a esta fecha- afirmaciones del tipo que de concentrarse ambas funciones —la de *"promover el acceso y transparencia"* y la de *"velar por la protección de datos de carácter personal"*— en el Consejo, la labor de ponderación sería efectuada de una manera más eficiente y con criterios armónicos y uniformes. No porque a esta fecha y ante solicitudes de acceso el Consejo haya ponderado y resuelto aplicando un test de transparencia algunos casos por la aplicación de la ley 19.628, se asegura adecuada ponderación.

Recuérdese además que esto es una aspiración que procedería sólo tratándose de Habeas Data presentados contra los servicios públicos, porque nada se debe conciliar y nada puede decir a esta fecha el Consejo de Transparencia -derivado de su *expertise* y competencias- cuando se aluda a la problemática del tratamiento de datos personales en el sector privado, esto es, en la banca, el retail, las compañías de seguros, las AFP, las ISAPRE, etcétera. Y es acá, no en el sector público, donde se juega prioritariamente el rol de un nuevo ente garante de la protección de datos personales en Chile.

## **H. Acerca de la incompatibilidad entre el principio legal de la no necesidad de exigir expresión de causa o motivo para el solicitante y posible reclamante en sede de la ley 20.285, con los supuestos y principios esenciales de la ley 19.628.**

### **1. Hipótesis de trabajo.**

Cuando invocándose las disposiciones de la ley de transparencia y acceso se pida el conocimiento de alguno de aquellos datos personales o nominativos

tratados por los STDP de los servicios públicos, tanto el órgano requerido como el Consejo de Transparencia -conociendo de un reclamo de amparo al acceso-, deberían solicitar la concurrencia de interés legítimo en el solicitante.

En caso contrario, los órganos públicos vulnerarían las causales de reserva del artículo 21 N°2 y N°5 pero, muy especialmente, el Consejo de Transparencia estaría desconociendo el mandato que le impone a su accionar el artículo 33 letra m) y el reenvío que por esta vía se hace a las disposiciones, derechos y principios de la ley 19.628.

Dicho de otra forma, de no exigir tal interés, motivación o causa y la necesaria legitimación activa que deriva de que el que acciona busque autodeterminar sólo sus propios antecedentes nominativos, sería el propio Consejo el que no estaría velando por la aplicación de la ley 19.628, que no admite que cualquier tercero pueda ejercer el Habeas Data del artículo 12° respecto de los datos personales de otro titular.

*2. En principio, ...las normas legales pertinentes son claras y los Dictámenes de Amparo del Consejo de Transparencia -al menos dos de ellos- han sido también claros y perentorios respecto a la no procedencia de exigir expresión de causa o motivo a los solicitantes en sede de la ley 20.285.*

El artículo 11 letra g) señala que a la ley la inspira el "*Principio de la no discriminación*", y por ende los órganos de la Administración 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*".

A su turno, el artículo 19 establece que la entrega de copias de los actos y documentos se hará por parte del órgano requerido sin imponer condiciones de uso o restricciones a su empleo, salvo las expresamente estipuladas por la ley.

*"Se pide porque se pide, y se debería entregar simplemente porque se pide"* sería la fórmula; pero sabido es que la realidad cotidiana de la gestión del servicio público recurrido no admite esta simplificación. Usando categorías de SOTO VELASCO, frente a las preguntas acerca de *qué se pide, quién lo pide y para qué se pide*, en sede de la ley 20.285 y para la ponderación o análisis de las solicitudes de acceso por los servicios públicos -a priori- deberían descartarse de plano la segunda y la tercera interrogante, lo que se percibe como de vital importancia para la aplicación de la ley. Si el criterio fuera distinto, se abriría *"...una puerta a la discrecionalidad y al análisis de mérito que no corresponde"*, porque la única opción que admite la ley para el órgano público es la de invocar algunas de las causales genéricas de reserva o secreto del artículo 21 como posible fundamento de su negativa.

(i) El primer pronunciamiento del Consejo, salvo error u omisión, está contenido en la Decisión de Reclamo N°A8-09 de Junio del año 2009 pronunciada en virtud de una supuesta decisión de denegación de acceso de Chilecompras, en concreto, referida a la entrega sistematizada en una base de datos de las licitaciones que se encontraban disponibles en dicho portal en el mes de Febrero -...*mismas que, en cuanto a su contenido y por mandato de transparencia activa, si podían ser consultadas una a una en el sitio web porque materialmente estaban disponibles y no se negaba el acceso a ellas*-.

El recurrente declaró que buscaba realizar una actividad económica que consistía en entregar informes y análisis de ellas a sus clientes, práctica que está prohibida por las condiciones y términos de uso de *www.chilecompras.cl*, por cuanto no sería lícito ejercer tal actividad económica a partir de bienes -la data- que no son de propiedad de los usuarios de la plataforma<sup>220</sup>.

En concreto, más que sobre el derecho de acceso del recurrente, la real discrepancia entre el recurrente de amparo y el servicio recurrido era acerca de las condiciones establecidas para el uso que debía darse a información ya disponible en línea en el sitio web del órgano.

El Consejo estimó (Considerando Sexto) que dichas condiciones no eran válidas, porque el artículo 19 dispone expresamente que la entrega de copias de los actos y documentos se hará por parte del órgano requerido -por regla general- sin imponer condiciones de uso o restricciones a su empleo "*que no estén establecidas expresamente por una ley*", y las condiciones o los términos de uso del *site www.chilecompra.cl* no lo están de modo alguno, lo que era aplicable a toda la información pública que se solicitara a través del procedimiento de acceso a la información de los artículos 12 y ss.

(ii) El pronunciamiento anterior fue ratificado en Julio del 2009 en la Decisión de Amparo N°A54-09, formulada en consideración a un reclamo de amparo interpuesto en contra del Servicio de Impuestos Internos.

En el *Considerando Octavo*, al hacerse cargo de una de las alegaciones del SII en cuanto a que el único interés del recurrente al solicitar la información era lucrar con ella, y para aplicar literalmente y sin consideraciones la ley 20.285, se cita la *Decisión de Reclamo N°A8-09 de Junio del año 2009 pronunciada en contra de Chilecompras*, (i) para recordarla específicamente en la parte que se cita que el artículo 19 dispone que la entrega de copias de los actos y documentos se hará por parte del órgano requerido por regla general sin imponer condiciones de uso o restricciones a su empleo que no estén establecidas expresamente por una ley, y,

---

<sup>220</sup> Concretamente, lo prohibido es usar la plataforma para consultar información de bienes o servicios y hacer cotizaciones, ni reproducir o comercializar con fines de lucro dicha información y las funcionalidades del sitio web; sería el caso -por ejemplo- si se establecieran links sin autorización a sitios comerciales o de ofertas de consultoría.

(ii) para conciliarla con el Principio del artículo 11 letra g), que establece que los órganos deben entregar información a todas las personas que lo pidan en igualdad de condiciones, sin hacer distinciones arbitrarias y sin exigir expresión de causa o motivo para la solicitud.

La finalidad del recurrente del amparo del artículo 24 era un mero fin de lucro, y no fiscalizar la probidad de las actuaciones del Servicio de Impuestos Internos. *¿Cabe entender que los servicios públicos deben destinar sus recursos para permitir la generación de negocios sin fines de servicio público alguno?:* creemos que no, que si las peticiones se tornan masivas o múltiples se entrabará la gestión del órgano del Estado, y que entenderlo como lo ha hecho el Consejo, sin límites, sin matices y en forma extrema, literal y absoluta, es contrario en definitiva a los fundamentos y a la Política Pública subyacente en la Constitución Política y en la ley 20.285.

**3.** *No obstante, lo anteriormente dicho en cuanto a la regla general de la no exigencia de expresión de motivo o causa para el ejercicio del acceso a la información administrativa, es una regla general que, si queremos hacerla coexistir con la normativa chilena de protección de datos personales, debe admitir excepciones.*

Atendido que el artículo 33 letra m) de la ley de acceso y transparencia establece la obligación de que el Consejo vele por el cumplimiento adecuado de la ley 19.628, una de las consideraciones esenciales a ser tenidas en vista al resolver las solicitudes de amparo es que la segunda normativa exige que el acceso a los datos personales sólo pueda ser solicitado única y exclusivamente por el titular individualizado por los datos personales tratados computacionalmente, que es lo que le concede la calidad de legitimado activo poseedor de un interés legítimo, esto es, el de autodeterminar y controlar -en conformidad al artículo 12 de la ley 19.628- únicamente el uso de sus propios antecedentes tratados por los servicios públicos, y no el de poder conocer los datos nominativos de terceros.

De lo anterior, se concluye necesariamente, *en primer lugar*, que no cabe aplicar en sede de la protección de datos personales de la ley 19.628 el criterio de que cualquier persona sin señalar interés legítimo puede solicitar antecedentes nominativos de otra. Y *en segundo lugar*, en sede de transparencia y acceso de la ley 20.285, que si lo solicitado por el recurrente de amparo son datos personales o nominativos que no lo individualizan ni son atributos de su personalidad, el Consejo debiera resolver la negativa del acceso y de la entrega de los antecedentes, por cuanto la misma ley 19.628 que está llamado a velar para que se aplique en virtud del artículo 33 letra m) debe percibirse como una excepción a la regla general de la no exigencia de interés legítimo o, concretamente, de la no expresión de causa o motivo.

Si frente a una solicitud de acceso relacionada con datos nominativos el velar por la privacidad de los ciudadanos, tanto en cuanto datos personales *tratados* por los servicios públicos, también es una competencia legal del Consejo de Transparencia, creemos que cuando el Consejo constate que la transparencia se topa con la privacidad debe optarse por la privacidad, porque en caso contrario se estaría incumpliendo la obligación legal del artículo 33 letra m). Decisiones de Amparo como la N°A117-09, donde se negó el acceso a datos personales sensibles tratados por un Municipio, ratifican este planteamiento, más allá de que lo dictaminado haya sido atendido la concurrencia clara y fundada de una de las causales de reserva del artículo 21 de la ley 20.285.

4. Sirve como ejemplo nuevamente el caso referido más arriba. Ante una solicitud de acceder en forma asociada a los datos personales RUT + Roles de Avalúo de un ciudadano, cada uno de los propietarios de bienes raíces poseerá una "*causa suficiente*" para oponerse a la solicitud de acceso que se hace, sólo con fines comerciales (porque ahora se debe calificar si es legítimo o no el interés de la solicitud, al relacionarse con las garantías de la ley 19.628), por parte de una empresa distribuidora de información. Y por no existir un interés legítimo y por no tratarse de una solicitud realizada en forma individual, aislada o no masiva sólo por el titular de los datos personales, único legitimado por el artículo 12 de la ley 19.628, la solicitud debiera rechazarse.

5. En la Parte Primera del presente Informe consignamos algunos de los principios esenciales de la ley 19.628, los que no están señalados expresamente como los del artículo 11 de la ley 20.285. Pero, por cierto, son los mismos de la legislación española y de las Directivas de la Unión Europea, toda vez que la ley chilena de 1999 tomó -supuestamente- como modelo a la LORTAD española de 1992 y a la ley de Francia de 1978.

Sostuvimos que no era libre la gestión administrativa que realizan los servicios públicos mediante STDP -porque debía ajustarse a derecho-, y que además de las normas expresas referidas, subyacían en la ley 19.628 diversos "*principios esenciales*" que inspiraban la regulación, recogidos de la legislación y la doctrina extranjera y que configuraban un verdadero "*Código Deontológico*" para los funcionarios públicos responsables del tratamiento de los datos nominativos de los ciudadanos. Ellos son, conforme la última síntesis oficial que realiza el Boletín 6120 tantas veces referido, el principio (i) *del consentimiento del titular*, el (ii) *de los datos personales especialmente protegidos*, el (iii) *de la calidad de los datos*, el (iv) *de seguridad y de responsabilidad*, el (v) *de secreto* y el (vi) *de la cesión o transferencia telemática de datos personales*.

Confrontados estos principios con los de la ley 20.285, claramente surge una diferencia radical entre el secreto, la reserva y la confidencialidad general de la ley 19.628 con la publicidad, apertura y transparencia de la ley 20.285, que

presume que toda la información en poder de los órganos del Estado es pública. Los "Nortes" orientadores, las reglas generales y por ende las Políticas subyacentes son diversas.

(i) Si para la ley 19.628 y su artículo 4° se requiere consentimiento del titular de los datos tratados -lo que en alguna medida guarda relación con la obligación de notificar a terceros del artículo 20 de la ley de acceso y transparencia, porque este "traslado" precisamente permite que la norma se concrete y el titular autodetermine el uso de sus antecedentes-; y, (ii) si el artículo 12 sólo legitima al titular de los datos nominativos para ejercer el Habeas Data y controlar sus datos personales -por este sólo hecho, causa o motivo de ser el titular-, esto no guarda relación con el "*Principio de la no discriminación*" de la ley de acceso y transparencia, de acuerdo al cual los servicios públicos deberán entregar información a cualquier persona que lo solicite y sin exigir expresión de causa o motivo para la solicitud<sup>221</sup>.

Tanto la ley 19.628 como la 20.285 reconocen la existencia de los datos sensibles o de los personales especialmente protegidos, lo que nos ha llevado a sostener que la referencia a ellos en la ley de acceso y transparencia no es sino una nota que refleja la clara Política Pública de resguardo y preferencia de los datos personales que subyace, lo que no es un detalle menor.

Ambas normas exigen un actuar administrativo diligente. La ley 20.285 lo hace de partida cuando en la letra j) del artículo 11 consagra el "*Principio de la responsabilidad*", conforme al cual el incumplimiento de las obligaciones que impone a los órganos de la Administración origina responsabilidades y da lugar a las sanciones; en la letra f) al enunciar el "*Principio de facilitación*", conforme al cual los mecanismos y procedimientos para el acceso a la información de los órganos de la Administración deben facilitar el ejercicio del derecho y excluir exigencias o requisitos que puedan obstruirlo o impedirlo; y en la letra h) que consagra el "*Principio de la oportunidad*", el que implica que los servicios 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.

De la ley 20.285, por último, nunca podrían tener cabida en la aplicación de la ley 19.628 los siguientes otros principios: (i) el "*Principio de la libertad de información*", de acuerdo al cual toda persona goza del derecho a acceder a la información que obre en poder de los servicios públicos y con las solas excepciones o limitaciones establecidas por leyes de quórum calificado; y, (ii) el "*Principio de máxima divulgación*", en cuya virtud los órganos de la Administración

---

<sup>221</sup> En sede de protección de datos en cambio, los servicios públicos sólo deben atender las peticiones de habeas data o derecho de acceso para controlar y autodeterminar los datos personales cuando sean realizadas por los propios titulares individualizados y teniendo como motivo o causa suficiente el sólo hecho de serlo -pero sin que puedan entorpecer la gestión de la Administración del Estado.

del Estado deben proporcionar información en los términos más amplios posibles, excluyendo sólo aquello que esté sujeto a las excepciones constitucionales o legales.

6. Un ejemplo concreto puede servir para relevar como debiera ser rechazada una solicitud de acceso, a partir de la importancia que la institucionalidad de la protección de datos personales le asigna al hecho de que los servicios públicos sólo pueden tratar-comunicar los datos personales cuando ello sea de su competencia de Derecho Público, y en segundo lugar, a que el tratamiento que realicen sólo obedezca a la finalidad de cumplir con los fines promocionales y asistenciales que le son propios.

*Sería el caso en que una agencia de viajes le solicitara al Servicio de Registro Civil una base de datos -masiva, sistematizada y fidelizada, sin "ruidos" ni "silencios"- con los nombres, RUT y domicilios de las personas que se hubieran casado dentro de los seis meses anteriores a la petición, a efectos de ofrecerles planes turísticos de luna de miel y/o de recién casados.*

En sede de la ley de acceso y transparencia a esta fecha el Consejo es probable que resolvería el reclamo señalando que sin importar quien lo pide y la finalidad con que se hace, el Registro Civil debiera entregar la información porque ella está contenida en las Actas y bases de datos del servicio y porque por ley es de su competencia exclusiva la entrega de la información mediante certificados de matrimonio que se comercializan, donde ambos -Actas y certificados- son documentos públicos.

Pero no es de competencia del Servicio de Registro Civil el informar quiénes han sido los nacionales que contrajeron matrimonio específicamente los seis meses anteriores a la solicitud, individualizándolos en conformidad a sus nombres, números de RUT y domicilios. Nosotros esperaríamos que al tratarse de datos personales los calificara de personales y secretos para un tercero solicitante diverso del titular, que aparece pidiéndolos en forma masiva, sistematizada, fidelizada y no unitaria, sin pagar el costo de los certificados y sólo cancelando los costos directos de generación o reproducción y de soporte a que alude el artículo 18.

Si este mismo Consejo asume la obligación del 33 letra m) y aplica los principios de la protección de datos personales, debiera considerar: (i) que no existe competencia alguna asignada al Registro Civil para ser proveedor de datos personales en forma masiva, (ii) que la entrega solicitada no persigue fines de servicio público sino sólo comerciales o de lucro, (iii) que la competencia legal que el órgano posee para tratar los datos sobre estado civil de los chilenos sólo llega hasta la eventual certificación caso a caso o uno a uno cuando se le solicita la certificación de los antecedentes de sólo una persona o un RUT determinado, (iv) que generar esta información distrae indebidamente a los funcionarios del



cumplimiento de sus labores habituales, y, (v) que si bien es cierto los contrayentes y/o cónyuges no pueden oponerse a que se pida un certificado asociado a un sólo RUN de ellos cuando este se individualiza, al ser notificados para oponerse en conformidad al artículo 20° se hiciera valer el que se está pidiendo información que el Registro Civil trata con una finalidad específica para fines distintos y de mero lucro.

## I. Comentarios a algunos criterios jurisprudenciales del Consejo de Transparencia, sostenidos en los Dictámenes de Amparo en materia de tratamiento y protección de datos personales<sup>222</sup>.

1. De manera general, la *experiencia y los criterios contenidos en algunos de los Dictámenes de Amparo que ha emitido el Consejo de Transparencia* permiten establecer algunas clasificaciones y/o distinciones. Algunas de las opciones se comparten en este Informe y otras -como el caso del *Dictamen de Amparo N°A10-09*, sobre el acceso a las calificaciones por su desempeño de los funcionarios públicos, las informamos en su momento para ser resueltas en forma contraria a la decisión que -en definitiva- adoptó el Consejo.

En efecto, el Consejo:

(i) Ha considerado que algunos datos personales de los funcionarios públicos, como sus calificaciones, deben ser entregados en sede del acceso a la información administrativa;

(ii) Ha resuelto además que antecedentes como los números de RUT de los ciudadanos y de los funcionarios deben ser mantenidos en reserva al momento de entregar otros antecedentes -en coincidencia con la norma que en sede de transparencia activa obliga a informar los datos personales sobre remuneraciones de los funcionarios asociados a sus nombres y apellidos-;

(iii) Ha resuelto que los datos personales de aquellos ciudadanos que estén optando a cargos de funcionarios públicos deben ser transparentados cuando los mismos postulantes, titulares y propietarios, los soliciten;

(iv) Ha resuelto que respecto de los ciudadanos algunos datos personales deben ser tachados al entregarse la información solicitada; y,

<sup>222</sup> Comentarios y análisis de los propios abogados del Consejo de Transparencia, en los que se pone el énfasis en la forma en que el Consejo ha resuelto los *test de transparencia* y efectivamente ha equilibrado la protección de datos personales con el acceso a la información, pueden verse en la URL [http://www.consejotransparencia.cl/prontus\\_consejo/site/artic/20091214/pags/20091214173541.html](http://www.consejotransparencia.cl/prontus_consejo/site/artic/20091214/pags/20091214173541.html)

(v) Ha considerado que los datos personales y en especial los sensibles o personalísimos de los ciudadanos deben ser reservados y no accesibles por cualquier persona, que no posean en definitiva y de hecho -es nuestra opinión- interés legítimo, causa o motivo pero en sede de la ley 19.628.

**2. Algunos datos personales "de los funcionarios públicos", como sus calificaciones funcionarias, deben ser entregados en sede de Derecho de Acceso (DA N°A10-09 y N°A126-09).**

**2.1 Supuesto o hipótesis de análisis.**

Al MINVU y a FONASA se les pidieron en sede de la ley 20.285 datos personales o nominativos de los funcionarios públicos que trabajan en los servicios, relacionados con sus calificaciones de desempeño profesional.

Concretamente, se solicitaron en forma masiva y nominada, no disociada, identificada y referida a un funcionario determinado las calificaciones de todo el personal y ex-funcionarios del MINVU y FONASA desde el año 2003 al 2008, en formato Excel, conteniendo en cada columna el RUT, tipo de contrato, el estamento, sexo, puntaje, lista de calificación, y el año. Además, se solicitó incluir la tabla de calificaciones y los rangos de inicio y término de cada lista de calificación.

**2.2** De manera general, respecto a un funcionario público puede interesar conocer antecedentes, por ejemplo, sobre sus remuneraciones, la modalidad de contratación, sus licencias, enfermedades o su estado de salud, el hecho de ser o no discapacitado para determinar si se cumple con algún porcentaje mínimo obligatorio que la ley exija estén contratados en un servicio público, sus calificaciones, sus declaraciones de impuestos, su situación patrimonial y sus declaraciones de patrimonio, sus antecedentes penales, si cumple con los requisitos de ingreso a la Administración Pública, sus cualificaciones profesionales o curriculum vitae, sus fotos, sus nombres, el número de su teléfono celular y el nivel de gastos reflejados en la cuenta, sus relaciones familiares o la nómina de sus parientes que trabajan en el mismo servicio público, o incluso -es un tema del cual nos hicimos cargo en la parte primera- el contenido de sus correos electrónicos funcionariales.

La situación de algunos de estos datos personales ya está resuelta expresamente por normas de Derecho Público que presumen intereses legítimos en los solicitantes o el interés público involucrado. Por ejemplo, se publican remuneraciones y la modalidad en que está contratado el funcionario -planta, a contrata, a honorarios- en sede de transparencia activa; los datos de salud son

sensibles y reservados<sup>223</sup>; sus declaraciones de impuestos son secretas -como las de todos los contribuyentes-; sólo algunas declaraciones de patrimonio son públicas y obligatorias de realizarse; y, debe acreditarse públicamente el cumplir con los requisitos de ingreso que establece el Estatuto Administrativo.

Si no hay norma expresa sobre "*las calificaciones*", y si son datos personales no disponibles en fuentes públicas, nuestro análisis jurídico se inclinó por su reserva y la improcedencia de ser revelados masivamente en sede de la ley 20.285. La conclusión sería diversa, si con la divulgación del dato personal "*calificación del funcionario*" se permitiera conocer el desempeño -correcto o no- de las tareas y responsabilidades asignadas únicamente a un funcionario y en un caso concreto o determinado, a cuyo respecto se acreditara un interés legítimo del solicitante -cosa que por cierto la ley de acceso y transparencia no exige-.

**2.3** Los planteamientos que formulamos, para sostener la postura de la negativa en la entrega de las calificaciones de los funcionarios, fueron los siguientes:

a) Reconocimos que el razonamiento jurídico no era de modo alguno fácil, porque, como señala un documento de la Red Iberoamericana de protección de datos personales del año 2005<sup>224</sup>, junto a un supuesto consenso generalizado en apoyo a la protección de los datos personales de los empleados públicos en la medida que ello no impida sus rendiciones de cuentas administrativas, hay quienes consideran que un funcionario público debe renunciar a su derecho a la privacidad en *pro* de la transparencia aún cuando no se trate de datos personales inherentes al cargo que desempeña.

b) Entendimos que un funcionario público en Chile sólo excepcionalmente y por ley renuncia a su derecho a la privacidad en *pro* de la transparencia, al tenor de los artículos 5°, 7°, 10°, 21 N°2 y N°5 y 33 letra m) de la ley 20.285, de la ley 19.628 y del artículo 19 N°4 de la CPE. Un funcionario público chileno, por el hecho de desempeñarse en la Administración Pública no puede entenderse que pierde o que ve esencialmente disminuidos sus derechos fundamentales, y toda restricción o limitación legal deberá cuidar de no entorpecer esencialmente el ejercicio de su derecho a la privacidad y de su derecho a la protección de sus datos personales.

---

<sup>223</sup> Recuérdese que el artículo 10 de la ley 19.628 señala que no pueden ser objeto de tratamiento los datos sensibles, salvo cuando la ley lo autorice, exista consentimiento del titular o sean datos de salud necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares.

<sup>224</sup>

Véase la URL [https://www.agpd.es/portaIweb/internacional/red\\_iberamericana/encuentros/IV\\_Encuentro/common/pdfs/MexicoAccesodefinitivo.pdf](https://www.agpd.es/portaIweb/internacional/red_iberamericana/encuentros/IV_Encuentro/common/pdfs/MexicoAccesodefinitivo.pdf)

c) No nos pareció esencial al análisis considerar la petición de los números de RUT de los funcionarios públicos, sino que debía tenerse presente que ello se hacía en asociación con sus calificaciones administrativas. La solicitud de acceso también podría hacerse pidiéndose la asociación de las calificaciones a los nombres y apellidos de los funcionarios, pero precisamente, se hacía en relación al elemento indexador RUT porque es mucho más preciso y exacto, y porque luego puede ser asociado, fidelizado, relacionado y procesado computacionalmente con otros antecedentes disponibles en otras bases de datos<sup>225\_226</sup>.

d) Tuvimos presente que los mencionados eran datos generados por una entidad pública en el ejercicio de sus competencias, que no se solicitaban en forma innominada o estadística. Si así hubiera sido, o se resolviera que procede su entrega de manera que no sea factible identificar al funcionario calificado, se terminaba el problema de resguardar esfera privada alguna -en los términos del artículo 21 N°2- de un funcionario público. Si se hubiera solicitado la información anterior no asociada con el RUT o con los nombres y apellidos de los funcionarios, no habría problema alguno en transparentar -por ejemplo- que "x cantidad" de funcionarios fue calificada en Lista 1, otro tanto en Lista 2, y sólo "x" en Lista 3.

e) Que las referencias a *cualquiera otra información* de los artículos 5 inciso segundo y 10 inciso segundo de la ley 20.285 no podía ser extensiva a los datos personales o nominativos, ni de los ciudadanos ni de los funcionarios públicos, en caso de una solicitud en sede de transparencia pasiva. De acogerse una interpretación en sentido contrario, se violarían la ley 19.628 y el artículo 19 N°4 de la CPE.

f) Que las referencias en sede de transparencia activa y sin que medie una petición previa y expresa de acceso, transparencia o publicidad a las remuneraciones o sueldos "*de los funcionarios*" y a las nóminas "*de los ciudadanos beneficiarios de programas sociales*" -que son datos personales según la ley 19.628- debían ser consideradas excepcionales y de aplicación restrictiva.

g) Que el interés del legislador de la ley 20.285 por proteger los datos personales y la privacidad, en la búsqueda del equilibrio necesario, quedaba "*aún*

<sup>225</sup> Por cierto, si nos ponemos en la hipótesis de no entregar la información solicitada asociándola a un RUT o a un nombre propio, nos desplazaríamos al ámbito de la información estadística. Y acá, al ser data personal pero innominada o desagregada, no tiene aplicación alguna la institucionalidad jurídica de la protección de datos personales o de la ley 19.628.

<sup>226</sup> Lo relevante para la resolución del Consejo de Transparencia debía ser la consideración del dato personal o nominativo "*calificación de un funcionario público*", y si se decidía acceder al reclamo de amparo y entregar en forma sistematizada las calificaciones de muchos funcionarios recibidas en un lapso determinado, esa información nominativa o personal debió ser entregada asociándola a un número de RUN o de RUT, porque así lo exige un Decreto Número 18 del año 1973.

*más claro*" en conformidad al inciso que en la letra i) del artículo 7° precisaba que a propósito de la publicación de los beneficiarios sociales no se incluirán los datos sensibles, esto es, los datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen social, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual.

h) Que la causal de rechazo del artículo 21 número 2, al establecer las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, aludía a derechos de las personas como su seguridad, su salud o la esfera de su vida privada, y por ende debía ser considerada como la regla general desde la perspectiva o tratándose de la eventual comunicación, publicación o conocimiento por terceros de datos personales o nominativos, resultando aplicable tanto *"a los ciudadanos"* como *"a los funcionarios públicos identificados en cuanto a su calificación administrativa"*, porque la ley no distinguía.

i) Que debía entenderse que, si bien por regla general en materia del acceso de la ley 20.285 el Consejo no había exigido expresión de causa o motivo para los peticionarios, *si debía concurrir un interés legítimo y público acreditado y demostrado para una petición administrativa general y no referida a un caso concreto en que se cuestionara el desempeño de un funcionario determinado* (porque el recurrente de amparo no lo había invocado así), cuando se refería a datos personales de los funcionarios y considerando supletoriamente las exigencias los artículos 1° inciso 1ro, 18° inciso 1ro y 21 N°1 de la ley 19.880 -sobre Bases de Procedimientos Administrativos-, para integrar las disposiciones de la ley 20.285.

j) Que no afectaba a las conclusiones anteriores el que según el Estatuto Administrativo las calificaciones son información elaborada con presupuesto público, que se trata de una materia propia de la competencia de todo servicio público, y que existe la obligación de cumplir con la calificación. Esto abona el principio general del artículo 20 de la ley 19.628, que establece que un servicio puede procesar o tratar datos de las personas cuando caiga bajo su competencia privativa de Derecho Público -misma que ahora determina el Estatuto Administrativo- y conforme a las funciones que esa competencia implique, pero no se podía concluir que la existencia de esta carga u obligación habilitaba para que posteriormente el servicio pueda comunicar los resultados a terceros carentes de interés legítimo, que las actas de calificación estarían en bases de datos públicas, que las calificaciones no son parte de la esfera privada de un funcionario, y que los artículo 5° y 10° de la ley 20.285 así lo permitirían expresamente.

k) Que en términos del artículo 8° de la CPE, procedía la reserva o secreto porque la publicidad del detalle de las calificaciones afectaría los derechos de los funcionarios públicos establecidos en el artículo 19 N°4 de la Constitución y en la

ley 19.628 y su entrega, sin exigencia previa ni acreditación de un legítimo interés, sería un abuso del derecho que posee el peticionario y recurrente de amparo en conformidad a la ley 20.285, solicitud que -a nuestro entender- no apuntaría al objetivo constitucional de permitirse la transparencia en el uso de recursos públicos y de evitarse la falta de probidad en la Administración del Estado.

l) Que para determinar el eventual beneficio público de transparentar las calificaciones de los funcionarios y de llevarlas desde la esfera privada a la esfera social o pública, debía explorarse el resultado de realizar un "*test o prueba de interés público*". Esto es, el analizar si por la importancia del problema o de la información solicitada debía prevalecer el interés público por sobre los intereses individuales de los funcionarios calificados, o dicho de otra forma, si la apertura de la información sobre su desempeño era un bien superior al perjuicio que se ocasionaría por mermar su esfera privada o su derecho a la privacidad. Pero este procedimiento, según al parecer establecen las normas comparadas de derecho de acceso -que no hemos tenido a la vista-, debería realizarse no de oficio sino a petición la parte interesada y recurrente de amparo, lo que no se había verificado.

m) Un punto de contacto esencial: ...que al resolver una reclamación o solicitud de amparo de los artículos 8 (Transparencia Activa) o 24 (Transparencia Pasiva) de la ley 20.285, el Consejo debía tener presente que al mismo tiempo debía velar porque los servicios públicos cumplieran con o aplicaran la normativa de la ley 19.628, porque así lo establece expresamente el artículo 33 letra m. Ergo, al tenor de la ley 19.628, debía considerarse:

(i) que las bases de datos personales del MINVU y de FONASA no eran fuentes de acceso público o accesibles al público (artículo 2°) sino que eran de acceso restringido o reservado a los solicitantes, salvo, por cierto, que la petición se haga por el propio titular, únicamente respecto de sus propios antecedentes, y ejerciendo el derecho de acceso o habeas data del artículo 12°.

(ii) que los órganos implementan y administran las bases de datos y procesan (o tratan) los datos personales "*de los funcionarios*" y "*de los ciudadanos*" porque leyes especiales como la 19.628 y sus leyes orgánicas los facultan -artículo 4°-, sin que deban pedirle autorización previa, expresa y por escrito ni a los ciudadanos ni a los funcionarios;

(iii) que al hacerlo, como responsables de bases de datos no accesibles al público, regía para ellos la obligación de secreto del artículo 7°;

(iv) que los órganos MINVU y FONASA debían usar esos datos sólo para los fines para los cuales fueron recolectados -artículo 9°-;

(v) que los órganos MINVU y FONASA no podían transmitir en forma electrónica los datos personales sobre calificaciones de los funcionarios existentes en sus bases, porque ello no guardaba relación con sus fines y tareas de servicio

público y porque no tenían expresamente asignada la competencia de Derecho Público para hacerlo -artículo 5°-;

(vi) que los órganos MINVU y FONASA debían procesar o tratar los datos personales sólo respecto de materias de su competencia -artículo 20°-, y no existen normas de Derecho Público que les asignen competencia para ser proveedores de la información referida a sus funcionarios (salvo que se haga en forma innominada o estadística) o que, incluso, les permitan vender sus bases de datos;

(vii) que la ley 20.285 no primaba por especialidad, como para entender que ella los obliga a entregar datos personales de funcionarios o de ciudadanos identificados nominativamente a terceros diversos de los funcionarios o de los ciudadanos, sin que primero obtengan la autorización expresa, por escrito, fundada e informadamente que exige el artículo 4° de la ley 19.628;

(viii) que con un criterio interpretativo que no proteja "las características morales" involucradas dentro de los factores de calificación de los funcionarios (v.gr. interés por el trabajo realizado, liderazgo, capacidad para trabajar en equipo), podrían terminar entregándose las calificaciones y también los informes psicológicos a un peticionario que ni siquiera acredita un interés legítimo para solicitar esta información, con lo cual, se les podría estigmatizar ante terceros e influenciar o generarse eventualmente malas o erradas convicciones en los posible futuros empleadores del funcionario, discriminándose en su derecho de acceso al trabajo; y,

(ix) que de no respetarse las normas anteriores, los órganos incurrirían en responsabilidades de Derecho Público en conformidad a los artículos 11 y 23, y eventualmente procedería la indemnización de perjuicios.

**2.4** Empero, en definitiva el Consejo resolvió la entrega de las calificaciones y acoger parcialmente el amparo interpuesto. Se basó para ello en que no se había cuestionado que las calificaciones si eran información pública, y que lo objetado era la entrega porque la data no estaba disponible como se pedía (en una hoja de cálculo con varias columnas); que tanto el proceso de calificaciones como el escalafón que se forma y se envía a la Contraloría General contenía toda la información solicitada, aunque en un formato diverso al solicitado y sin incluir a los funcionarios a contrata; que la entrega de la información no distraería indebidamente a los funcionarios; y, muy especialmente, porque no había duda del interés público que tienen las calificaciones funcionarias como mecanismo de rendición de cuentas no sólo ante las jefaturas sino también ante la sociedad.

El Consejo resolvió (Considerando Doce) que a pesar del interés público que tenía la entrega de las calificaciones funcionarias, algunos argumentos debían formularse en consideración a la ley 19.628 y matizarse tratándose del número de

"RUT" de los funcionarios y ex funcionarios públicos, requerido por el solicitante, el que no debía entregarse. Tuvo presente la naturaleza de dato personal de las calificaciones, que por el artículo 4° y el 20° el MINVU y FONASA podían procesar, y la obligación de secreto del artículo 7°.

Se percibió que si una persona había estado interesada en acceder a ser funcionario público y que a ese efecto -por exigirlo el artículo 13 del Estatuto Administrativo- la entrega de sus antecedentes personales debía hacerse porque estaba obligado, en el sentido que lo permite el artículo 4° de la ley 19.628, el Consejo estimó que el dato RUT no se había obtenido directamente de un registro público y por ende legalmente se mantenía en los sistemas del MINVU y de FONASA sólo para su tratamiento administrativo al interior del servicio público respectivo y no para su cesión a terceros.

**3. Los números de RUT "de los funcionarios públicos" deben ser mantenidos en reserva al momento de entregar otros antecedentes relacionados (DA N°A10-09 y N°A126-09),** en coincidencia con la norma que en sede de transparencia activa obliga a informar los datos personales sobre remuneraciones de los funcionarios asociados sólo a sus nombres y apellidos.

Las consideraciones en sede de la ley 19.628 tenidas en vista fueron: que el RUT era un código numérico creado con el fin de identificar a los contribuyentes del país; que se trataba de un dato de carácter personal en conformidad a la ley 19.628, cuyo tratamiento sólo puede efectuarse cuando dicha ley u otras disposiciones legales lo autoricen o el titular consienta expresamente en ello; que quienes trabajen en el tratamiento de datos personales, tanto en organismos públicos como privados, están obligados a guardar secreto sobre los mismos, cuando provengan o hayan sido recolectados de fuentes no accesibles al público; que el tratamiento de datos personales por parte de un organismo público sólo podía efectuarse respecto de las materias de su competencia....; y que el RUT no estaba disponible en fuentes de acceso público.

En todo caso y cuanto al dato de los RUT de los funcionarios públicos del MINVU y de FONASA calificados, creemos que el Consejo no reparó en los siguientes aspectos:

a) Que los RUT de los funcionarios públicos que obran en poder de los respectivos servicios donde se desempeñan se obtiene de manera directa, no sólo por la mera voluntad o consentimiento del empleado público que postula al cargo -lo que podría entenderse como una autorización tácita derivada del haber postulado a ser contratado y que se refiere sólo a la posibilidad de que se registren los antecedentes nominativos-, sino además por una exigencia legal del Estatuto Administrativo que obliga a su entrega y registro al momento de ser contratados. Así considerado, cabe concluir que los órganos de la Administración no acceden a los RUT y a los restantes antecedentes identificativos desde fuentes



de datos personales accesibles al público, en el sentido de aquellas a que alude el artículo 2° de la ley 19.628; y,

b) Que por el hecho de ser contratados los funcionarios y estar disponibles sus RUT (y otros datos personales) en los sistemas o bases de datos del servicio, ellos no se transforman en parte de fuentes de datos personales de acceso público ni pasan a ser de propiedad del órgano, quien sólo es un mero poseedor. Ergo, si su comunicación o cesión a terceros particulares que lo requieran no ha sido expresamente permitida o establecida como de su competencia por normas del Derecho Público Constitucional o Administrativo, y se aparta de los fines que motivaron su recogida, recopilación y registro, se requeriría autorización expresa del funcionario para comunicar o ceder el RUT asociado a su calidad de funcionario (esto, aplicando la regla general de los artículos 4° y 20<sup>227</sup> de la ley 19.628)<sup>228</sup>.

**4. Respecto "de los ciudadanos" algunos datos personales como los números de RUN o de RUT también deben ser tachados al momento de entregarse la información solicitada (Decisión de Amparo N°A33-09).**

El amparo fue interpuesto por una persona para solicitar copia de la red familiar del causante de una herencia que se había denunciado como vacante, en contra de la Subsecretaría de Bienes Nacionales.

El Consejo, tras analizar un Oficio del Servicio de Registro Civil que informó "la red familiar de ese causante", constató que el documento contenía datos personales de los integrantes de dicha red, concretamente sus (i) *números de RUN*, (ii) su *domicilio* y (iii) los *datos de algunas inscripciones de matrimonio y de nacimiento*.

En base a las normas de la ley 19.28, que el Consejo debe hacer aplicar en conformidad al artículo 33 letra m) y que regula los antecedentes nominativos tratados computacionalmente que pueden formar parte de la esfera privada de una persona (lo que además configura o materializa la causal de reserva del 21 N°2 de la ley de acceso y transparencia), determinó que el RUN y el domicilio de los terceros que constaban en la red familiar en poder de la Subsecretaría de Bienes Nacionales no provenían ni habían sido recolectados de las "*fuentes accesibles al público*" a que alude el artículo 2° de la ley de protección de datos. Como a ellos

<sup>227</sup> El artículo 20 dispone que *el tratamiento de datos personales por parte de un organismo público sólo podrá efectuarse respecto de las materias de su competencia y con sujeción a las reglas precedentes. En esas condiciones, no necesitará el consentimiento del titular.*

<sup>228</sup> Cuestión diversa será cuando el requerimiento de los RUT lo realice otro servicio público, ante lo cual y en conformidad al artículo 5° de la LBGAE debe considerarse la viabilidad de colaborar con él y entregar los RUT, o cuando se entregue en virtud de un convenio de intercambio que persiga fines de servicio público o de mejor funcionamiento de la Administración del Estado.

sólo puede accederse con la autorización de su titular o cuando la ley lo permite -y no existe ley expresa que obligue a dar a conocer ni el RUN ni el domicilio de una persona-, en definitiva se dispuso el acceso a la información solicitada pero "*tachándose u ocultándose*" estos dos datos.

**5. Los datos personales "de aquellos ciudadanos que estén optando a cargos de funcionarios públicos" deben ser transparentados (Decisiones de Amparo N°A29-09 y A35-09).**

5.1 Como ya anticipamos, en la Decisión de Amparo N°A29-09 el Consejo ha considerado tener competencia para conocer del reclamo respecto de los datos personales de un solicitante, *con la muy especial particularidad de que no era un tercero cualquiera que accionara sin expresar causa o motivo* (como lo permite el artículo 11 letra g) de la ley 20.285), sino que era el propio postulante y titular de los datos el que quería acceder a los resultados de su evaluación personal, los que habían sido parte de los fundamentos tenidos en vista en un proceso administrativo de postulación a un cargo en un servicio público y para la dictación del acto administrativo final de selección.

Citamos: "*...el solicitante requería los resultados de su evaluación personal en el proceso de selección implementado para proveer el cargo de Jefe de Cobranzas y Quiebras de la Tesorería General de la República. La Dirección Nacional del Servicio Civil (DNSC) invocó la causal constitucional de afectación de los derechos de las personas, prevista también en el artículo 21 N°2 de la Ley de Transparencia, argumentando que el titular de los informes psicolaborales no sería el postulante a que se refieren, sino la autoridad que solicitó la asesoría profesional para efectuar dicha evaluación*".

En la Decisión en comento el Consejo estableció que aunque el informe fue encargado por la Dirección el titular de los datos allí contenidos era la persona a que se refieren dichos datos, en este caso, el postulante requirente, e hizo aplicación expresa de la norma que conforme al artículo 33 letra m) está llamada a velar porque se aplique, por cierto al conocer de las materias propias de su competencia. Así, aplicándose el artículo 2° letra ñ) de la ley 19.628, que entiende por titular de los datos a la persona natural -identificada e identificable- a la que se refieren los datos nominativos, resolvió que el solicitante y requirente de amparo tenía derecho a conocer su evaluación personal, con excepción o excluyéndose las referencias a terceros o a los otros postulantes.

En este caso, no se solicitaron en forma directa los datos personales sino el acceso a un acto administrativo, lo cual permitía aplicar el artículo 10° de la ley 20.285. En este particular y excepcional caso, donde no se estaba invocando la causal "*cualquiera otra información que obre en poder del servicio o que se elabore con presupuesto público*" sino en que se solicitó el acceso a un acto administrativo específico, al solicitante y recurrente de amparo -titular de los datos

que eran parte de su "esfera privada"- no podría aplicársele la causal de reserva o secreto del artículo 21 N°2, y el Consejo determinó la procedencia de la entrega de la información.

En nuestra opinión, si la ley 20.285 hubiese sido usada por el titular de los datos personales sólo para acceder a información personal que obraba en poder del organismo público, sería una opción jurídicamente cuestionable, y tanto el órgano requerido como el Consejo de Transparencia deberían haberlo puesto de relevancia y haberse abstraído de conocer el asunto. En la especie, se pidieron los fundamentos del acto administrativo que cerró un proceso de selección de personal y no directamente los datos personales del postulante.

Haciendo aplicación de la normativa relativa a la protección de datos, el Consejo determinó que es claro el artículo 2° ñ) de la ley N°19.628, sobre protección de datos personales, que entiende por titular a la persona natural a la que se refieren los datos de carácter personal, y que en consecuencia el requirente tenía derecho a conocer su evaluación personal, con excepción de las referencias de terceros.

*¿Pero si la solicitud de acceso a la información la hubiera presentado una persona distinta del titular de los datos, habría el Consejo aceptado la concurrencia de la causal del artículo 21 N°2<sup>229</sup> y denegado el acceso a la información?*

**5.2 Amparo al derecho de acceso a la información interpuesto en contra de la Dirección Nacional del Servicio Civil, que negó el acceso a la información relativa al proceso de selección implementado para proveer el cargo de Subdirector de Estudios y Desarrollo del Servicio de Registro Civil e Identificación (Decisión Amparo N°A35-09).**

Respecto de los dos postulantes que no se opusieron a la entrega de su identidad ni informaron el traslado que les fue conferido en conformidad al artículo 20 de la ley 20.285, el Consejo estimó, "en principio", que podría aplicarse el artículo 7° de la ley 19.628 y declarar que sus identidades eran reservadas.

Pero, teniendo a la vista el inciso final del artículo 20 de la ley de acceso y transparencia, que dispone que de no deducirse oposición por parte de la persona potencialmente afectada por la difusión de una determinada información dentro de los tres días desde que fue notificada de la solicitud se entenderá que ella accede a la publicidad de la información, esta norma era la que debía preferirse y aplicarse en este caso, (i) por su especialidad y (ii) por el interés público existente en conocer el funcionamiento de este servicio público, ya que no se trataba de la

---

<sup>229</sup> Es la que permite negar el acceso 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.

identidad de cualquier postulante sino, específicamente, de la de aquéllos que fueron propuestos para ser elegidos por el Comité de Selección de directivos.

En su fallo el Consejo, "...agrega que la conclusión anterior cambiaría tratándose del silencio de postulantes que no fueron incluidos en dicha nómina de candidatos, porque en este supuesto el Consejo estima que aplicando un test de daño o interés público prevalecería la reserva del dato personal sobre su publicidad, porque la difusión de tales identidades contribuiría escasamente a conocer el fundamento de la decisión adoptada. En esa hipótesis, el Consejo, en caso de silencio, estima que debiera preferirse el artículo 7° de la ley 19.628 por sobre el inciso final del artículo 20 de la ley de acceso y transparencia"<sup>230</sup>.

**6. Negativa de entregarse datos personales "de los ciudadanos" porque la publicidad, comunicación o conocimiento datos personales puede afectar derechos de terceros, trabajadores denunciantes o de los que han prestado declaración ante la Inspección del Trabajo (Decisión de Amparo N°A53-09).**

En este caso el solicitante presentó amparo al derecho de acceso a la información por haberle sido denegado el acceso a la copia de los expedientes relativos a las multas cursadas en su contra, por la Dirección del Trabajo.

El Consejo estimó que la confidencialidad en este procedimiento de fiscalización sólo regía durante su tramitación, pero consideró que "*cierta parte de la información contenida en los expedientes solicitados por el reclamante*" podrían contener datos personales de terceros, que deberían ser protegidos de acuerdo a los artículos 2°, 4°, 7°, 10° y 20° de la ley 19.628.

Si bien es cierto se consideró que no se podía desconocer la naturaleza especial de las denuncias realizadas por los trabajadores ante la Dirección del Trabajo, existía el riesgo derivado de que tanto su divulgación como la de la identidad de los denunciantes o la de los trabajadores que habían declarado en un proceso de fiscalización en contra del empleador, afectara su estabilidad en el empleo o los hiciera víctimas de represalias, sobre todo si se mantenían laboralmente vinculados con el empleador denunciado.

*"Por consiguiente, dispuso que, respecto de aquellos datos personales señalados, cabe entender que la publicidad, comunicación o conocimiento de dicha información puede afectar derechos de terceros —en el caso en análisis de los trabajadores denunciantes o de los que han prestado declaración—, en*

---

230

Tomado de la URL [http://www.consejotransparencia.cl/prontus\\_consejo/site/artic/20091214/pags/20091214173541.html](http://www.consejotransparencia.cl/prontus_consejo/site/artic/20091214/pags/20091214173541.html)

*particular tratándose de la esfera de su vida privada y sus derechos de carácter económico emanados de la relación laboral, configurándose de esta forma y respecto de aquellos datos la causal del artículo 21, numeral 2 de la ley de acceso y transparencia, causal que se encuentra reforzada por la especial función que el artículo 33, letra m), de la Ley de Transparencia, encomienda al Consejo, en orden a velar por el adecuado cumplimiento de la ley 19.628 por parte de los órganos de la Administración del Estado<sup>231</sup>. Efectivamente, como ya analizamos en el Acápito F de esta Segunda Parte, el artículo 33 letra m) "refuerza" o hace aún más importante la causal del 21 N°2.*

---

<sup>231</sup> Tomado de la URL [http://www.consejotransparencia.cl/prontus\\_consejo/site/artic/20091214/pags/20091214173541.html](http://www.consejotransparencia.cl/prontus_consejo/site/artic/20091214/pags/20091214173541.html)

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### AUTORES - DOCUMENTOS

JIJENA LEIVA, Renato, Chile, *La Protección Penal de la Intimidad y el Delito Informático*, Editorial Jurídica de Chile, 1992.

JIJENA LEIVA, Renato, "*La ley chilena de protección de datos personales: una visión crítica desde el punto de vista de los intereses protegidos*"; en Estudios sobre la Ley N°19.628 sobre protección de datos de carácter personal, Cuadernos de Extensión Jurídica 5, Facultad de Derecho Universidad de Los Andes, año 2001.

MENDOZA ZUÑIGA, Ramiro, "*Régimen de los bancos de datos de organismos públicos. Una aproximación del Derecho Administrativo a la ley sobre protección de la vida privada*"; en Estudios sobre la Ley N°19.628 sobre protección de datos de carácter personal, Cuadernos de Extensión Jurídica 5, Facultad de Derecho Universidad de Los Andes, año 2001.

MINSEGPRES, CERDA Alberto y otros; Informe de Agosto del año 2004, elaborado por la Secretaría Técnica de un Comité multidisciplinario de análisis del *tratamiento de datos personales en los sitios Web del Estado*.

PUCCINELLI, Oscar, *El Habeas Data en Indoiberoamérica*; Editorial Temis, Colombia, 1999.

SOTO VELASCO, Sebastián; "*Ley de Transparencia: desafíos en su aplicación*"; en Revista Temas de la Agenda Pública, Año 4, N°30, de septiembre del 2009.

VAN WEZZEL, Alex, "*Privacidad y publicidad de las deudas tributarias*", en Informativo Jurídico de la Editorial Jurídica de Chile, N°40; de Junio del 2007.

### PRINCIPALES URLS CONSULTADAS

<http://www.habeasdataorg.cl>

<http://www.soteder.blogspot.com>

[http://www.estrategiadigital.gob.cl/files/Guia\\_Metodologica\\_PMG\\_Gobierno\\_Electrónico\\_2009.pdf](http://www.estrategiadigital.gob.cl/files/Guia_Metodologica_PMG_Gobierno_Electrónico_2009.pdf)

<http://www.redipd.org/reuniones/encuentros/IV/index-ides-idphp.php> y  
[http://www.redipd.org/reuniones/encuentros/IV/common/mexico\\_acceso\\_definitivo](http://www.redipd.org/reuniones/encuentros/IV/common/mexico_acceso_definitivo).

pdf , donde se encuentra disponible el documento "*Acceso a la Información Pública y Protección de datos Personales*", adoptado en México el año 2005 en el contexto del IV Encuentro *Iberoamericano* de Protección de Datos.

[http://www.consejotransparencia.cl/prontus\\_consejo/site/artic/20091214/pags/20091214173541.html](http://www.consejotransparencia.cl/prontus_consejo/site/artic/20091214/pags/20091214173541.html)

***Santiago, Diciembre del 2009.***

**INFORME EN DERECHO**

***LEY DE TRANSPARENCIA Y EMPRESAS PÚBLICAS***

**23 de Diciembre de 2009**



## INDICE

I.	INTRODUCCION	3
II.	PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PUBLICIDAD	4
III.	ORGANOS ESTATALES OBLIGADOS POR EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD	6
IV.	ESTADO EMPRESARIO	7
	1. Aproximación	8
	2. Explicación	9
	3. Situación en Chile	11
	4. Clasificación y consecuencias	13
	5. Sometimiento de las empresas estatales a la legislación común	16
V.	EMPRESAS ESTATALES Y <i>LEY DE TRANSPARENCIA</i>	16
	6. Origen y evolución en la Ley de Transparencia	17
	7. Consecuencias de la tramitación de la Ley N° 20.285	21
VI.	APLICACIÓN DE LA <i>LEY DE TRANSPARENCIA</i> EXIGE RECONOCER FENÓMENO EXPLICADO Y DISTINGUIR NATURALEZA DE LA EMPRESA ESTATAL	22
	8. Estructura de la Ley N° 20.285	23
	9. Debate en el Senado	24
	10. Cámara de Diputados	27
	11. Comisión Mixta	28
	12. Empresas mencionadas en el artículo 2° inciso 3° quedan sujetas a transparencia activa y, además, al artículo décimo	29
VII.	COMPETENCIA DEL <i>CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA</i>	34
VIII.	CONCLUSIONES	36

## I. INTRODUCCION

Se me ha solicitado examinar, en un Informe en Derecho, el sentido y alcance de la *Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado*, contenida en el artículo primero de la Ley N° 20.285<sup>1</sup>, en relación con las empresas estatales y, a consecuencia de ello, la competencia del Consejo creado en esa ley respecto de dichas empresas.

Más concretamente, se me consulta:

1°. Si la *Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado*, en adelante e indistintamente *Ley de Transparencia*, se aplica o no a las empresas estatales, incluyendo, entre éstas, aquellas en que el Estado tenga algún grado o nivel de participación y, en caso que así sea, si les es exigible total o parcialmente lo dispuesto en dicha ley; y

2°. Sobre la base de la respuesta a la pregunta anterior, ¿cuál es la competencia del Consejo que crea la *Ley de Transparencia* en relación con las empresas aludidas?

Las dudas expuestas surgen, especialmente, porque, aparentemente, la Ley N° 20.285 contiene normas contradictorias o que, en principio, provocan confusión en el intérprete, ya que, mientras el artículo 1° de la *Ley de Transparencia* señala que ella regula el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de *los órganos de la Administración del Estado* –entre los cuales estarían las empresas estatales-, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información y su artículo 2° inciso 1° reitera que sus destinatarios, entre otros, son los *órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa*; el mismo artículo 2°, en su inciso 3°, aclara que “*también se aplicarán las disposiciones que esta ley expresamente señale a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio*”.

Y, adicionalmente, el artículo décimo de la misma Ley N° 20.285, preceptúa que “el principio de la transparencia de la función pública consagrado en el inciso segundo del

---

<sup>1</sup> Publicada en el Diario Oficial el 20 de agosto de 2008.

artículo 8° de la Constitución Política y en los artículos 3° y 4° de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado *es aplicable a las empresas públicas* creadas por ley y *a las empresas del Estado y a las sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio*, tales como Televisión Nacional de Chile, la Empresa Nacional de Minería, la Empresa de Ferrocarriles del Estado, la Corporación Nacional del Cobre de Chile o Banco Estado, aun cuando la ley respectiva disponga que es necesario mencionarlas expresamente para quedar sujetas a las regulaciones de otras leyes”.

Para cumplir el encargo que me ha sido encomendado, resumiré el principio de publicidad y su aplicación a las empresas estatales desde el ángulo constitucional, para luego examinar la preceptiva de la *Ley de Transparencia* en el rubro y, sobre esa base, absolver las preguntas formuladas, dejando constancia, al final, de las conclusiones de rigor, pues, tanto el principio de publicidad como el estatuto de las empresa públicas en Chile tienen base constitucional, conforme a lo preceptuado en los artículos 8° inciso 2° y 19 N° 21° inciso 2° de la Carta Fundamental, de manera que los asuntos consultados se sitúan y tienen que resolverse conforme con los principios y normas que se contemplan en ese nivel máximo de nuestro ordenamiento jurídico interno. Sólo a partir de ahí será posible y acertado interpretar y aplicar cualquier precepto legal que se vincule con los asuntos consultados.

## **II. PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PUBLICIDAD**

El artículo 8° inciso 2° de la Constitución establece, como Base de la Institucionalidad<sup>2</sup>, que “son públicos los actos y resoluciones de los *órganos del Estado*, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, *sólo una ley de quórum calificado* podrá establecer la *reserva o secreto* de aquellos o de éstos, cuando la publicidad

---

<sup>2</sup> Mayor detalle puede encontrarse en Fernández González, Miguel Ángel, “El principio de publicidad administrativa”, Pantoja Bauzá, Rolando (coordinador), *La Administración del Estado en Chile*, Santiago, Ed. Conosur, noviembre 2000, pp. 729-776; “El principio de publicidad de los actos estatales y de los documentos y antecedentes en que se fundan”, González, Felipe (editor), *Cuadernos de Análisis Jurídicos* N° 14, Santiago, Universidad Diego Portales, noviembre de 2002, pp. 187-199; “El principio de publicidad de los actos estatales en el nuevo artículo 8° inciso 2° de la Constitución”, Zúñiga Urbina, Francisco (coordinador), *Reforma Constitucional*, Santiago, LexisNexis, 2005, pp. 191-205; y “Causales de secreto o reserva en el ordenamiento jurídico chileno”, Salazar Álvarez, Ximena y Bustos Vial Verónica (coordinadoras), *Hacia una nueva institucionalidad de acceso a la información pública en Chile*, Santiago, LOM Ediciones, 2008, pp. 36-46.

afectare el *debido cumplimiento de las funciones* de dichos órganos, los *derechos* de las personas, la *seguridad de la Nación o el interés nacional*".

Esos actos, fundamentos y procedimientos son, entonces, públicos, es decir, tienen la cualidad de ser notorios, patentes o manifiestos<sup>3</sup> y no secretos, reservados, ocultos o escondidos<sup>4</sup>. Consecuencia de lo cual es la transparencia, que *permite* y *promueve* su acceso por parte de las personas legítimamente interesadas<sup>5</sup>.

Sin perjuicio, claro está, de los casos instrumentales de secreto o reserva, pues "una democracia constitucional genuina, desde el doble ángulo de lo público y lo privado, se tipifica por la *información amplia pero no ilimitada*, el pluralismo de las fuentes noticiosas, el libre debate y crítica, la transparencia en las decisiones, la buena fe y confianza en las actuaciones, así como otras cualidades que, *incluyendo casos instrumentales de secreto o reserva*, la convierten en gobierno visible, controlable y responsable por antonomasia"<sup>6</sup>.

Esos casos excepcionales, sin embargo, sólo pueden ser declarados por la Constitución o la ley. Esta última, conforme al mismo artículo 8°, de quórum calificado, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 66 inciso 3° de la Constitución, no obstante aquellos casos en que la propia Carta Fundamental exija que el secreto o reserva se contemple en una ley orgánica constitucional<sup>7</sup> y, de acuerdo con la cuarta disposición transitoria de la Constitución, considerando también que las normas legales dictadas con anterioridad a la incorporación del actual artículo 8° a la Constitución, en agosto de 2005, gozan del quórum requerido por ese precepto<sup>8</sup>.

---

<sup>3</sup> *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, Madrid, Ed. Espasa-Calpe, 1992, p. 1.196.

<sup>4</sup> *Id.*, p. 1.314.

<sup>5</sup> Indudablemente no es casualidad y, al contrario, la vinculación es casi inmediata con lo preceptuado en el artículo 5° inciso 2° de la Constitución, donde se impone a los órganos del Estado el deber de respetar y también el de promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Véase Miguel Ángel Fernández González, "La reforma al artículo 5° de la Constitución", XVI *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile, 1989, pp. 809-825.

<sup>6</sup> Cea Egaña, José Luis, "Vida pública, vida privada y derecho a la información: Acerca del secreto y su reverso", publicado en III *Revista de Derecho*, Valdivia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, 1992, pp. 21-22.

<sup>7</sup> Fernández, Tomás-Ramón, *De la Arbitrariedad de la Administración*, Madrid, Ed. Civitas, 1994, p. 82.

<sup>8</sup> Sobre el particular, léase Fernández González, Miguel Ángel, "Reserva de identidad de los imputados", Ministerio Público, *Informes en Derecho*, Santiago, Fiscalía Nacional del Ministerio Público, 2005, pp. 75-123.

Con todo, la Constitución ha ido más allá, pues no sólo se ha encargado de admitir el secreto, sino que, además, se ha preocupado de establecer las únicas causales en virtud de las cuales la ley puede declarar la confidencialidad de los actos estatales y ello procede cuando la publicidad afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano respectivo, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

Debe aclararse, en esta breve exposición del principio de publicidad, que los asuntos que me han sido consultados no se vinculan, directamente, con el contenido de ese principio ni con el significado y extensión de las causales de secreto o reserva –como suele ocurrir-, sino que con su extensión orgánica, es decir, las entidades respecto de las cuales esta normativa se aplica.

### **III. ORGANOS ESTATALES OBLIGADOS POR EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD**

Es nítido que, con el artículo 8° inciso 2° de la Carta Fundamental, se elevó a rango constitucional el principio de publicidad, ya contemplado en la Ley N° 18.575<sup>9</sup> y, aún antes, desarrollado por la jurisprudencia de la Contraloría General de la República, extendiendo su aplicación a *todos los órganos estatales* y no sólo, como era en esa ley y jurisprudencia, a los entes integrantes de la Administración Pública, alcanzando también al Congreso Nacional, al Poder Judicial, al Tribunal Constitucional, a los tribunales de la Justicia Electoral y a los entes constitucionalmente autónomos<sup>10</sup>.

De esta manera y en lo que aquí interesa, según se expondrá más adelante, cualquier entidad empresarial a través de la cual el Estado desarrolle actividades económicas o participe en ellas, es un *órgano del Estado* para efectos de la aplicación del artículo 8° de la Carta Fundamental, sea que se trate de una Empresa del Estado, de una Empresa Pública o de cualquiera otra forma jurídica que adopte aquella actividad económica, aun cuando el Estado participe en forma minoritaria o, incluso, irrelevante desde el punto de vista de su gestión, administración o poder de decisión.

---

<sup>9</sup> Cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra contenido en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 (Ministerio Secretaría General de la Presidencia), publicado en el Diario Oficial el 17 de noviembre de 2001 y sus reformas.

<sup>10</sup> Véase la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago el 26 de septiembre de 2003, Rol N° 6.016-2003.

Empero, el sentido y alcance de la *Ley de Transparencia* es más acotado, en cuanto a las entidades estatales sujetas a su preceptiva, desde que alcanza sólo a la Administración del Estado, como consta del artículo primero de la Ley N° 20.285, y de toda la normativa contenida en ella, según señalan, entre otros, sus artículos 1°, 7° y 10°, al punto que precisa que, para los efectos de la *Ley de Transparencia*, se entiende por *órganos o servicios de la Administración del Estado*, los señalados en el inciso 2° del artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Ahora, coordinando la norma constitucional con el artículo primero de la Ley N° 20.285, que contiene la *Ley de Transparencia*, es menester concluir que, si bien, conforme a aquella norma suprema todos los actos y resoluciones de los órganos del Estado –cualquiera sea su naturaleza-, sus fundamentos y procedimientos son públicos, la ley aludida se aplica sólo a *los órganos de la Administración del Estado*, aun cuando, como se explicará hacia el final de este Informe, esta regla no es absoluta, pues incorpora también a las empresas del Estado y sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio, las cuales no forman parte de aquella Administración.

Lo recién expuesto deja en evidencia cómo y por qué es indispensable examinar la naturaleza, características y situación de las empresas estatales, pues no existe una sola y única especie, susceptible de ser encuadrada dentro de la Administración Pública y, asimismo, es menester revisar los rasgos distintivos de esas entidades económicas para comprender su inserción en nuestro ordenamiento jurídico.

#### **IV. ESTADO EMPRESARIO**

Sabemos que la Constitución es relativamente escueta en esta materia, pero contiene disposiciones relevantes y precisas acerca de las empresas estatales, cuya adecuada comprensión es esencial para resolver las dudas que me han sido planteadas y, por ende, para interpretar y aplicar coherentemente la *Ley de Transparencia* en el rubro.

Desde luego, la disposición clave se encuentra en el artículo 19 N° 21° inciso 2° de la Constitución<sup>11</sup>, siendo necesario recordar que su inciso 1° asegura a todas las personas el

---

<sup>11</sup> Léanse, además, los artículos 19 N° 24° inciso 10°, 52 N° 1) letra c) inciso 2°, 58, 59, 63 N° 9), 65 inciso 4° N° 2°, 109, 115 inciso 5° y la tercera disposición transitoria.

derecho a desarrollar cualquier actividad económica<sup>12</sup> que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional<sup>13</sup>, respetando siempre las normas legales que la regulen<sup>14</sup>.

## 1. Aproximación

Junto a la iniciativa privada, que es prioritaria, el ya mencionado inciso 2° del numeral 21° autoriza *al Estado y a sus organismos* para desarrollar actividades empresariales o participar en ellas<sup>15</sup>, vale decir, la norma constitucional cubre todas las posibilidades de actuación por el Estado en el rubro empresarial, abarcando cualquier alternativa, opción o situación, pues en todos los casos es el Estado quien actúa, desarrollando actividades empresariales o participando en ellas, sin que resulte relevante distinguir si lo hace por sí mismo, directamente o indirectamente, tal y como lo ha declarado el Tribunal Supremo de España<sup>16</sup> y se ha establecido en el Derecho Anglosajón, Alemán e Italiano contemporáneo<sup>17</sup>.

Corroborando lo expuesto, don ALEJANDRO SILVA BASCUÑÁN, explica que "(...) la referencia a "sus organismos" debe comprenderse como aludiendo al Estado, ahora tomándolo aquí como el conjunto de todos los demás entes a través de los cuales actúa, en un sentido amplio, que los abarque a todos"<sup>18</sup>.

Empero, de ello no se sigue, naturalmente, que todas esas entidades empresariales estatales formen parte o integren la Administración del Estado<sup>19</sup>, pues "(...) cabe tener presente que los organismos que integran la Administración del Estado son todos aquéllos que han sido creados por la Constitución Política o las leyes para el cumplimiento de la fun-

---

<sup>12</sup> *Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución*, sesión 384<sup>a</sup>, p. 2.816.

<sup>13</sup> Navarro Beltrán, Enrique, "El recurso de amparo económico en la jurisprudencia", *Gaceta Jurídica* N° 200, 1997, pp. 47 ss.

<sup>14</sup> Fernandois Vöhringer, Arturo, *Derecho Constitucional Económico*, Santiago, Ed. Universidad Católica de Chile, 2001, pp. 121 ss.

<sup>15</sup> *Actas* citadas en *supra* nota 12, sesión 388<sup>a</sup>, pp. 2.816, 2.820-2822 y 2.916-2.918. En el mismo sentido, Informe con Ideas Precisas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, *Revista Chilena de Derecho*, N° 1-6, 1981, pp. 160-161 e *Informe del Consejo de Estado*, en la misma *Revista* recién indicada, p. 396.

<sup>16</sup> Boldó Roda, Carmen, *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*, Pamplona, Ed. Aranzadi, 1997, pp. 216 ss.

<sup>17</sup> *Id.*, pp. 68 ss.

<sup>18</sup> Silva Bascuñán, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo V, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2004, p. 219 y, en el mismo sentido, Arturo Fernandois Vöhringer, citado en *supra* nota 14, p. 222.

<sup>19</sup> Precht Pizarro, Jorge Enrique, "El Estado empresario: Análisis de la legislación complementaria constitucional", *XIV Revista Chilena de Derecho*, N° 1, 1987, pp. 129-130.

ción administrativa, tal como lo expresa el artículo 1° de la ley N° 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado<sup>20</sup>.

Es cierto que toda entidad empresarial del Estado o en que éste participe, en cualquier forma o grado, requiere autorización de una ley previa y de quórum calificado y se somete a la legislación común aplicable a los particulares en el ámbito económico, salvo que el legislador la exceptúe, de acuerdo al ya mencionado artículo 19 N° 21° inciso 2° de la Constitución, pero no por eso pasa a integrar, automáticamente, la estructura orgánica de la Administración Pública, aunque ésta sea entendida en su más amplio sentido, que es el señalado en el artículo 1° de la ley N° 18.575.

Antes y al contrario, para que un ente estatal forme parte de esa estructura administrativa, resulta menester que la Constitución o la ley lo erija en componente de esa Administración, sobre la base de una configuración, potestades, controles, medios, estatuto jurídico, régimen de personal u otros rubros típicos del Derecho Público que caracterizan a las entidades que la integran, aun cuando, para determinados efectos y con designios de eficiencia, se las autorice para desenvolverse de acuerdo a los parámetros de la legislación aplicable a los particulares.

Por eso, carece de importancia jurídica, para la aplicación del artículo 19 N° 21° inciso 2° de la Constitución, que un ente del Estado se halle dentro o fuera de la estructura orgánica de la Administración Pública, ya que siempre requerirá ajustarse a ese precepto fundamental, si es que desarrolla actividades económicas o participa en ellas, pero ello, sin embargo, sí puede resultar relevante para otros designios jurídicos, como sucede con la aplicación de la *Ley de Transparencia* o para determinar la competencia del *Consejo* que ella crea respecto de esas entidades empresariales estatales.

## **2. Explicación**

Es indispensable, para comprender cabalmente el diseño constitucional que se viene exponiendo, recordar que ha sido invariable, por décadas, el proceso tendiente a flexibilizar el régimen de administración y gestión del Estado Empresario, con la finalidad de sustraerlo de diversas normas aplicables al sector público y asimilarlo cada vez más a las sociedades

---

<sup>20</sup> Dictamen N° 29.366, evacuado el 6 de noviembre de 1987.



comerciales, tal y como venía ocurriendo, desde fines de los años 40, en Alemania y Francia, para permitirle al Estado desarrollar actividades económicas o participar en ellas en términos competitivos con la empresa privada.

Por eso, se sostuvo que resultaba necesario liberarlo de las ataduras legales y burocráticas que le impedían actuar con la rapidez, eficacia y desenvoltura que la economía necesitaba<sup>21</sup>, eludiendo la aplicación del Derecho Público, máxime si, con la actual Constitución, corresponde a los particulares el rol principal en la economía del país<sup>22</sup>.

Es justo señalar que, no obstante que este proceso es una realidad indudable, ha sido objeto de críticas en la doctrina extranjera, al señalarse que “apareció en Francia como una transacción entre el liberalismo y el socialismo de Estado (...). Se intenta conciliar lo inconciliable, es decir, el interés público y los intereses privados. Si el Estado es el más fuerte, se trata en realidad de una Empresa del Estado que adopta la apariencia de una empresa privada (...). El Estado entra en la sociedad para hacer sentir a los capitales privados la fuerza de su Soberanía y la obtención de beneficios le importa menos que la dirección de la actividad de la empresa”<sup>23</sup>, añadiéndose que “(...) esta distorsión ha encontrado manifestaciones más aparatosas: La Administración crea hoy con normalidad entes institucionales bajo formas privadas de personificación (especialmente bajo la forma de sociedades anónimas), y a la vez no tiene empacho en disponer la actuación sistemática bajo un régimen de Derecho Privado de un ente que se ha personificado en virtud de una forma jurídico-pública”<sup>24</sup>.

Por lo expuesto, el proceso que describo ha sido denominado “huida” del Derecho Público, pues el ente estatal escapa de los controles que impone esa rama del ordenamiento jurídico para que goce de la flexibilidad y las ventajas de actuar al alero del Derecho Privado, aunque tampoco es extraño que continúe gozando de los privilegios que sólo se obtienen al amparo del Estado, de manera que “(...) la Administración protagonizó, primero

---

<sup>21</sup> Evans de la Cuadra, Enrique, “La constitucionalización de las formas de intervención del Estado en el campo económico-social”, *Reformas urgentes a la legislación fundamental del país*, Santiago, Ed. Universidad Católica de Chile, 1964, pp. 19-21; y Aylwin Azócar, Patricio y Azócar Brunner, Eduardo, *Derecho Administrativo*, Santiago, Universidad Nacional Andrés Bello, 1996, pp. 144-146 y 196-203.

<sup>22</sup> Reyes Román, Gustavo y Soto Kloss, Eduardo, *Régimen jurídico de la Administración del Estado*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1980, pp. 24-30.

<sup>23</sup> Ripert, Georges, II *Tratado Elemental de Derecho Comercial 1952*, Buenos Aires, TEA, 1954, pp. 597-599.

<sup>24</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, Ed. Civitas, 1982, p. 402.

discretamente en el ámbito de la actividad mercantil e industrial, y luego ya de forma generalizada, una huida del Derecho Administrativo hacia el Derecho Privado, con la finalidad encubierta de burlar los procedimientos administrativos y el control de la Jurisdicción contencioso-administrativa<sup>25</sup>.

### **3. Situación en Chile**

El fenómeno descrito, obviamente, ha tenido lugar también en nuestro país, con la creación de entidades empresariales estatales a las que se les aplica, en su actividad, el Derecho Privado, aunque orgánicamente pueden seguir siendo de Derecho Público, donde "(...) el Estado se "asocia" con particulares para cometidos de interés público; establece verdaderas "fundaciones" de Derecho Público para la atención de fines específicos, generalmente culturales; otorga personalidad jurídica de Derecho Público a corporaciones gremiales, a quienes traspasa potestades administrativas; radica en personas jurídicas de Derecho Privado competencia administrativa, y emplea otras formas que podrían denominarse "atípicas" de administrar, o "administración invisible", como por algunos han sido llamadas, porque los intereses públicos son satisfechos no por los órganos que pertenecen a la estructura orgánica y visible del Estado y conforme al ordenamiento jurídico público y administrativo, sino por personas o entidades de Derecho Privado o que no pertenecen a la organización estatal (...) "<sup>26</sup>.

Nuestra doctrina también ha señalado los riesgos que entraña este proceso, en atención a que "el problema se agudiza cuando, en el empleo del procedimiento de Derecho Privado, las sociedades puedan dar origen a filiales y éstas llegar a ser así de segundo y tercer grado. Puede ocurrir, como se ha apuntado, lo que con el parentesco, en que se reconocen los parientes hasta cierto grado y más allá pasan a ser terceros extraños"<sup>27</sup>.

Sea como fuere, desde el ángulo práctico y, más importante, en el plano normativo – al máximo nivel del ordenamiento jurídico interno- es indudable la existencia del fenómeno descrito y así ha operado la configuración del Estado empresario por décadas, ya bajo la

---

<sup>25</sup> Chinchilla, Carmen, Losano, Blanca y del Saz, Silvia, *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*, Madrid, Ed. Civitas, 1992, pp. 139-140.

<sup>26</sup> Daniel Argandoña, Manuel, *La organización administrativa en Chile*, Santiago, Ed, Jurídica de Chile, 1985, p. 112.

<sup>27</sup> *Id.*, p. 115.

vigencia de la Constitución de 1925 y reforzándose con el artículo 19 N° 21° de la Constitución, en cuanto a que las empresas estatales escapan de las ataduras del Derecho Público y se someten, en cambio, a la normativa más flexible del Derecho Privado, si bien siguen siendo del Estado, habida consideración que, “reseñada así la situación legal de las empresas a que se refiere la consulta de la especie, puede afirmarse que ella se conforma a lo ordenado por la Constitución Política en el inciso segundo del N° 21° de su artículo 19 (...). Del mismo modo, es dable apreciar que el legislador no estableció reglas especiales para regular aspectos determinados de la acción de las empresas que ordenó crear, sino que expresamente las sometió por entero a la normativa común vigente sobre la materia. Asimismo, dispuso su constitución como sociedades de derecho privado, con personalidad jurídica del mismo carácter y con patrimonio propio, aportado inicialmente por entidades estatales, pero netamente diferente del patrimonio público. Siendo ello así, resulta evidente que las empresas en comento no son órganos estatales ni forman parte de los cuadros orgánicos de la Administración del Estado (...)”<sup>28</sup>.

Tan decidida e invariable es la tendencia explicada que, en el curso de este año, se introdujo una nueva reforma a la Constitución, denominada *Reforma constitucional en materia de asociacionismo municipal*<sup>29</sup>, en virtud de la cual se sustituyó el inciso 6° del artículo 118 para autorizar a las Municipalidades a “asociarse entre ellas en conformidad a la ley orgánica constitucional respectiva, *pudiendo dichas asociaciones gozar de personalidad jurídica de derecho privado*. Asimismo, podrán *constituir o integrar corporaciones o fundaciones de derecho privado* sin fines de lucro cuyo objeto sea la promoción y difusión del arte, la cultura y el deporte, o el fomento de obras de desarrollo comunal y productivo (...)”.

En fin, “este Sector Invisible de la Administración ha sido objeto, en el último tiempo, de manifestaciones de sorpresa o estupor, al haber sido calificado, por la Contraloría General de la República, que las obras ejecutadas por algunas de dichas empresas no tienen el carácter de obra pública, toda vez que se regulan, en principio y salvo las excepciones

---

<sup>28</sup> Dictamen N° 2.016 de la Contraloría General de la República, evacuado el 18 de enero de 1996, p. 3. Otros pronunciamientos en el mismo sentido se encuentran en los dictámenes N° 23.379 de 1959, 44.534 de 1962, 64.792 de 1970, 76.114 de 1972, 98.591 de 1973, 38.710 de 1975, 10.492 de 1979, 22.692 de 1984 y 3.891 de 1986.

<sup>29</sup> Contendida en la Ley N° 20.346, publicada en el Diario Oficial el 14 de mayo de 2009.

legales, por normas de Derecho Privado (...). No sólo hay una distinción artificial, al identificar dicho sector a partir de la participación igualitaria o mayoritaria del Estado o sus instituciones, ya que es sabido que el control efectivo se obtiene no necesariamente con esa participación; sino que además por haberse querido hacer funcionar eficientemente a las instituciones que la componen se ha desvirtuado su función, que es esencialmente de servicio público y la normativa que le es aplicable ofrece muchas deficiencias; escondiendo además el real tamaño del Estado”<sup>30</sup>.

En suma, resulta incontestable que el Estado empresario ha ido adoptando formas variadas de organización en los últimos setenta años, pero en todas ellas ha ido huyendo de la aplicación del Derecho Público para actuar conforme a su homónimo Privado que lo habilita para conducirse con mayor flexibilidad y con rasgos de eficiencia que le permiten competir con los demás agentes económicos, incluso particulares, que se desenvuelvan en el mismo ámbito donde el Estado ha sido autorizado a participar y ello, en todo caso, sometándose a la legislación común que los rige a todos, salvo que, también por ley y existiendo motivos justificados, se disponga alguna excepción<sup>31</sup>.

#### **4. Clasificación y consecuencias**

A partir de las consideraciones constitucionales y legislativas, históricas, doctrinarias y jurisprudenciales que he resumido, surge claro que no todas las entidades estatales que desarrollan actividades económicas o participan en ellas tienen la misma naturaleza y gozan de iguales características<sup>32</sup>, si bien, es común a todas ellas que eluden el Derecho Público y se refugian en el Privado, de manera que *Empresa del Estado* y *Empresa Pública* no son términos sinónimos entre sí y tampoco lo son con otras expresiones, como *sociedad de*

---

<sup>30</sup> Pierry Arrau, Pedro, “El derecho público en el fin del siglo”, Conferencia Inaugural de las *XXVIII Jornadas de Derecho Público*, Universidad Católica de Valparaíso, 1996, p. 6.

<sup>31</sup> El más completo análisis en esta materia, se encuentra en Cea Egaña, José Luis, “Utilización por la Administración Pública del Derecho Privado”, *Revista de Derecho Público* N° 60, Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 1996, pp. 71-84.

<sup>32</sup> Véase el considerando 35° de la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional el 19 de junio de 2007, Rol N° 523, donde se inserta la expresión de don Julio Philippi, en el Consejo de Estado, sesión 38ª, p. 105, en cuanto a “(...) la compleja clasificación de las empresas del Estado, no resulta fácil establecer un criterio general. A su modo de ver, si la ley orgánica de una empresa requiere que los cargos se creen por ley, así se procederá previa iniciativa del Presidente de la República; si la ley orgánica no lo exige, la empresa respectiva se atenderá a las normas de la legislación que le dio origen. El criterio de administración flexible, tanto respecto de las empresas del Estado como de cualquier otra institución pública, debe orientar la acción del legislador cuando sea llamado a regularlas”.

*economía mixta, empresa privada sólo del Estado o entidad de Derecho Privado en que el Estado o sus organismos descentralizados se asocian con particulares aportando capital, manteniendo representación, ejerciendo derechos de participación o desempeñando facultades de control sean mayoritaria, paritaria o minoritaria.*

Efectivamente, desde el surgimiento, paulatino primero y vertiginoso después, del Sector Invisible del Estado, tanto el legislador como la jurisprudencia administrativa y la doctrina coincidían<sup>33</sup> -y siguen haciéndolo hoy<sup>34</sup>- en que la Empresa del Estado reúne determinados rasgos que le infunden identidad peculiar, los cuales se explican en el *Dictamen N° 10.492*, evacuado por la Contraloría General de la República el 21 de febrero de 1979, atendiendo una consulta de CODELCO-CHILE, el cual constituye una jurisprudencia paradigmática en esta materia.

Al tenor de ese pronunciamiento, invariable hasta la fecha, se ha explicado "(...) que, acorde con lo sostenido por una reiterada y uniforme jurisprudencia administrativa, las "empresas del Estado" o "empresas públicas o estatales" son entidades *creadas por ley*, que tienen *personalidad jurídica de derecho público* distinta y separada del Fisco; cuentan con un *patrimonio propio* que originalmente está constituido por fondos públicos y han sido *dotadas de autonomía* para gestionar el mismo. Son, además, organismos *funcionalmente descentralizados* que, con tal naturaleza, *integran los cuadros orgánicos de la Administración*. Cabe agregar que, no obstante contar con la citada autonomía, se encuentran

---

<sup>33</sup> Así, la Ley N° 9.618, publicada en el Diario Oficial el 19 de julio de 1950, que creó la ENAP, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del Ministerio de Minería, publicado en el Diario Oficial el 24 de abril de 1987 y sus reformas; el DFL. N° 153, del Ministerio de Minería, insertado en el Diario Oficial el 5 de abril de 1960 y sus múltiples reformas, sobre ENAMI; en relación con la jurisprudencia administrativa, los dictámenes de la Contraloría General de la República números 1.634, 2.396, 4.866, 5.117, 13.735, 22.122 y 38.710, todos de 1975; números 16.249, 81.933 y 84.180, todos de 1976; y números 12.364 y 58.585, ambos de 1977; y, desde el ángulo de la doctrina, Garrido Valenzuela, Raúl, *Las empresas estatales*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1976, pp. 45-62; Santa María de la Vega, Raúl, I *Manual de Derecho Económico*, Santiago, Ed. Encina, 1972, pp. 157-159; Silva Cimma, Enrique, II *Derecho Administrativo chileno y comparado*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1969, pp. 256-264; y Varela Caballero, Alex, I *Curso de Derecho Administrativo*, Valparaíso, EDEVAL, 1968, pp. 129-134.

<sup>34</sup> Por ejemplo, la Leyes N° 18.016 de 1981, N° 18.042 de 1981, N° 18.296 de 1984, N° 18.297 de 1984, N° 18.348 de 1984, N° 18.400 de 1985, N° 18.679 de 1987, N° 18.772 de 1989 y N° 18.773, también de 1989. En la jurisprudencia contralora, los dictámenes números 35.593 de 1981, 10.730 bis y 12.093 de 1983, y 3.355 de 1986. En fin, entre los autores, sin perjuicio de los ya citados, Daniel Argandeña, Manuel "Consideraciones sobre la Ley Orgánica Constitucional de la Administración del Estado", *Gaceta Jurídica* N° 79, 1987, pp. 11-12; Pierry Arrau, Pedro, "Aspectos de la actividad empresarial del Estado", *Revista de Derecho Público* N° 37-38, 1985, pp. 220-224; Pantoja Bauzá, Rolando, I *Manual del Estatuto Administrativo*, Santiago, Ed. Conosur, 1983, pp. 194-202; y Soto Kloss, Eduardo, "Organización de la Administración del Estado", *Gaceta Jurídica* N° 73, 1986, pp. 21-22.

bajo la supervigilancia del Poder Central, la que se ejerce de diversas formas como son, a modo de ejemplo, la designación del Vicepresidente Ejecutivo -el que es de la exclusiva confianza del Presidente de la República-, o el nombramiento de ciertos representantes en los directorios o consejos, el control jurídico de los actos más importantes, la aprobación previa de los planes de inversión o de la planta de sus empleados, etc.”.

Por ende, mientras las *Empresas del Estado* integran el sector descentralizado de la Administración Pública, las denominadas *Empresas Públicas* se encuentran en el ámbito fiscal o centralizado, aunque desconcentrado de esa Administración, y, distintas de unas y otras, son las sociedades mixtas, las sociedades mercantiles del Estado y las empresas privadas uno de cuyos socios es el Estado, sus organismos autónomos o empresas ya caracterizadas<sup>35</sup>.

En efecto, el dictamen ya citado añade, “en cuanto a las “empresas privadas del Estado”, (...) que con ello se ha querido hacer referencia a las “empresas, sociedades o entidades privadas en que el Estado, sus empresas o instituciones centralizadas o descentralizadas tengan aportes de capital mayoritario o en igual proporción, o, en las mismas condiciones, representación o participación” que se indican en el artículo 16° de la ley N° 10.336, según el texto que le fijara el decreto ley N° 38, de 1973.

Sobre el particular –agrega el Ente Contralor-, cabe precisar que aun cuando el Estado o los entes públicos participen en dichas empresas privadas, tal hecho no tiene el alcance de modificar *su naturaleza jurídica, que es esencialmente de derecho privado, sin que por ello, entonces, puedan considerarse formando parte de los cuadros orgánicos de la Administración* como empresas del Estado”.

En suma, las *Empresas del Estado* y las *Empresas Públicas* integran la Administración del Estado, pero no forman parte de ésta las sociedades de economía mixta, las empresas constituidas por entes estatales acudiendo al Derecho Privado ni las sociedades mercantiles en que el Estado, sus organismos descentralizados y empresas participen, en cualquier forma, grado, nivel o condición.

---

<sup>35</sup> Véase la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional el 30 de septiembre de 2008, Rol N° 1.153, especialmente, en sus considerandos 28°, 48° y 53°-54°.

## **5. Sometimiento de las empresas estatales a la *legislación común***

Finalmente y cualquiera sea la naturaleza de la empresa estatal, cabe consignar una consideración adicional, en cuanto a que, conforme a lo dispuesto en el artículo 19 N° 21° inciso 2° de la Constitución, ellas se rigen por la *legislación común aplicable a los particulares*, dado que, una vez autorizado el Estado o sus organismos por una ley de quórum calificado, para desarrollar o participar en actividades empresariales, la entidad respectiva queda sometida a ese estatuto igualitario, salvo que el legislador y *por motivos justificados*, las excepciones de esa normativa general<sup>36</sup>.

Se terminó acogiendo así, al máximo nivel de nuestro ordenamiento jurídico interno, el fenómeno de flexibilización y elusión del Derecho Público que he descrito. Este ya no es, por tanto, sólo un proceso concebido por la doctrina o reconocido por la jurisprudencia administrativa o, incluso, a nivel legislativo, sino que se constitucionaliza y dentro del estatuto de los derechos fundamentales, en el artículo 19, habilitando a todas las personas para reclamar su aplicación y respeto, v. gr., a través del recurso de protección o del recurso especial de amparo económico.

Por ende, el artículo 19 N° 21 inciso 2° impone al legislador respetar, en la actividad empresarial del Estado, el principio de igualdad, en parangón con los demás agentes económicos –públicos o privados- que se desenvuelvan en ámbitos idénticos o semejantes al de aquél, de modo que a todos se les apliquen las mismas normas, sean de Derecho Público o Privado, que los sitúen en posición de igualdad, a menos que el legislador imponga una excepción que se encuentre justificada.

## **V. EMPRESAS ESTATALES Y LEY DE TRANSPARENCIA**

Antes de absolver las consultas que me han sido formuladas, finalmente, conviene traer a la memoria el marco legal que motiva esas consultas, especialmente, desde el ángulo de su historia fidedigna, pues ella explica, al menos en parte, las dudas que pueden surgir de su texto y que he anticipado en la Introducción, especialmente, al examinar los artículos 1° y 2° inciso 1° de la *Ley de Transparencia*, de un lado, con el inciso 3° de este último y el artículo décimo de la Ley N° 20.285, de otro.

---

<sup>36</sup> *Actas* citadas en *supra* nota 12, sesión 398<sup>a</sup>, p. 3.109.

## 6. Origen y evolución en la *Ley de Transparencia*

No debe olvidarse, pues –como acabo de anticipar- al menos en parte explica la deficiente técnica legislativa en esta materia, que la actual Ley N° 20.285 fue concebida, inicialmente, como una simple reforma de la Ley N° 18.575. Empero, terminó mutando en una preceptiva completamente diversa de aquella ley orgánica constitucional, configurando, verdaderamente, un conjunto de normas generales y dos estatutos jurídicos distintos, aunque con nexos entre sí, como son el que regula el acceso a información pública y el que estatuye las disposiciones sobre transparencia activa.

Precisamente, cuando la normativa en gestación todavía se concebía como una simple enmienda de la Ley N° 18.575 y para evitar que no quedaran excluidas de su aplicación las empresas estatales se introdujo, en virtud de una indicación presentada por el senador LARRAÍN, quien había sido uno de los autores de la moción con que se había iniciado la tramitación del proyecto<sup>37</sup>, un conjunto de normas tendientes a imponerles a esas empresas obli-

---

<sup>37</sup> La indicación referida, según consta del *Boletín de Indicaciones* al proyecto de ley sobre acceso a información pública, contenido en el *Boletín N° 3.773-06*, de fecha 11 de julio de 2005, proponía agregar los *artículos 14 ter, 14 ter A y 14 ter B* a la Ley N° 18.575 al tenor de los cuales:

*Artículo 14 ter:* "Los órganos del Estado señalados en el artículo 1° y las empresas en que el Estado o sus organismos tengan una participación accionaria superior al cincuenta por ciento o mayoría en el directorio, incluido Codelco, Televisión Nacional de Chile y Banco del Estado, deberán poner a disposición permanente del público los siguientes antecedentes, debidamente actualizados:

- 1.- Su estructura orgánica;
- 2.- Las facultades de cada unidad administrativa;
- 3.- La planta del personal, tanto a contrata como a honorarios, con las correspondientes remuneraciones;
- 4.- Los objetivos de las unidades administrativas de acuerdo a sus programas operativos, y los servicios que ofrece;
- 5.- El marco normativo que les sea aplicable;
- 6.- Los trámites y requisitos que debe cumplir el interesado para tener acceso a los servicios;
- 7.- La información sobre el presupuesto asignado y los informes sobre su ejecución;
- 8.- Los resultados de las auditorías al ejercicio presupuestario de cada órgano de la administración del Estado;
- 9.- El diseño, montos asignados y criterio de acceso a los programas de subsidios, y las nóminas de beneficiarios de los programas sociales en ejecución;
- 10.- Las concesiones, permisos y autorizaciones otorgados, con especificación de los titulares de aquéllos;
- 11.- Las contrataciones que se hayan celebrado en conformidad con la legislación vigente, debiendo detallarse en cada caso:
  - a) Las obras públicas, los bienes adquiridos o arrendados y los servicios contratados. En el caso de estudios o investigaciones, deberá indicarse el tema específico;
  - b) Los montos involucrados;
  - c) El nombre del proveedor, contratista o de la persona natural o jurídica con quien se haya celebrado el contrato, y
  - d) Los plazos de cumplimiento de los contratos.
- 12.- Los mecanismos de participación ciudadana, en su caso.

Sólo una norma de rango legal podrá ser invocada para negar la información señalada en este artículo".

*Artículo 14 ter A:* "La información señalada en el artículo anterior deberá estar a disposición de quien lo solicite en la oficina central de la institución y, en todo caso, mediante los sistemas electrónicos o digitales que esta-blezca al efecto el organismo respectivo".



gaciones de *transparencia activa*. Dichas indicaciones fueron aprobadas por unanimidad en la Sala del Senado, durante el primer trámite constitucional de la iniciativa<sup>38</sup>.

El proyecto así despachado por esa rama del Congreso Nacional, sin embargo, fue íntegramente sustituido durante el segundo trámite constitucional, comenzando a configurarse la actual Ley N° 20.285 y, dentro de ésta, en su artículo primero, la *Ley de Transparencia* en los dos contenidos básicos ya referidos –el acceso a información pública y la transparencia activa–, ya que, como consta de los anales oficiales respectivos, “S.E. la Presidenta de la República, mediante una indicación sustitutiva total, sobre la cual se pronunció la Comisión, establece, en forma específica, una nueva ley de transparencia de la función pública y de acceso a la información de la Administración del Estado, cuyas características se tratan en el capítulo sobre la discusión en particular; deroga las disposiciones de la Ley Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado comprendidas en la nueva legislación, e introduce una modificación a la ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, para rectificar una referencia a las excepciones a la publicidad de los actos administrativos”<sup>39</sup>.

Pues bien y al explicar la indicación sustitutiva, la señora PAULINA VELOSO VALENZUELA, Ministra Secretaria General de la Presidencia, “en cuanto al ámbito de aplicación de la legislación propuesta, señaló que ésta *comprende la totalidad de los órganos de la Administración del Estado*, indicados en la Ley de Bases, *sin otra excepción que las empresas del Estado*, las que quedarán sujetas a la regulación que se establecerá sobre gobiernos corporativos”<sup>40</sup>.

Con todo y para no excluir totalmente a dichas entidades empresariales, una vez más en relación con los deberes de transparencia activa, parte de las normas propuestas

---

*Artículo 14 ter B:* “Las empresas públicas, incluidas ENAP, CODELCO, Correos de Chile, Televisión Nacional de Chile, ENAMI, Ferrocarriles del Estado y Banco del Estado, deberán publicar mediante los sistemas electrónicos o digitales que establezca la empresa, las actas del directorio después de no más de dos días corridos de su aprobación. Con todo, el directorio con la aprobación de las tres cuartas partes de los directores en ejercicio, podrá dar el carácter de reservado a ciertas actas y documentos que se refieran a negociaciones aún pendientes que al conocerse pudieran perjudicar el interés social. Los directores que dolosa o culpablemente concurren con su voto favorable a la declaración de reserva, responderán solidariamente de los perjuicios que ocasionaren”.

<sup>38</sup> Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N° 20.285 sobre acceso a la información pública*, 20 de agosto de 2008, donde consta la 39ª sesión del Senado, celebrada el 5 de octubre de 2005, p. 130.

<sup>39</sup> *Id.*, p. 157.

<sup>40</sup> *Id.*, p. 172.

por el senador LARRAÍN se incluyeron, a través de una nueva indicación, ahora presentada por la Presidenta de la República, como *artículo quinto* del proyecto, aunque fuera de la que sería la futura *Ley de Transparencia*<sup>41</sup>.

Empero, ya quedó constancia en el debate habido en la Sala de la Cámara de Diputados acerca de la crítica que podía formularse a la *Ley de Transparencia* en cuanto a no haber considerado dentro de su ámbito de aplicación a las empresas estatales, como expuso el diputado señor ARENAS, al señalar que "(...) luego de felicitar a los autores de la moción y al Ejecutivo por el impulso dado a esta materia, debo señalar que hay ciertas disposiciones que se podrían profundizar y perfeccionar aún más. *En cuanto al ámbito de aplicación de la ley*, los artículos 1° y 2° *dejan fuera a entidades esenciales como el Congreso Nacional que, si bien está incluido en una norma transitoria para hacerle aplicable la transparencia activa, ello no tiene toda la profundidad ni la extensión que implica estar en las normas generales del proyecto de ley sobre acceso a la información pública. Ello también sucede con las empresas públicas que, si bien se incorporan en el artículo quinto, en*

---

<sup>41</sup> La norma aludida señalaba:

"Las empresas públicas creadas por ley, incluidas aquellas que de acuerdo a sus respectivas leyes orgánicas deban ser nombradas expresamente para quedar sujetas a las normas aplicables al sector público, se rigen por el principio de transparencia en el ejercicio de la función pública, consagrado en el artículo 8°, inciso segundo, de la Constitución Política de la República.

En virtud de dicho principio, las empresas mencionadas en el inciso anterior deberán mantener a disposición permanente del público, a través de sus páginas web, los siguientes antecedentes debidamente actualizados:

- a) El marco normativo que les sea aplicable;
- b) Su estructura orgánica u organización interna;
- c) Las funciones y competencias de cada una de sus unidades u órganos internos;
- d) Sus estados financieros y memorias anuales;
- e) Sus filiales o coligadas;
- f) La composición de sus directorios y la individualización de los responsables de la gestión y administración de la empresa;
- g) Información consolidada del personal, y
- h) Toda remuneración percibida por cada director en el año, incluso aquellas que provengan de funciones o empleos distintos del ejercicio de su cargo que le hayan sido conferidos por la empresa, o por concepto de gastos de representación, viáticos, regalías y, en general, todo otro estipendio. Asimismo, deberá incluirse, de forma global y consolidada, la remuneración total percibida por el personal de la empresa.

La información anterior deberá incorporarse a las páginas web en forma completa, y de un modo que permita su fácil identificación y un acceso expedito.

Las empresas a que se refiere este artículo, cualquiera sea el estatuto por el que se rijan, y todas las empresas en que el Estado o sus organismos tengan participación accionaria superior al cincuenta por ciento o mayoría en el directorio, estarán obligadas a entregar a la Superintendencia de Valores y Seguros o, en su caso, a la Superintendencia a cuya fiscalización se encuentren sometidas, la misma información a que están obligadas las sociedades anónimas abiertas de conformidad con la ley N° 18.046. El incumplimiento de esta obligación será sancionado con multa a beneficio fiscal hasta por un monto de quince mil unidades de fomento, aplicada por la respectiva Superintendencia de conformidad con las atribuciones y el procedimiento que establecen sus respectivas leyes orgánicas".

cuanto a su extensión y profundidad se ven claramente disminuidas por no estar contempladas en las normas generales. Reitero: se echa de menos en los artículos 1° y 2° la inclusión expresa del Congreso Nacional, de las empresas públicas y de otros órganos como el Poder Judicial y el Ministerio Público (...)”<sup>42</sup>.

En todo caso, el proyecto, en los términos que he resumido, fue ampliamente aprobado –en algunos casos por unanimidad- por la Cámara de Diputados.

Ya situados en el tercer trámite constitucional, el Senado rechazó todas las enmiendas introducidas en la Cámara de Diputados, por lo que se hizo necesaria la conformación de una *Comisión Mixta* donde, en definitiva y sin mayor constancia en la historia oficial acerca de los fundamentos de las normas propuestas, salvo articular acuerdos entre las ramas disidentes del Congreso Nacional, se plasmaron los acuerdos que culminaron en la actual Ley N° 20.285.

Allí se incorpora, por ejemplo, el glosario de términos que hoy aparece en el artículo 1° de la *Ley de Transparencia*<sup>43</sup>, incluyendo la definición de *órganos y servicios de la Administración del Estado* sobre la base de remitirse a la enunciación contenida en la Ley N° 18.575; y se modifica el artículo 2°, a propósito del cual consta en la historia oficial de la norma que “(...) la Fundación Pro Acceso, en un documento de análisis de las materias que aborda esta iniciativa, sugirió reemplazar las expresiones “órganos de la Administración del Estado” por un texto más amplio que incluya a todos los restantes órganos públicos: Poderes Legislativo y Judicial y *las empresas públicas* y privadas que cumplan funciones públicas”<sup>44</sup>.

Pues bien, sigue la historia aludida explicando que “durante el análisis de este precepto el Ejecutivo formuló dos proposiciones que conforme fue avanzando el debate y allegándose nuevas alternativas, fueron sustituidas por una tercera que propone otra conformación para este artículo e incluye nuevas instituciones sujetas a esta ley (...)”<sup>45</sup>, entre las cuales, en un nuevo inciso 3, “(se) *hace aplicable esta ley a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y sociedades* en que éste tenga participación

---

<sup>42</sup> *Historia de la Ley N° 20.285 sobre acceso a la información pública*, citada en *supra* nota 38, pp. 282-283.

<sup>43</sup> *Id.*, p. 393.

<sup>44</sup> *Id.*, pp. 394-395.

<sup>45</sup> *Id.*, p. 395.

accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio<sup>46</sup>, lo cual fue aprobado por la unanimidad de la Comisión Mixta.

En fin y adicionalmente, la Comisión mantuvo el artículo quinto, ahora transformado en décimo, aclarando o precisando aún más que el principio de la transparencia de la función pública, consagrado en el artículo 8° inciso 2° de la Constitución y en los artículos 3° y 4° de la *Ley de Transparencia*, es aplicable a las empresas públicas creadas por ley, a las empresas del Estado y a las sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio, tales como Televisión Nacional de Chile, la Empresa Nacional de Minería, la Empresa de Ferrocarriles del Estado, la Corporación Nacional del Cobre de Chile o Banco Estado, aun cuando la ley respectiva disponga que es necesario mencionarlas expresamente para quedar sujetas a las regulaciones de otras leyes.

### **7. Consecuencias de la tramitación de la Ley N° 20.285**

De cuanto ha sido recordado y advirtiendo que, algo más adelante, insertaré otros antecedentes relevantes de aquella historia, es menester extraer algunas conclusiones preliminares, pues ellas servirán de base a la solución de las consultas que me han sido formuladas:

En primer lugar, es indudable que la intención inicial, en orden a excluir totalmente a las empresas estatales de la aplicación de la *Ley de Transparencia*, fue superada en virtud del acuerdo que derivó en el texto hoy contenido en el artículo 2° inciso 3° de dicha ley, sin que ello implicara eliminar la norma actualmente prevista en el artículo décimo de la Ley N° 20.285 que, al comienzo, se concibió como una alternativa al hecho que las empresas estatales no estuvieran incluidas en la *Ley de Transparencia*;

En segundo lugar y a raíz de lo anterior, es nítida e incuestionable la intención legislativa en orden a sujetar a ciertas entidades a través de las cuales el Estado desarrolla actividades económicas o participa en ellas, al menos a algunas de las disposiciones contenidas en la *Ley de Transparencia*, en cuanto se refirieran *expresamente* a ellas;

En tercer lugar, es cierto, asimismo, que la redacción del artículo 2° inciso 3° de la *Ley de Transparencia*, vinculada con la definición de órganos y servicios de la Administra-

---

<sup>46</sup> *Id.*, p. 395.

ción, establecida en su artículo 1° y reiterada, parcialmente, en el mismo artículo 2° inciso 1°, de una parte, con el ya aludido artículo décimo, de otra, hace surgir dudas o confusiones en torno de cuáles de esas disposiciones efectivamente imperan respecto de las empresas estatales y cuáles no o en qué medida unas y otras rigen respecto de estas entidades, dejando en evidencia una técnica legislativa carente de prolijidad y depuración adecuada; y

En cuarto lugar, precisamente, aquella técnica legislativa deficiente, que motiva las confusiones y dudas aludidas, no se aclara cuando el asunto se examina sólo desde el ángulo y en el contexto de la Ley N° 20.285, sino que exige someterlas a examen constitucional, pues allí están los principios y normas, según ya se explicó latamente, que configuran, tanto el principio de publicidad como el estatuto de las empresas estatales, incorporándose la doctrina y jurisprudencia que he revisado, en el contexto del fenómeno elusivo que he reseñado y que ha sido incorporado a la Constitución, en su artículo 19 N° 21° inciso 2° y en los demás preceptos de ella vinculados con él.

#### **VI. APLICACIÓN DE LA LEY DE TRANSPARENCIA EXIGE RECONOCER FENÓMENO EXPLICADO Y DISTINGUIR NATURALEZA DE LA EMPRESA ESTATAL**

En primer lugar, se me consulta si la *Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado*, contenida en el artículo primero de la Ley N° 20.285, se aplica o no a las empresas estatales, incluyendo entre éstas aquellas en que el Estado tenga algún grado o nivel de participación, y, en caso que sea aplicable, si ello alcanza la totalidad de su preceptiva o sólo parte de ella.

Lo reitero, la duda surge, en parte, porque, en dicha ley, constan dos estatutos jurídicos diversos, sin perjuicio de los nexos existentes entre ellos, consistentes en el derecho de acceso que se confiere a las personas y las normas sobre transparencia activa que se imponen a algunos órganos estatales, a lo cual cabe añadir lo dispuesto en el artículo décimo de la Ley N° 20.285, también sobre transparencia activa, en relación precisa con las empresas estatales.

## **8. Estructura de la Ley N° 20.285**

Al respecto, es indispensable, para efectuar una interpretación de la ley que sea respetuosa de los principios y normas constitucionales aplicables en la materia, considerar la taxonomía descrita de las empresas estatales, teniendo en cuenta las características y condiciones de cada una de ellas, así como los rasgos distintivos del proceso jurídico y político que he descrito, el cual debe iluminar cualquier normativa susceptible de ser aplicada a las empresas estatales, pues todo ello es relevante para dirimir la sujeción de éstas a la Ley N° 20.285.

Desde esta perspectiva, la *Ley de Transparencia* contiene dos nomenclaturas susceptibles de aplicarse a las empresas estatales: Por una parte, la que emplea en los artículos 1°, 2° inciso 1°, 7° y 10°, refiriéndose a los órganos y servicios de la Administración del Estado; y, de otra, la denominación precisa contenida en su artículo 2° inciso 3° y en el artículo décimo de la Ley N° 20.285, al referirse específicamente a las empresas públicas, a las empresas del Estado y a aquellas en que éste tiene una participación accionaria superior al 50% o la mayoría en su directorio.

Conforme a una regla básica de interpretación jurídica, es indudable que la utilización de la denominación específica se impone a la enumeración genérica, de manera que puede concluirse, preliminarmente, que las expresiones referidas a todos los órganos integrantes de la Administración del Estado no incluyen las tres especies de empresas estatales singularizadamente mencionadas, pues a éstas sólo se refieren las disposiciones en que aparezca o se encuentre aquella denominación más precisa.

Si esto es así, entonces, la Ley N° 20.285 sólo alcanza –en el ámbito, medida y extensión que explicaré en seguida- a las tres especies de empresas estatales referidas, sin que queden sujetas a ella, para designio o finalidad alguna, aquellas sociedades de economía mixta o entidades de Derecho Privado en que el Estado tiene una participación accionaria inferior al 50% o no alcanza la mayoría en el directorio, lo cual es claramente consistente con la huida del Derecho Público y, más relevante todavía, es respetuoso del artículo 19 N° 21° inciso 2° de la Constitución, que impone que toda entidad estatal que desarrolle actividades económicas o participe en ellas se someta a *la legislación común aplicable a los particulares* y éstos, por cierto, no se encuentran sujetos al artículo 8° inci-

so 2° de la Constitución ni a la Ley N° 20.285, sin que el autor de esta última haya contemplado excepción alguna, pues no advirtió motivos suficientes que así lo justificaran.

La cuestión, entonces, estriba en dirimir la aplicación de la Ley N° 20.285 respecto de las empresas públicas, las empresas del Estado y aquellas en que éste tiene una participación accionaria superior al 50% o la mayoría en el directorio.

Desde este ángulo, sin embargo, es menester reconocer –como ya lo dije– que no hay duda alguna que la regla empleada por el legislador fue sujetar a dichas empresas sólo excepcionalmente a la Ley N° 20.285, asimilándolas, tal y como ha venido ocurriendo por décadas, lo más posible a las empresas privadas, pero su finalidad, en definitiva, no fue excluirlas totalmente de ese estatuto legal y tampoco de la *Ley de Transparencia*, insertada en su artículo primero.

Por ello, dispuso, en el tantas veces mencionado inciso 3° del artículo 2° de la *Ley de Transparencia* que sólo se les aplicarían las disposiciones que *esta ley* –la de *Transparencia*– expresamente señalara, admitiéndose así una excepción –conforme a lo dispuesto en el artículo 19 N° 21° inciso 2° de la Constitución– respecto de la *legislación común aplicable a los particulares* que, como ellas o junto con ellas, se desenvuelven en la vida económica, sin que, para efectos del principio de publicidad, la *huida* de aquellas entidades empresariales fuera, esta vez, total.

Así consta, por lo demás, en la historia fidedigna de la norma cuando, durante el primer trámite constitucional, se debatió acerca de las indicaciones presentadas por el senador LARRAÍN.

## **9. Debate en el Senado**

Es útil insertar el intercambio de opiniones habido en esa Corporación, de forma extensa:

“El señor VIERA-GALLO.-... *las empresas públicas* se deben regir, en general, *por las normas del derecho común, salvo que haya una ley especial que les establezca otras que les sean propias.*

Se consagran diversas disposiciones referidas a lo que deben hacer las empresas públicas, como la del precepto en debate, el cual dispone que deben publicar sus actas de

directorio después de no más de 5 días, a menos que el mismo directorio, por mayoría absoluta, decida otra cosa. Pero, en tal caso -agrega-, el director que, dolosa o culpablemente -no sé cómo podría ser eso-, concorra con su voto favorable a la declaración de reserva, responderá solidariamente de los perjuicios.

*Quisiera saber si se trata de las mismas normas que rigen a las sociedades anónimas.* Porque, en mi opinión, la idea es que la empresa pública, cumpliendo las disposiciones de la Constitución y *salvo casos especiales, se parezca lo más posible a la empresa privada* en cuanto a su transparencia.

Ahora, no sé si las sociedades anónimas privadas publican sus actas de directorio antes de 5 días, ni tampoco si los directores que han concurrido a la reserva en forma dolosa -o sea, para tapar algo- se hacen solidariamente responsables.

Es sólo una consulta. No estoy en contra del precepto, pues no soy experto en administración. Ignoro, por ejemplo, si Canal 13 o Chilevisión publican sus actas de directorio dentro de quinto día. Y me pregunto si no colocamos a Televisión Nacional en situación de desventaja frente a la competencia al obligarla a hacerlo (...).

El señor ORPIS.- Señor Presidente, ésa es precisamente la discusión que se está dando en torno al proyecto sobre gobiernos corporativos. *La tendencia y la orientación son a asimilar lo más posible las empresas públicas, manteniendo la naturaleza jurídica que tienen hoy, a las sociedades anónimas abiertas.* En definitiva, ése es el objetivo que se busca con esta modificación. Pero la norma, tal como está redactada, es bastante más exigente que la que se aplica a las propias sociedades anónimas abiertas.

El señor LARRAÍN.- Señor Presidente, efectivamente, el sentido del artículo es proyectar el espíritu de transparencia que nos animó al propiciar esta iniciativa. Se trata de ir viendo cómo aquél debería aplicarse en algunos casos, en forma específica, según la naturaleza de la institución de que se trate. Es por eso que, aparte de normas generales, se establecen criterios específicos para los municipios, el Congreso, el Poder Judicial, y en este caso, para las empresas públicas. Lo que queremos es que éstas sean lo más transparentes posible. Y una de las formas de materializar dicho propósito es la publicación de los acuerdos de sus directorios.



Ahora, si se trata de una decisión estratégica que apunta al interés comercial, los directores tendrán el buen criterio de darle carácter reservado o secreto, según el caso. Pero, claro, si uno de ellos actúa de esa manera por un interés personal –por tanto, por una razón culpable o dolosa- y con su proceder ocasiona perjuicios, debe responder.

*Es una exigencia mayor*, porque si bien deben aplicarse, en lo posible, las disposiciones que rigen a las sociedades anónimas, el principio subyacente en esta materia es que *a las empresas públicas les cabe una responsabilidad distinta*, por tratarse de entidades pertenecientes a todos los chilenos, quienes, en consecuencia, tienen el derecho preferente a saber qué ocurre en su interior (...).

El señor VÁSQUEZ.- Señor Presidente, me parece difícil que el directorio de una empresa pública trate asuntos que no sean comerciales. En general, los acuerdos que adopta un directorio se refieren a materias de esa índole, que no pueden estar en conocimiento de la competencia. De manera que si obligamos a las empresas públicas a informar sus acuerdos, las vamos a dejar -como advirtió el Senador señor VIERA-GALLO- en situación desmedrada.

Hay que recordar que en más de una oportunidad sociedades anónimas abiertas han hecho ver la estrictez con que la Superintendencia de Valores y Seguros trata los hechos esenciales y los hechos reservados, es decir, aquellos que afectan al mercado en general, los cuales, por tal motivo, se mantienen en reserva. Son informados a la Superintendencia, pero no repercuten en el mercado, por razones que el directorio determina y de las cuales se hace responsable.

Difículto -reitero- que el directorio de una empresa pública, precisamente por su propia naturaleza, no tome decisiones puramente comerciales. En consecuencia, no visualizo por qué debería establecerse *una discriminación en contra de las empresas del Estado*. Mientras a Televisión Nacional se le va a exigir que su directorio determine en el acta si adopta o no tal acuerdo respecto de un programa determinado, porque así se lo ha planteado su director ejecutivo o el director comercial -no tengo conocimiento de cómo funciona Televisión Nacional; sólo lo estoy dando como ejemplo-, el resto de las empresas emisoras de televisión no tendrán la misma exigencia. Por consiguiente, dejamos a Televisión Nacional en una situación comercial y de competitividad de absoluto desmedro dentro

del mercado. Por eso, señor Presidente, soy partidario de que la norma establezca, a lo sumo, la misma reglamentación existente para las empresas privadas -que ya la tienen, por lo demás-, bajo el control de la Superintendencia de Valores y Seguros y mediante la obligación de informar de los hechos esenciales y de los hechos reservados que puedan afectar al mercado. Pero no más que eso.

El señor GAZMURI (Vicepresidente).- Bien.

Creo que la discusión sobre el artículo está agotada. La votación queda para mañana.

A mi juicio, efectivamente, *el precepto introduce exigencias mayores que para el resto de las empresas de la competencia*, lo cual puede llevar a votar en contra a quienes consideren que eso es excesivo. Y me parecería muy razonable que así se procediera (...)<sup>47</sup>.

Es evidente, entonces, que el Senado comprendió, cabalmente, que la sujeción de las tres especies de empresas estatales específicamente mencionadas las Empresas Públicas, las del Estado y aquellas en que éste tiene una participación accionaria superior al 50% o la mayoría en el directorio-, en ese momento, sólo al artículo décimo de la ley, implicaba imponerles a ellas una exigencia adicional no requerida de sus pares privadas y de las demás empresas donde participa el Estado, lo cual fue aprobado ampliamente en dicha Corporación, encuadrándose en la excepción que admite el artículo 19 N° 21° inciso 2° de la Constitución.

### **10. Cámara de Diputados**

Posteriormente, sin embargo, durante el segundo trámite constitucional en que, como ya se expuso, el proyecto fue íntegramente sustituido, aunque se mantuvo aquel precepto especial, consta que:

“El señor VIERA-GALLO (Ministro Secretario General de la Presidencia).- (...) Uno de los puntos que ha suscitado mayor controversia en la Cámara de Diputados es el *grado de acceso de los ciudadanos a la información de las empresas públicas*. Eso fue tratado en las Comisiones de Constitución y de Hacienda. El principio que se estableció es *la total equiva-*

---

<sup>47</sup> *Id.*, pp. 127-129.

*lencia o simetría entre la empresa pública y la privada, siguiendo la norma constitucional sobre el Estado empresario, que establece que las empresas públicas se registrarán en su funcionamiento, salvo que la ley establezca otra cosa, por las normas de derecho común.*

*Por tanto, el ciudadano tendrá el mismo acceso a la información de cualquier empresa pública que el que tiene respecto de cualquier empresa privada. Ese es el principio básico (...)*<sup>48</sup>.

Se advierte cómo, entonces, y a pesar de haberse mantenido el artículo décimo, se alteró sustancialmente el espíritu de lo decidido en el Senado, intentando establecer una completa igualdad entre las empresas allí mencionadas y las de propiedad privada, situando el asunto en la norma general contenida en el artículo 19 N° 21° inciso 2° de la Constitución, sin admitir la excepción que conforme a él puede establecerse, aun cuando no es completamente efectivo que ese artículo décimo dispusiera una regla de simetría total, pues las obligaciones de transparencia activa, exigibles sólo de las tres empresas estatales indicadas en él, ya las hacían distintas de las demás empresas estatales y, ciertamente, de las privadas, aunque sobre la base de imponerles, además, la carga de sujetarlas, en esta materia, a la Superintendencia correspondiente.

### **11. Comisión Mixta**

Con todo y en esta nueva etapa legislativa, tras el rechazo del Senado al nuevo texto acordado en la Cámara de Diputados, el proyecto se sometió a una Comisión Mixta, a objeto que, como lo preceptúa el artículo 70 de la Constitución, dicha Comisión propusiera *la forma y modo de resolver las dificultades* surgidas entre ambas ramas del Congreso, es decir, entre una opción por establecer una normativa distinta para las tres especies de empresas estatales tantas veces mencionadas respecto de las demás donde participa el Estado en minoría accionaria o en el directorio y de sus homónimas privadas, imponiéndoles una carga adicional en materia de transparencia; y, la otra alternativa, tendiente a asimilarlas, en cuanto a la información que debían dar a conocer o a la que se podría acceder, sin perjuicio de ciertos deberes adicionales de transparencia activa, contemplados en el artículo décimo.

---

<sup>48</sup> *Id.*, p. 277.

Pues bien, la aludida Comisión zanjó el asunto sobre la base de un acuerdo que incorporó elementos provenientes tanto del proyecto aprobado por el Senado como por la Cámara de Diputados, estableciendo, entonces, una normativa más exigente para las empresas estatales mencionadas, especialmente en la *Ley de Transparencia* al tenor de su artículo 2° inciso 3°, como otra que las asimilara, en todo caso, a las empresas privadas, conforme al artículo décimo de la Ley N° 20.285, ya suficientemente reiteradas en este Informe, por lo que es innecesario volver a repetir las. Tal acuerdo, sin embargo, no fue prolijamente legislado.

### **12. Empresas mencionadas en el artículo 2° inciso 3° quedan sujetas a transparencia activa y, además, al artículo décimo**

Cuanto ha sido explicado permite al suscrito, entonces, contestar la primera duda que le ha sido planteada, en cuanto a la sujeción de las empresas estatales a la *Ley de Transparencia*, sistematizando y resumiendo lo que he desarrollado en los párrafos precedentes, evaluando, de paso, las decisiones adoptadas, en esta materia, por el *Consejo para la Transparencia*, especialmente, en su *Decisión A4-09*, pronunciada el 9 de junio de 2009, paradigmática en el rubro<sup>49</sup>.

Vale la pena recordar que, en dicha causa, se requirió acceso a información de la Empresa de Ferrocarriles del Estado, respecto de lo cual *el Consejo* resolvió declarar su incompetencia, considerando que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2° inciso 3° de la *Ley de Transparencia*, sólo se aplican a las empresas públicas creadas por ley las normas que la Ley N° 20.285 expresamente ha señalado y esto sólo sucedería respecto de su artículo décimo, con el contenido allí especificado, por lo que no proceden a su respecto las normas sobre el derecho de acceso a la información contenidas en aquella ley especial.

Cabe consignar, asimismo, el voto en contra del Consejero don Raúl Urrutia Ávila, quien fue de la opinión de declarar la competencia del Consejo para conocer de la reclamación de amparo en contra de la Empresa de Ferrocarriles del Estado, por cuanto –a su juicio- el derecho de acceso a información pública rige, al tenor del artículo 1° de la *Ley de*

---

<sup>49</sup> Véanse, además, las Decisiones A69-09, A106-09, A113-09 y A202-09, de fechas 12 de junio de 2009, 19 de junio de 2009, 26 de junio de 2009 y 21 de agosto de 2009, respectivamente.

*Transparencia*, respecto de *los órganos de la Administración del Estado*, entre los cuales se encuentran, conforme con la Ley N° 18.575, las empresas públicas creadas por ley, sin que la exigencia contenida en su artículo 2° inciso 3° las excluya, dado que “ la utilización de la expresión “también” tuvo por objeto hacer alusión a la posibilidad de aplicar, además de las disposiciones señaladas en el inciso primero que se aplican a todos los órganos y servicios de la Administración (dentro de los que se encuentran las empresas públicas creadas por ley), otras normas especiales que se contemplen en la ley en forma expresa”, de manera que “ni el artículo décimo, ni los artículos constitucionales y legales citados excluyen a las empresas públicas creadas por ley de la aplicación del principio de transparencia, en general, y de las normas de acceso a la información y el procedimiento asociado, en particular. Estableciendo, únicamente, una excepción en el caso de la transparencia activa, al contemplar categorías distintas a las generales, y no en el caso del amparo al derecho de acceso a la información”.

Pues bien y según se desprende de lo explicado, es indudable que las referencias incluidas en la *Ley de Transparencia* –v. gr., en sus artículos 1°, 2° inciso 1°, 7° o 10- a los órganos, servicios o entidades integrantes de la Administración del Estado no bastan para determinar que las empresas estatales que forman parte de ella, es decir, las Empresas Públicas y las Empresas del Estado, quedan sujetas a esa ley, habida consideración de la norma especial contenida en su artículo 2° inciso 3°, en virtud de la cual sólo se les aplican las disposiciones que la *Ley de Transparencia expresamente* señale y nada más que a las empresas públicas creadas por ley, a las empresas del Estado y a las sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio.

Desde este ángulo, entonces, a las tres especies de empresas estatales mencionadas en el artículo 2° inciso 3° de la *Ley de Transparencia*, se aplican las disposiciones de esta ley, contenida en el artículo primero de la Ley N° 20.285, siempre y cuando aludan expresamente a esas entidades.

En esta categoría, se encuentra lo preceptuado en su artículo 7°, cuando impone el deber allí previsto a “*los órganos de la Administración del Estado señalados en el artículo 2°*”, o sea, a las entidades públicas mencionadas en *todo* ese artículo –incluyendo su inci-

so 3°-, pero siempre que integren la Administración del Estado y esto ocurre, precisamente, con las Empresas Públicas y con las Empresas del Estado según ya expliqué.

Compréndase bien, es menester que la entidad, sobre la cual recae el deber previsto en el artículo 7° de la *Ley de Transparencia*, se encuentre en una doble condición: Por una parte, que esté mencionada en el artículo 2° de dicha ley; y, de otra, que se trate de un órgano integrante de la Administración del Estado<sup>50</sup>.

Tal doble exigencia es cumplida por las Empresas Públicas y por las Empresas del Estado, debiendo excluirse, por no formar parte de dicha Administración, las sociedades en que el Estado o cualquiera de sus organismos tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio.

Adicionalmente, a esas tres especies de empresas estatales o con participación del Estado se les aplica el artículo décimo de la Ley N° 20.285.

Exigir, en cambio, la necesidad de una referencia más explícita, como si fuera indispensable volver a repetir la nomenclatura de “empresas públicas, empresas del Estado y empresas en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio”, conduciría a que el artículo 2° inciso 3° no tendría aplicación alguna, pues no existe ninguna disposición en la *Ley de Transparencia* que señale expresamente –salvo el artículo 7° en la interpretación que he explicado- que se aplique a las empresas mencionadas en el artículo 2° inciso 3 de dicha ley.

Naturalmente, con esta interpretación, disiento de lo resuelto por el *Consejo para la Transparencia*, en la decisión ya referida, en cuanto a que “(...) la expresión “esta ley” (empleada en dicho inciso 3°) no tiene como correlato la voluntad de restringir tal remisión únicamente a las normas establecidas en el “artículo primero” de la Ley N° 20.285, que contiene la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, sino que tal remisión *se extiende a todo el cuerpo normativo contenido en la Ley N° 20.285*, vale decir, a sus artículos primero a undécimo y su

---

<sup>50</sup> Por eso, no puede aplicarse el artículo 7° de la *Ley de Transparencia* ni ningún otro, en verdad, a la Contraloría General de la República ni al Banco Central desde que, como órganos constitucionalmente autónomos, no forman parte ni integran, para designio o finalidad alguna, la Administración del Estado. Al respecto, léanse los considerandos 49° a 54° de la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional el 10 de julio de 2008, Rol N° 1.051, en relación con el Instituto Emisor y la declaración de constitucionalidad acerca del artículo quinto de la Ley N° 20.285, respecto del Ente Contralor.

artículo transitorio (...)", con lo cual a las empresas allí mencionadas se les terminaría aplicando nada más que el artículo décimo de la Ley N° 20.285 y no el 7° de la *Ley de Transparencia* ni ninguna de las disposiciones de esta última normativa legal.

Me parece que esta interpretación, más extensiva de las palabras "esta ley", es inconsistente con el espíritu del legislador que he resumido en los anales antes transcritos, en cuanto a someter, aunque excepcionalmente, a las empresas mencionadas en el artículo 2° inciso 3° también –aunque fuera parcialmente- a la *Ley de Transparencia* y no sólo a lo dispuesto en el artículo décimo de la Ley N° 20.285.

Antes bien, es claro el sentido y alcance que el legislador quiso dar a la normativa, excluyendo –por regla general, pero no absoluta- a ciertas entidades a través de las cuales el Estado desarrolla actividades económicas o participa en ellas de la *Ley de Transparencia*, pero sin sustraerlas totalmente, lo que permitió zanjar las divergencias habidas entre el Senado y la Cámara de Diputados y llegar a la propuesta ecléctica de la Comisión Mixta y que fue aprobada por la unanimidad de los parlamentarios presentes en ambas ramas del Congreso Nacional.

No escapa al suscrito que, como ya lo he advertido, la técnica legislativa así trazada resulta deficiente, al menos en dos sentidos: Por una parte, las sociedades en que el Estado o cualquiera de sus organismos tiene participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio, en definitiva, no quedan sometidas, en nada, a la *Ley de Transparencia*, contenida en el artículo primero de la Ley N° 20.285, sino sólo a lo dispuesto en su artículo décimo; y, de otra, las Empresas Públicas y las Empresas del Estado quedan sujetas a una doble obligación en materia de transparencia activa, tanto por vía de lo dispuesto en el artículo 7° de la *Ley de Transparencia* como por lo exigido en el tantas veces mencionado artículo décimo.

Con todo, la defectuosa técnica que he constatado no sirve para justificar que se eluda lo expresamente dispuesto por la ley y lo querido por su autor, mellando la sujeción de aquellas empresas, que, al fin y al cabo, son estatales e integrantes de la Administración, a la *Ley de Transparencia*, estableciendo un equilibrio razonable en su posición de frente a las empresas privadas o a las estatales donde el Estado o sus organismos tienen una participación accionaria inferior al 50% o carecen de mayoría en el directorio, de ma-

nera de no sujetarlas, como éstas, al derecho de acceso a información, pero, al menos, exigirles el respeto de las normas sobre transparencia activa.

En esta línea de pensamiento, asimismo, puede advertirse cómo el artículo décimo de la Ley N° 20.285 sí que las somete, tal y como a sus competidoras, a las mismas reglas, por medio de la Superintendencia que las fiscalice, de manera que, en ese plano –el de la legislación común aplicable a los particulares- las Empresas Públicas, las Empresas del Estado y aquellas en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio quedan sujetas al ordenamiento jurídico que impera para todas, pero imponiéndole los deberes adicionales –dada su inescapable naturaleza estatal, a las dos primeras, en cuanto órganos administrativos- contemplados en el artículo 7° y demás normas conexas de la *Ley de Transparencia*.

Ciertamente y ya lo advertía la doctrina, la elusión del Derecho Público no puede ser absoluta, pues y, al final, es el Estado quien subyace tras las Empresas Públicas y las denominadas Empresas del Estado, pues, “en verdad, *en todos estos casos no hay propiamente una administración extra estatal*; hay sólo un régimen especial de regulación *para órganos que pertenecen al Estado y que cumplen por eso funciones administrativas*”<sup>51</sup>.

No es admisible, entonces, utilizar la persona jurídica para eludir el cumplimiento de una norma imperativa<sup>52</sup>, aunque sea parcialmente en el artículo 7° de la *Ley de Transparencia*, puesto que “el afianzamiento de la concepción formalista unido al “dogma del hermetismo de la persona jurídica” por ella impulsado, es el presupuesto fundamental de la crisis del concepto de persona jurídica y el origen de los abusos del mismo. La posibilidad de jugar al mismo tiempo con la propia personalidad y la de la sociedad –reducida a un mero recurso técnico- abre el horizonte a toda clase de abusos, que se manifiestan en distintos ámbitos: la nacionalidad, el fraude fiscal, los grupos de sociedades, la sociedad unipersonal (...). Será la jurisprudencia norteamericana la que protagonice la reacción más importante frente a esos abusos mediante la llamada doctrina del *disregard of the legal entity* según la cual los jueces pueden penetrar a través de la forma externa de la persona jurídica para alcanzar a las personas y a los bienes que se hallan bajo su cobertura.

---

<sup>51</sup> Manuel Daniel Argandoña citado en *supra* nota 26, p. 127.

<sup>52</sup> Boldó Roda citada en *supra* nota 16, p. 472.



La doctrina jurisprudencial norteamericana del *disregard of the legal entity* será divulgada en Europa a través de la obra de Serick, quien se plantea su posible utilización basándose en la constatación de la existencia de un “abuso de la forma” de la persona jurídica. Existirá dicho abuso cuando con la ayuda de la misma se trata de burlar una ley, quebrantar obligaciones o perjudicar fraudulentamente a terceros<sup>53</sup>.

En suma, a las Empresas Públicas y a las Empresas del Estado, en cuanto órganos integrantes de la Administración Pública, se les aplica lo dispuesto en el artículo 7° de la *Ley de Transparencia* y las normas conexas con ella, sin perjuicio que, además, rige respecto de ellas lo preceptuado en el artículo décimo de la Ley N° 20.285, el cual también se aplica a aquellas entidades empresariales en que el Estado tiene una participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio.

## **VII. COMPETENCIA DEL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA**

En segundo lugar, se me consulta acerca de la competencia del Consejo para la Transparencia en relación con las empresas estatales.

Ciertamente, habiendo dilucidado la primera consulta, la respuesta a ésta es consecuencia inevitable de aquélla, sobre la base de recordar que el artículo 32 de la *Ley de Transparencia* señala que 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*, claro está, que cuando éste sea procedente.

En consecuencia, el *Consejo para la Transparencia* tiene competencia respecto de las empresas estatales que integran la Administración del Estado –las Empresas Públicas y las Empresas del Estado-, en lo que ellas se encuentren regidas por la *Ley de Transparencia*, o sea, en nexo con lo dispuesto en su artículo 7°, sin perjuicio de las obligaciones que esas dos especies de empresas, además de aquellas en que el Estado tiene participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio, en orden a cumplir las obligaciones impuestas en el artículo décimo de la Ley N° 20.285, para lo cual se ha conferido competencia a la Superintendencia respectiva.

---

<sup>53</sup> *Id.*, p. 505.

En fin, respecto de las *sociedades de economía mixta*, las *empresas privadas sólo del Estado* y las *entidades de Derecho Privado en que el Estado o sus organismos descentralizados se asocian con particulares* en que el Estado tiene una participación accionaria inferior al 50% o donde no designa a la mayoría en el directorio, el *Consejo para la Transparencia* carece de competencia, desde que no se les aplica la *Ley de Transparencia* ni lo dispuesto en el artículo décimo de la Ley N° 20.285.

Es cierto, para concluir, como ya enuncié, que cuanto he explicado conduce a que las Empresas Públicas y las Empresas del Estado quedan sujetas a una doble vertiente de obligaciones en relación con el principio de publicidad –las contenidas en el artículo 7° de la *Ley de Transparencia* y las que se les imponen en el artículo décimo de la Ley N° 20.285- y, por ende, quedan sometidas, en uno y otro caso, tanto a la competencia del *Consejo para la Transparencia* como a la de la Superintendencia respectiva, constituyéndose en una excepción respecto de la legislación común aplicable a los particulares, en este rubro, ya que las empresas privadas no se rigen por la *Ley de Transparencia* ni se someten, naturalmente, al *Consejo*, lo cual tampoco sucede con las empresas donde el Estado tenga una participación accionaria inferior al 50% o carece de la mayoría en el directorio.

Empero, tal situación excepcional es consistente, por una parte, con la Constitución, que admite que se puedan establecer excepciones en la aplicación de la legislación común, máxime si ella persigue colaborar con la transparencia de entidades que, integrando la Administración del Estado, manejan, gestionan y administran, exclusivamente, recursos que son en su totalidad públicos. Y, de otra, manteniendo el derrotero iniciado hace décadas, en orden a excluir de la aplicación del Derecho Público a las entidades empresariales estatales, pero tal huida no siempre es absoluta y para todo designio, siendo plenamente justificado que se mantenga su sujeción a las reglas de transparencia activa en la doble vertiente explicada, tanto en cuanto a los deberes como respecto de los órganos con competencia para fiscalizar su cumplimiento, cumpliéndose así, además, el acuerdo que permitió zanjar las diferencias habidas entre el Senado y la Cámara de Diputados en el rubro, durante la tramitación de la actual Ley N° 20.285.

## VIII. CONCLUSIONES

A las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado, en cuanto órganos integrantes de la Administración Pública, se aplican las disposiciones contenidas en el artículo primero de la Ley N° 20.285, siempre y cuando aludan expresamente a esas entidades, como ocurre con lo preceptuado en su artículo 7°

Adicionalmente, a esas empresas y a las sociedades en que el Estado o cualquiera de sus organismos tiene participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio se les aplica el artículo décimo de la Ley N° 20.285.

Por ende, el *Consejo para la Transparencia* tiene competencia respecto de las empresas estatales que integran la Administración del Estado –las Empresas Públicas y las Empresas del Estado-, en lo que ellas se encuentren regidas por la *Ley de Transparencia*, o sea, en nexos con lo dispuesto en su artículo 7°, sin perjuicio de las obligaciones que esas dos especies de empresas, además de aquellas en que el Estado tiene participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio, en orden a cumplir las obligaciones impuestas en el artículo décimo de la Ley N° 20.285, para lo cual se ha conferido competencia a la Superintendencia respectiva.

A su turno, respecto de las *sociedades de economía mixta*, las *empresas privadas sólo del Estado* y las *entidades de Derecho Privado en que el Estado o sus organismos descentralizados se asocian con particulares* en que el Estado tiene una participación accionaria inferior al 50% o donde no designa a la mayoría en el directorio, el *Consejo para la Transparencia* carece de competencia, desde que no se les aplica la *Ley de Transparencia* ni lo dispuesto en el artículo décimo de la Ley N° 20.285.

Santiago, 23 de diciembre de 2009

**MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ**  
Profesor de Derecho Constitucional

## **Informe en Derecho**

# **COMPETENCIAS DEL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA RESPECTO DE ENTIDADES PRIVADAS QUE PRESTAN SERVICIOS DE UTILIDAD PÚBLICA**

**Jorge Bermúdez Soto  
Eduardo Cordero Q.  
Abogados  
Doctores en Derecho  
Profesores de Derecho Administrativo**

## INDICE

1. Antecedentes generales.....	3
2. Objetivos del Informe.....	4
3. Las entidades privadas que prestan servicios de utilidad pública.....	5
3.1. Antecedentes.....	5
3.2. Su configuración jurídica.....	6
a) La concepción orgánica-administrativa de los servicios públicos.....	6
b) El proceso de liberalización y privatización de los servicios públicos.....	6
4. Las normas sobre transparencia en el sector privado.....	8
4.1. La Ley N° 19.653 sobre probidad administrativa.....	8
4.2. El artículo 13 de la Ley N° 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado y su alcance respecto empresas privadas que prestan servicios de utilidad pública.....	15
a) Ámbito de aplicación de la norma.....	15
b) El concepto jurídico de empresas privadas que prestan servicios de utilidad pública (EPSUP).....	15
4.3. Los antecedentes de la Ley N° 20.285 y la derogación del inciso 4° artículo 13 de la Ley N° 18.575.....	23
5. El régimen actual de acceso a la información respecto de las empresas privadas que presten servicios de utilidad pública.....	25
5.1. Antecedentes generales.....	25
5.2. Ámbito de aplicación de la Ley N° 20.285.....	25
5.3. Control indirecto a través de las entidades fiscalizadoras.....	28
5.4. Relación entre los derechos de las EPSUP y la publicidad de la información, a propósito de test de daño o el principio de proporcionalidad.....	29
6. Conclusiones.....	31

## 1. ANTECEDENTES GENERALES.

La Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública ha establecido un nuevo régimen jurídico e institucionalidad respecto de los principios de transparencia y publicidad que rigen a los órganos del Estado y del derecho que tienen los ciudadanos para acceder a la información pública.

Dentro de este nuevo sistema, el Consejo para la Transparencia (en adelante, indistintamente, el Consejo) constituye un órgano fundamental para la aplicación de las disposiciones respecto de la mayor parte de los órganos que forman parte de la Administración del Estado (artículo primero), tanto en lo que dice relación con el deber de transparencia activa, como en lo relativo al derecho de acceso a la información pública.

Ahora bien, la Ley N° 20.285 establece el ámbito de competencia del Consejo desde una perspectiva orgánica, al disponer que están sujetos a su control todos los órganos que forman parte de la Administración del Estado, con las excepciones que expresamente indica (artículo 2°).

El mismo texto legal dispone que “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” (artículo 3°). Sin embargo, si entendemos que la función pública aparece estrechamente asociada a la idea de servicio público y, por tanto, al deber de satisfacer necesidades colectivas de manera regular y continua, resultará que estas funciones no sólo son cumplidas por los órganos que forman parte de la Administración del Estado sino también por entidades privadas que prestan servicios de utilidad pública y que están sujetas a un régimen fuertemente administrativizado<sup>1</sup>. Así las cosas, cabe plantearse si los deberes de transparencia de la función pública y el derecho de acceso a la información alcanzan también a dichas entidades y si sobre la materia tendría competencias el Consejo para la Transparencia.

---

<sup>1</sup> Una idea de esta situación la da el art. 37 de la Ley N° 18575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

## **2. OBJETIVOS DEL INFORME.**

El presente informe tiene como objetivo general establecer el nivel de aplicabilidad de la Ley N° 20.285 a las entidades privadas que desarrollan servicios de utilidad pública o de interés público.

Dentro de este objetivo general, los objetivos específicos de este estudio son los siguientes:

- a) Establecer la naturaleza jurídica y el régimen aplicable a las entidades privadas que prestan servicio de utilidad pública o de interés público;
- b) Determinar los fundamentos jurídicos de la intervención administrativa respecto de la actividad que desarrollan dichas entidades;
- c) Establecer la necesidad de un control social y la aplicación de normas de transparencia respecto de la actividad que cumplen estos sujetos;
- d) Determinar los alcances que tendría la Ley N° 20.285 respecto de estas entidades y las competencias del Consejo para la Transparencia sobre la materia.

Para tal efecto dividiremos este trabajo en tres partes. La primera estará destinada a tratar la situación de las empresas privadas que prestan servicios de utilidad pública (3), mientras que en la segunda analizaremos el alcance que han tenido las normas de transparencia respecto de ellas (4), para establecer en el último apartado el régimen actualmente vigente a la luz de la Ley N° 20.285 (5).

### 3. LAS ENTIDADES PRIVADAS QUE PRESTAN SERVICIOS DE UTILIDAD PÚBLICA.

#### 3.1. Antecedentes.

La prestación de servicios de utilidad pública por parte de entidades privadas se corresponde a un fenómeno histórico relativamente reciente asociado a las ideas de liberalización y desregulación. No nos corresponde en esta oportunidad hacer un análisis de un tema respecto del cual se ha escrito y comentado bastante<sup>2</sup>. En todo caso, es conveniente destacar la forma como diversas actividades que eran consideradas servicios públicos se fueron desplazando hacia el sector privado bajo distintas modalidades (privatización, concesiones o autorizaciones), dando lugar a formas de regulación más o menos intensas.

Dentro de este abanico de casos se deben distinguir entre aquellas actividades a través de las cuales se prestan servicios de utilidad pública, respecto de aquellos que dan lugar formas de actuación regidas por el mercado. En el primero de estos casos nos encontramos ante lo que se ha conocido como “mercados regulados”, en la medida que el ingreso al mismo conlleva un estricto control administrativo previo y da lugar a una intensa regulación, con un conjunto de obligaciones y cargas que no son las que se estilaban en las actuaciones empresariales estrictamente privadas. Esto es lo que ocurre fundamentalmente con el sector eléctrico, de las telecomunicaciones y el sanitario, al cual se deben agregar un conjunto más amplio de figuras, especialmente bajo la forma de concesiones (carreteras, aeropuertos, estacionamientos, etc.).

No todos estos casos corresponden a figuras homogéneas, pero se caracterizan por la naturaleza del servicio que prestan (utilidad pública); la naturaleza administrativa del título que les permite realizar la actividad; la intensa regulación a la cual se encuentran sometidas, y la existencia de uno o más órganos pertenecientes a la Administración del Estado que ejercen competencias de fiscalización sobre las mismas. A continuación se analizará la forma en que se produce la diversificación de su régimen jurídico.

---

<sup>2</sup> Sobre la materia se puede consultar algunas obras de referencia obligada: ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Madrid: Marcial Pons, 1993; ARIÑO ORTIZ, G; DE LA CUÉTARA J.M.; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L. *El nuevo servicio público*, Madrid: Marcial Pons, 1997; SOUVIRON MORENILLA, José María. *La actividad de la administración y el servicio público*. Granada: Comares, 1998; y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *De servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy*, en Revista de Administración Pública 150 (2000), pp. 57 y ss.



### **3.2. Su configuración jurídica.**

#### **a) La concepción orgánica-administrativa de los servicios públicos.**

En su origen los servicios de utilidad pública se identificaban con el concepto de servicio público tanto en su dimensión funcional como orgánica.

Bien es sabido que el concepto de servicio público es una categoría propia del Derecho administrativo de filiación francesa con el cual se pone una importante limitación a la actividad económica de los particulares, en la medida que el Estado se reserva la prestación de este servicio, ya sea de forma directa o a través de un concesionario, todo bajo estrictas formas de Derecho público.

Así las cosas, si una determinada actividad era considerada de interés general o público comenzaba todo un régimen de intervención respecto de la misma, lo cual se traduce habitualmente en la creación de una entidad pública a la cual se asigna el desarrollo de dicha actividad. De esta forma se produce una identidad entre la concepción funcional y orgánica de servicio público, como ocurrió con diversos servicios y empresas públicas que actuaban en una suerte de monopolio natural (vgr. ENTEL, CTC, SENDOS, ENDESA, etc.).

Existen diversos factores que determinaron este fenómeno, cuyo punto de partida viene marcado por la primera guerra mundial. Esto hizo que la Administración del Estado pasara de una actividad prestacional a una verdadera actividad de producción de bienes y servicios, ya sea por el valor estratégico que tenían determinados sectores (vgr. el petróleo, la telefonía, el transporte) o por la necesidad de implementar políticas de industrialización (vgr. CORFO).<sup>3</sup>

#### **b) El proceso de liberalización y privatización de los servicios públicos.**

La situación descrita se manifestó con particular fuerza en el caso de nuestro país. El Estado de Chile llegó a tener en su poder más de 600 empresas en el año 1973, sin

---

<sup>3</sup> Sobre la materia se puede consultar el interesante artículo de VILLAR PALASÍ, José Luis. *La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo*, en Revista de Administración Pública 3 (1950), pp. 53 y ss.

contar con los diversos servicios públicos que realizaban actividades de contenido económico. Dada esta situación y como consecuencia de la adopción de concepciones neoliberales, se inició un profundo proceso de liberalización y desregulación de diversos sectores económicos, orientados por el dogma del Estado subsidiario el cual permite justificar y dar cobertura a estas actuaciones, como son los procesos de privatización.

Esto marca un cambio en el péndulo de la intervención estatal, la cual pasa a ocupar un nivel mínimo en la prestación de servicios, mientras que se afianza la iniciativa privada y el mercado como los vehículos para satisfacer la mayor cantidad de necesidades básicas. Ahora bien, en las áreas consideradas como monopolio natural se inicia un fuerte proceso de liberalización del sistema, como ocurrió con la Ley N° 18.168, de 1982, que regula el sector de las telecomunicaciones; el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 1982, en el sector eléctrico; y el Decreto con Fuerza de Ley N° 382 de 1988, en el sector sanitario. A estos se deben agregar aquellos servicios públicos que ya eran prestados por particulares, como ocurría con el abastecimiento de gas y el transporte público.

Como consecuencia de lo anterior se rompe la identidad entre el servicio público/función y el servicio público/órgano y se fortalece la participación privada, la que pasa a cumplir funciones propias de los servicios públicos.<sup>4</sup>

Si se analiza este fenómeno desde el punto de vista jurídico resulta innegable que en el origen de estas entidades prestadoras privadas hay un fuerte componente de Derecho privado, sin embargo, en la función que cumplen y desarrollan aparecen un conjunto de normas de Derecho público que se superponen a los principios privatísticos, con el objeto de garantizar una óptima prestación del servicio. Así las cosas, considerando que la actividad que desarrollan tiene una alta incidencia en el interés general y en el bienestar de la población, es del todo razonable preguntarse si dentro de las obligaciones que deben cumplir se encuentran los deberes de

---

<sup>4</sup> En relación con este proceso se pueden consultar el trabajo de PAREDES M. Ricardo. *Regulación Económica en Chile: La Opción por un Enfoque No Estructural*, en LARRAIN B. Felipe y VERGARA M. Rodrigo. *La Transformación Económica de Chile*. Capítulo V, Santiago de Chile: Centro de Estudios Públicos, 2000, pp. 155 y ss.

transparencia y publicidad que se imponen a los órganos de la Administración del Estado que cumplen funciones similares.

#### **4. LAS NORMAS SOBRE TRANSPARENCIA EN EL SECTOR PRIVADO.**

##### **4.1. La Ley N° 19.653 sobre probidad administrativa.**

El principio de transparencia y publicidad encuentra su antecedente directo en la Ley N° 19.653 sobre probidad administrativa aplicable a los órganos de la Administración del Estado, de 14 de diciembre de 1999.

La tramitación de dicha Ley se inició por Mensaje N° 392-330 de fecha 12 de enero de 1995, el cual fue ingresado a la Cámara de Diputados con el número de boletín 1510. Como se indica en el propio Mensaje, este proyecto recoge las propuestas formuladas por la Comisión Nacional de Ética Pública, creada por Decreto Supremo No. 423 de 5 de abril de 1994, cuyo objetivo central fue el estudio y la elaboración de propuestas políticas y legislativas sobre la probidad, transparencia y responsabilidad ética.

Este proyecto fue presentado como un texto articulado en 30 normas permanentes y dos transitorias, divididas a su vez en cuatro títulos relativos a conceptos y ámbito de aplicación; principios generales aplicables a la Administración del Estado; normas especiales aplicables a la función pública (inhabilidades, carrera funcionaria, declaración de patrimonio y actividades, conductas contrarias a la probidad administrativa, etc.); y de las sanciones y responsabilidad. Por su parte, esta propuesta consideró de forma colateral los aspectos vinculados al principio de transparencia y publicidad, a pesar que dentro de sus ideas matrices destacaba la importancia de garantizar un desempeño imparcial y transparente de la función pública.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> El Mensaje consideraba un artículo 21 dentro del párrafo que regulaba las conductas contrarias a la probidad administrativa. En su número 1° se establecía que constituye una conducta contraria a la probidad administrativa el “negar información o documentación que haya sido solicitada en conformidad a la ley”.

El primer cambio sustancial de este proyecto se produce durante su tramitación en la Cámara de Diputados, específicamente durante su discusión en general que tuvo lugar en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia. Así, se hizo presente, que varias de estas materias estaban ya tratadas en la Ley Orgánica Constitucional N° 18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado (en adelante LBGAE), por lo que resultaba más apropiado que el tema de la probidad estuviera normado en un solo instrumento y sistematizado en un código común. En razón de lo anterior, se solicitó al Ejecutivo que reformulara el proyecto, lo cual se hizo a través de una indicación sustitutiva que contenía cinco artículos permanentes y cuatro disposiciones transitorias.<sup>6</sup>

En segundo cambio relevante se produce en relación con el tema que nos interesa. Dentro de la indicación se propuso un artículo 56 dentro del nuevo Título III que se introduce a la LBGAE, el cual introduce en el proyecto el principio de publicidad y transparencia en términos más explícitos:

**Artículo 56.** Las actuaciones de la Administración son públicas, salvo las excepciones establecidas con arreglo a la ley.

Toda función pública se ejercerá con transparencia, de manera que se permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en el ejercicio de ella, sin perjuicio de las materias que, por razones de seguridad o interés nacional, calificadas por la ley, deban mantenerse en reserva o secreto.

Esta disposición fue aprobada por la Cámara de Diputados y remitida con fecha 21 de enero de 1997 en tales términos para su revisión por el Senado.

La Comisión de Constitución, Legislación y Reglamento del Senado analizó el proyecto en su Primer Informe y propuso por unanimidad trasladar las disposiciones contenidas en el artículo 56, para conformar con ellas un artículo 11 bis, que se incorpora a la LBGAE, con el propósito de especificar que la transparencia en el ejercicio de la función pública consiste en permitir y promover la publicidad de los

---

<sup>6</sup> Véase pp. 3 a 7 del Primer Informe emitido por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados de fecha 8 de mayo de 1996.

procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten, sin perjuicio de mantener en reserva o secreto las materias que señale la ley. Por su parte, los senadores entendieron que la referencia a la ley decía relación con el proyecto de ley sobre acceso a la información administrativa, presentado con fecha 12 de enero de 1995 por Mensaje N° 387-330 y en el cual se regulaba con particular detalle esta materia en 31 artículos. Dicho proyecto fue retirado en el año 2000 sin que tuviera avance alguno en su tramitación.<sup>7</sup>

De esta forma, el artículo 11 bis quedó redactado de la siguiente forma:

**Artículo 11 bis.-** El principio de la probidad administrativa se regirá por las normas del Título III de esta ley y demás disposiciones especiales que regulen la materia.

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, sin perjuicio de las materias que deban mantenerse en reserva o secreto en conformidad a la ley.

Las actuaciones de la Administración son públicas, salvo las excepciones establecidas por la ley.

En su Segundo Informe, la Comisión analizó en particular la disposición. Ésta fue objeto de una indicación formulada por el Senador Otero por la cual se le incorporaron normas de procedimiento y control judicial para hacer efectivo este principio a propuesta del Senador Hamilton.

La indicación del Senador Otero resulta importante en el tema que estamos estudiando, pues reemplazó los incisos segundo y tercero de este artículo 11 bis, declarando que 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, y consagra la publicidad de los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos de

---

<sup>7</sup> Véase pp. 9 y 10 Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado de fecha 7 de septiembre de 1997. Dicho proyecto ingreso con el número de boletín 1511 y fue retirado por el Ejecutivo con fecha 7 de junio de 2000.

cualquier naturaleza u origen que les sirvan de sustento o complemento, *como también los informes y antecedentes que las empresas privadas que presten servicios de utilidad pública proporcionen a las entidades estatales encargadas de su fiscalización y que sean de interés público*. Lo anterior, sin perjuicio de la reserva o secreto que procedan en conformidad a la ley, o en caso de que la publicidad afecte el debido cumplimiento de las funciones de tales órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.<sup>8</sup>

La indicación fue aprobada por mayoría (2 a 1), salvo los incisos primero y segundo, los cuales fueron por unanimidad. Así, el texto del artículo 11 bis quedó de la siguiente forma en la parte que nos interesa:

**Artículo 11 bis.-** Los funcionarios de la Administración del Estado deberán observar el principio de probidad administrativa y en particular las normas legales generales y especiales que lo regulan.

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.

---

<sup>8</sup> Véase pp. 23 y 24 Segundo Informe Comisión de Constitución, Legislación y Reglamento del Senado de fecha 2 de junio de 1998. El Senador señor Otero explicó que su proposición, en lo medular, apuntaba a incorporar en la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado una norma del mismo tenor a la que la Comisión había considerado como artículo 8° del proyecto de ley sobre ejercicio de las libertades de opinión y de información y ejercicio del periodismo, en relación con la publicidad de los actos de la Administración (Boletín N° 1035-07). Tal regla, con mayor razón todavía, debía consignarse en esta Ley Orgánica Constitucional, porque está llamada a integrar la organización básica de la Administración Pública. Por su parte, el Senador señor Larraín disintió de la propuesta anterior, en atención a que dicha norma ya está considerada en ese otro proyecto de ley, de naturaleza especial para la materia de que trata. Sostuvo que, tal como manifestó con ocasión de la otra iniciativa, le merecen reparos en especial que se permita la reserva o secreto no sólo cuando medie causa legal expresa, sino cuando concurren algunas de las situaciones genéricas que se contemplan en el inciso tercero propuesto, cuya calificación se remite en primer término a la propia apreciación de la Administración. En una sesión posterior, H. Senadora señora Feliú pidió dejar constancia de que estimaba que el artículo aprobado no se ajusta al ordenamiento constitucional, “que obligaría a reconocer el carácter reservado o secreto de todos los documentos de las entidades privadas, aun cuando desarrollen actividades de utilidad pública” (sic). Hizo saber su objeción de constitucionalidad, en especial respecto de la obligación de difundir documentos privados, ya que, por una parte, sería ajena a las ideas matrices de este proyecto, y por otra, afecta las normas de los números 4 y 5 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, esto es, el respeto y la protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia, y la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada, que la Carta Fundamental asegura a todas las personas. Asimismo, estimó desafortunado considerar normas de procedimiento en esta disposición, ya que dificultarán su puesta en práctica, y deberían, en cambio, aplicarse las normas generales.

Son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos de cualquier naturaleza u origen que les sirvan de sustento o complemento, como también *los informes y antecedentes que las empresas privadas que presten servicios de utilidad pública proporcionen a las entidades estatales encargadas de su fiscalización y que sean de interés público*. Lo anterior, sin perjuicio de la reserva o secreto que procedan en conformidad a la ley, o en caso de que la publicidad afecte el debido cumplimiento de las funciones de tales órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

Este fue el texto que aprobó en definitiva el Senado y que se remitió a la Cámara. Por su parte, esta Corporación rechazó todas las modificaciones, lo que forzó la constitución de una Comisión Mixta para zanjar las diferencias entre ambas Cámaras. Al efecto, dicha Comisión de forma unánime decidió consagrar el carácter público de los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y de los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial. Además, *“con ciertas condiciones, lo extendió a los informes y antecedentes que las empresas privadas que presten servicios de utilidad pública y las empresas del Estado que sean sociedades anónimas, o estén sometidas a esa legislación, proporcionen a las entidades estatales encargadas de su fiscalización”*<sup>9</sup>. Por su parte, en lo relativo al procedimiento, la propuesta regula detalladamente, el derecho de un tercero interesado de oponerse a la entrega de la información; la obligación del órgano requerido de proporcionar la información, salvo que concurra alguna de las causales que señalan; el procedimiento aplicable si no se entrega la documentación dentro de plazo o si se deniega la petición, y las sanciones que proceden en este caso.

La Comisión Mixta siguió en la materia la propuesta del Senado, en orden a contemplar en dicha ley una normativa destinada a declarar la publicidad de los actos administrativos y a permitir el acceso a ellos mediante un procedimiento especial si fuere denegada. Al efecto, tuvo presente que el proyecto de ley sobre acceso a la información administrativa no había tenido movimiento desde su presentación en 1995, y que, desde el punto de vista de la técnica legislativa, resultaba más adecuado incluir

---

<sup>9</sup> Véase p. 2 Informe Comisión Mixta de 4 de mayo de 1999.

tales reglas en esta iniciativa legal - llamada constitucionalmente a determinar la organización básica de la Administración Pública- y no en el proyecto de ley sobre las libertades de opinión y de información y ejercicio del periodismo, que desarrolla y cautela las referidas libertades.

En lo que respecta a los *documentos de empresas privadas que presten servicios de utilidad pública*, el Informe de la Comisión Mixta deja constancia de la opinión del Profesor Carlos Carmona, a la fecha Jefe de la División Jurídica del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, para quien “*debería reconocerse el derecho de la empresa a negarse a que se proporcionen los antecedentes, porque no quiera que sean conocidos por las demás empresas que participan en el mercado de las telecomunicaciones. La posibilidad de negativa ha de ser protegida mediante ciertos resguardos, puesto que, si se da origen a un procedimiento contencioso en el cual deberán acompañarse los documentos en cuestión, a partir de ese momento dejarán de ser reservados. Esta situación debería tener una regulación especial, de forma tal de proteger el normal desarrollo de las actividades que realizan las empresas sujetas a la supervigilancia de un ente público*”.

A la luz de las observaciones, la Comisión propuso introducir dos artículos: 11 bis y 11 ter. En el primero de ellos se consagra los principios de probidad y transparencia, contemplando en su integridad el procedimiento para requerir la documentación ante el órgano administrativo, así como las causales que permiten denegar su entrega. En el segundo artículo se regulan los procedimientos de reclamación ante la autoridad judicial.

Por su parte, cabe mencionar que fue esta Comisión la que propuso que fuese no sólo la ley sino también el *reglamento* la norma que establezca y regule los casos de secreto o reserva como causal para denegar su entrega.<sup>10</sup> Por último, se hace una referencia genérica a las empresas, señalando que “*tratándose de información perteneciente a empresas, ésta sólo podrá darse a conocer en tanto no afecte su normal desenvolvimiento*”, sin hacer distinción alguna.<sup>11</sup>

Dicha propuesta fue aprobada por ambas Cámaras y le dio la siguiente redacción al artículo 11 bis en la parte que nos interesa:

---

<sup>10</sup> Idem. pp. 15 y ss.

<sup>11</sup> Idem. p 18.



**Artículo 11 bis.** Los funcionarios de la Administración del Estado deberán observar el principio de probidad administrativa y, en particular, las normas legales generales y especiales que lo regulan.

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.

Son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial.

*La publicidad a que se refiere el inciso anterior se extiende a los informes y antecedentes que las empresas privadas que presten servicios de utilidad pública y las empresas a que se refieren los incisos tercero y quinto del artículo 37 de la Ley N° 18.046, sobre sociedades anónimas, proporcionen a las entidades estatales encargadas de su fiscalización, en la medida que sean de interés público, que su difusión no afecte el debido funcionamiento de la empresa y que el titular de dicha información no haga uso de su derecho a denegar el acceso a la misma, conforme a lo establecido en los incisos siguientes. (énfasis añadido)*

Este fue el texto que se remitió al Gobierno y que da lugar a su texto definitivo, pues el veto del Ejecutivo no comprendió modificación alguna a dicha propuesta. Ahora bien, cabe mencionar que tampoco fue objeto de observaciones por parte del Tribunal Constitucional, quien se pronunció sobre el proyecto de ley en cuestión en la Sentencia Rol N° 299 de noviembre de 1999. A su vez, en virtud del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio Secretaria General de la Presidencia, de 17 de noviembre de 2001, el artículo 11 bis pasó a ser el actual artículo 13. Por su parte, la entrada en vigencia de la Ley N° 20.285 derogó los incisos 4° y siguientes de esta norma y su artículo 14 (anterior artículo 11 ter).

#### **4.2. El artículo 13 de la Ley N° 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado y su alcance respecto empresas privadas que prestan servicios de utilidad pública.**

##### **a) Ámbito de aplicación de la norma.**

El derogado inciso 4° LBGAE hacia aplicable el principio de publicidad que rige a los órganos de la Administración del Estado a dos categorías de entidades privadas:

- a) Las empresas privadas que prestan servicios de utilidad pública.
- b) Las empresas a que se refieren los incisos tercero y quinto del artículo 37 de la Ley N° 18.046, sobre sociedades anónimas, es decir, a las sociedades anónimas en que el Estado o sus organismos puede nombrar a uno o más directores; aquellas en que tienen mayoría en el directorio y las empresas del Estado sometidas a la legislación aplicable a las sociedades anónimas.

Pareciera que estuviéramos frente a una disposición de carácter excepcional, en la medida que extendería la aplicación de un principio-deber a entidades que están fuera de la Administración del Estado, ya sean de naturaleza privada o que constituyan sociedades o empresas del Estado. Por su parte, esta era al parecer la intención de los legisladores considerando el interés público que está detrás de estas empresas y, especialmente, porque prestan un servicio que trasciende al simple interés particular o lo hacen con una importante participación del Estado o sus organismos. Sin embargo, de un análisis detenido de la norma se puede llegar a una conclusión radicalmente diversa, como lo veremos luego (Infra b) iii).

Sin perjuicio de lo anterior, dado el objetivo de este informe centraremos nuestro estudio en las primeras, esto es, las empresas privadas que prestan servicios de utilidad pública.

##### **b) El concepto jurídico de empresas privadas que prestan servicios de utilidad pública (EPSUP).**

No existe en nuestro ordenamiento jurídico una definición legal de EPSUP. Sin embargo, esto no significa que dicha categoría no sea utilizada por el legislador, como

ocurre en material laboral (1). Por tal razón analizaremos dicho concepto para luego establecer que debería entenderse por EPSUP en nuestro ordenamiento jurídico (2).

### **i) El caso de la legislación laboral.**

El concepto de empresas privadas que prestan servicios de utilidad pública (en adelante EPSUP) aparece en nuestro ordenamiento jurídico a partir de nuestra Carta Fundamental. En efecto, la Constitución al regular la libertad de trabajo y el derecho a huelga establece que:

“No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o *empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública* o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional” (artículo 19 N° 16 inciso final).<sup>12</sup>

Por su parte, esta norma es complementada por el artículo 384 del Código del Trabajo, la que también dispone que no podrán declararse en huelga los trabajadores de aquellas empresas que atiendan servicios de utilidad pública. Sin embargo, el legislador tampoco nos entrega un concepto de EPSUP disponiendo que dicha calificación quedará entregada a la autoridad administrativa (Ministros del Trabajo y Previsión Social, Defensa Nacional y Economía, Fomento y Reconstrucción).<sup>13</sup> Así las

---

<sup>12</sup> Un concepto similar aparece en el artículo 32 N° 20 respecto de los “servicios que no puedan paralizarse sin serio perjuicio para el país”, lo cual permite realizar gastos que excedan el límite legal a través de una Decreto de emergencia constitucional. No se debe olvidar que este fue el mecanismo utilizado en los años 2008-2009 para financiar el sistema de transporte público de Santiago, conocido como Transantiago, lo cual permitiría asimilarlo a las entidades privadas que prestan un servicio de utilidad pública.

<sup>13</sup> El artículo 384 dispone lo siguiente: “No podrán declarar la huelga los trabajadores de aquellas empresas que:

a) Atiendan servicios de utilidad pública, o

b) Cuya paralización por su naturaleza cause grave daño a la salud, al abastecimiento de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional.

Para que se produzca el efecto a que se refiere la letra b), será necesario que la empresa de que se trate comprenda parte significativa de la actividad respectiva del país, o que su paralización implique la imposibilidad total de recibir un servicio para un sector de la población.

En los casos a que se refiere este artículo, si no se logra acuerdo directo entre las partes en el proceso de negociación colectiva, procederá el arbitraje obligatorio en los términos establecidos en esta ley.

La calificación de encontrarse la empresa en alguna de las situaciones señaladas en este artículo, será efectuada dentro del mes de julio de cada año, por resolución conjunta de los Ministros del Trabajo y Previsión Social, Defensa Nacional y Economía, Fomento y Reconstrucción.”

cosas, la determinación de las EPSUP resulta de la interpretación administrativa, tanto de los Ministerios como por parte de la Contraloría General de la República.

Estas resoluciones han considerado EPSUP las empresas de gas, las empresas sanitarias, las empresas de servicios eléctricos (transmisión y distribución), empresas portuarias, el Banco Central y diversas cooperativas y asociaciones.

Sobre la materia la Contraloría General de la República se ha pronunciado en diversos dictámenes, los cuales han tenido por objeto incluir determinadas empresas dentro de este listado. Así ocurrió con el caso de las Empresas Sanitarias, lo cual dio lugar a los Dictámenes Nos. 37.849, de 2007 y 53.479, de 2008. En este caso se tuvo en consideración que este *servicio satisfacía necesidades colectivas y básicas de la población*, además de haberse reconocido tal carácter por la legislación y la propia jurisprudencia administrativa. Por su parte, la Contraloría señala que “[...] es útil tener presente que los servicios de utilidad pública fueron, inicialmente, asumidos en forma directa por el Estado -por constituir siempre su prestación una relevante necesidad colectiva- y que luego, por razones vinculadas a su gestión técnica y económica, este cometido se encarga a los particulares, mediante un régimen legal de concesiones, y se desarrolla en el marco de una preceptiva tendiente a asegurar la *continuidad de estas prestaciones* y bajo la *fiscalización de organismos estatales*.” (énfasis añadido)

En el caso de las Empresas de Servicios Eléctricos de transmisión y distribución la Contraloría ha mantenido la misma línea en su Dictamen N° 11.512, de 2009, señalando al efecto que “[...] la actividad eléctrica que específicamente realizan las empresas de cuya omisión en el referido listado se reclama, es un giro que atañe a la entrega de las *prestaciones más básicas e imprescindibles para el bienestar mínimo de la población*, la cual es regulada por la legislación y controlada por el Estado por constituir una relevante *necesidad colectiva* y que, por razones vinculadas a su gestión técnica y económica, este cometido ha sido encargado a los particulares, mediante un régimen legal de concesiones, y atendido ese carácter, ella se desarrolla en el marco de una preceptiva tendiente a asegurar la *continuidad y permanencia de estas prestaciones* y bajo la *fiscalización de organismos estatales*.” (énfasis añadido)

Es interesante revisar estos dictámenes de Contraloría, pues es posible extraer un conjunto de elementos que nos permiten configurar el concepto de EPSUP. Así,

bien podríamos sostener que para la Contraloría los elementos que permiten identificar una EPSUP serían los siguientes:

- a) La satisfacción de necesidades colectivas;
- b) El hecho que se trate de las prestaciones más básicas e imprescindibles para el bienestar mínimo de la población;
- c) La necesaria continuidad y permanencia de estas prestaciones;
- d) El otorgamiento de una concesión administrativa para prestar el servicio; y
- e) La fiscalización de organismos estatales.

Si bien el concepto de servicio de utilidad pública puede resultar de mucha utilidad, plantea un problema que no es menor, pues su interpretación está fuertemente condicionada con la realidad que regula el Derecho del Trabajo, especialmente con un derecho considerado fundamental, como es el derecho de huelga. Así las cosas, se han formulado variadas críticas a este concepto, en la medida que constituiría una importante restricción normativa al derecho de huelga dado sus términos ambiguos y exageradamente amplios.<sup>14</sup> Es por tal razón que el Gobierno a partir del año 2005 comenzó a disminuir el listado de empresas consideradas EPSUP, sobre todo ante las solicitudes directas de la OIT. Sin embargo, ha sido la Contraloría la que ha ordenado la inclusión de empresas que tradicionalmente han tenido esta calidad, como ocurre con las empresas sanitarias y las eléctricas.

Así las cosas, si bien este concepto que rige en el ámbito laboral puede resultar interesante en un contexto de análisis general del concepto de actividades de interés público, en lo relativo específicamente al objeto del presente informe, no nos permitirá llegar a concepto bien definido de EPSUP, dados los condicionamientos y contingencias al cual se encuentra sujeto.

---

<sup>14</sup> Véase *La Huelga como derecho fundamental* en Universidad Diego Portales, *Informe Anual sobre Derecho Humanos*, 2008, p. 151. El concepto utilizado por la OIT sobre la materia es distinto. Al efecto, entiende que dada naturaleza de derecho fundamental que tiene la huelga, ésta sólo puede ser restringida en el caso de los “servicios esenciales en sentido estricto del término”, esto es, “aquellos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en parte o toda la población”. Véase GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto; HORACIO, Guido. *Principios de la OIT sobre el derecho de huelga*, Zurich: Organización Internacional del Trabajo, 2000, pp. 22-23.

## **ii) Esbozo de un concepto jurídico de EPSUP.**

Ante la ausencia de un concepto legal de EPSUP se hace necesario intentar la formulación de una definición a partir de los elementos que se pueden extraer de nuestro ordenamiento jurídico. Para tal efecto, el concepto laboral nos puede servir como hito de referencia, pues si bien está sujeto a las contingencias que le depara la realidad que regula, constituye un mínimo a partir del cual se pueden ir incorporando otros elementos adicionales. Cabe tener presente que la reducción de dicho concepto se debe fundamentalmente a la relación dialéctica que se ha dado en relación con el derecho a huelga, lo cual ha dado lugar a una categoría no muy bien definida.

Si tomamos los criterios sentados la Contraloría General de la República (satisfacción de necesidades colectivas, prestaciones más básicas e imprescindibles para el bienestar mínimo de la población, concesión administrativa, necesaria continuidad y permanencia de estas prestaciones y fiscalización de organismos estatales), se puede apreciar claramente que el mencionado concepto laboral no abarca otros servicios que responden a los mismos criterios ya señalados. Así ocurre con los servicios de telecomunicaciones y aquellos que derivan de concesiones de servicio público o respecto de bienes públicos.

Así por ejemplo, no cabe duda alguna que en el caso del sector de las telecomunicaciones se trata de una de las áreas más dinámicas en la económica actual, más aún si se tiene presente que hasta una época reciente sólo se vinculaba con el servicio de telefonía fija, considerada un monopolio natural por antonomasia. A partir de 1982 con la Ley N° 18.168 se produce una clara apertura y liberalización del sistema, estableciendo un sistema objetivo de concesiones e imponiendo una serie de obligaciones para garantizar la prestación del servicios (interconexión, no discriminación, etc.). Ahora bien, el carácter de EPSUP se aprecia especialmente en el servicio de telefonía básica, el cual combina los elementos de libre competencia y fijación de precios a la hora de establecer las tarifas. Esto depende de la existencia de un mercado que permita la libre competencia. En caso contrario (monopolio o posición dominante) es la autoridad administrativa (Ministerio de Economía) quien fija la tarifa previa calificación hecha por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. No obstante los caracteres esbozados que son propios de una actividad regida por el

mercado, la entrada en la actividad exige de una concesión administrativa, y se somete a una intensa fiscalización por parte de la autoridad sectorial (Subsecretaría de Telecomunicaciones) y a una serie de obligaciones propias de un servicio público (interconexión, no discriminación, continuidad en el servicio, etc.). Así las cosas, las empresas que prestan servicios de telefonía básica constituyen claramente una EPSUP.

Por otra parte, hay servicios de utilidad pública que se prestan por empresas privadas, previo el otorgamiento de una concesión administrativa. Normalmente se trata de casos que la doctrina denomina de administración delegada, esto es, se trata actividades propias del servicio u órgano público, pero que se desarrollan a través de terceros. En el caso de la concesión de servicio público podemos encontrar al concesionario municipal que presta el servicio de retiro de los residuos domiciliarios. A su vez, en el caso de la concesión sobre bienes nacionales destacan la concesión de carreteras, aeropuertos o estacionamientos subterráneos. Si bien en este último caso se puede sostener el carácter real de la concesión, lo cierto que la explotación del bien se realiza bajo la forma de un servicio que se presta contra el pago de una tarifa, la que se cobra al usuario (peaje, tasa de embarque, tarifa, etc.) y que trasciende de un interés meramente particular, ya sea del concesionarios o de los usuarios individuales.

Para comprender mejor a esta categoría podemos recurrir a las distinciones que realiza el Derecho comunitario europeo. Se debe partir de la base que éste no se sigue el concepto clásico de servicio público y se opta por el concepto de “servicios de interés general”. Así, los servicios pueden ser de interés general o no económico (seguridad interior y exterior, justicia, asuntos externos, educación, seguridad y servicios sociales) y servicios económicos o de contenido económico. Estos últimos pueden ser servicios económicos ordinarios, que se satisfacen a través del mercado incluyendo necesidades básicas o esenciales (comida, vestido, alojamiento), o pueden ser servicios económicos de interés general, los cuales se deben prestar a pesar que el mercado no disponga de los incentivos suficientes que permitan una prestación segura, de calidad y de precio asequible. En este caso se pueden imponer determinadas obligaciones con base en el interés general que la actividad (normalmente conocida como obligaciones de servicio público), de menor o mayor intensidad dependiendo de las condiciones del mercado.

Es en esta última categoría, esto es, de los servicios económicos de interés general, en donde aparecen las técnicas de intervención debido a que se trata de

necesidades colectivas y básicas que no se satisfacen con la sola acción del mercado en términos de calidad, seguridad, continuidad y precios asequibles. Así, se establecen un conjunto de mecanismos de intervención de intensidad variable (concesión administrativa previa, obligaciones de servicio público, fiscalización y control, fijación de tarifas, etc.) que hacen que la actividad que desarrolla la empresa privada se entienda que es de utilidad pública. Estos elementos coinciden con aquellos que ha utilizado la Contraloría General de la República en su jurisprudencia administrativa, lo que permite abarcar a servicios generalmente aceptados bajo esta categoría, tales como: transmisión y distribución eléctrica; agua potable y alcantarillado; telefonía básica; conservación y mantenimiento de carreteras o aeropuertos; retiro de residuos domiciliarios, etc.

### **iii) ¿Estableció la Ley N° 19.653 un régimen especial respecto de las EPSUP?**

Tal como se ha tenido ocasión de explicar, el inciso 4° del artículo 13 LBAE (11 bis) fue producto de una moción del Senador Otero que incluyó a las EPSUP como eventual sujeto pasivo del deber de transparencia y publicidad.

Ahora bien, de la redacción de la norma así como de los antecedentes de la misma que constan en la discusión parlamentaria es posible sostener que el régimen de las EPSUP no difiere del régimen general que se aplica respecto de los terceros particulares que se pueden ver afectados por la entrega de la información que está en poder de la Administración, el cual puede ser incluso más estricto. Veamos cuáles son los argumentos que abonan esta opinión.

Si analizamos la disposición en la parte que nos interesa, la redacción sería la siguiente:

La publicidad a que se refiere el inciso anterior se extiende a los informes y antecedentes que las empresas privadas que presten servicios de utilidad pública [...] proporcionen a las entidades estatales encargadas de su fiscalización, en la medida que sean de interés público, que su difusión no afecte el debido funcionamiento de la empresa y que el titular de dicha información no haga uso de su derecho a denegar el acceso a la misma, conforme a lo establecido en los incisos siguientes.



De la lectura de esta norma se pueden sacar las siguientes conclusiones:

- a) La disposición no colocaba como sujetos pasivos del deber de transparencia a las EPSUP, sino que a las entidades públicas encargadas de su fiscalización, como son, por ejemplo, las superintendencias.
- b) En segundo término se trata de información que no está en poder de las EPSUP, sino de informes o antecedentes que estas empresas han entregado a las entidades fiscalizadoras y que se encuentran, por tanto, en poder de estas últimas.
- c) La entrega de esta información está sujeta a una serie de limitaciones:
  - Que dichos informes o antecedentes sean de interés público;
  - Que su difusión no afecte el debido funcionamiento de la empresa; y
  - Que el titular de dicha información no haga uso de su derecho a denegar el acceso a la misma.

Así las cosas, en el caso de los informes o antecedentes de las EPSUP la denegación en su entrega podría fundarse no sólo en las causales alegadas por terceros particulares, sino en que dicha información no sería de interés público o que se pudiese afectar el debido funcionamiento de la empresa. No cabe duda que la más importante era la posibilidad que se le daba a las EPSUP para oponerse a la entrega de la información, en la medida que la denegación se funda única y exclusivamente en la oposición que ésta realice, la cual queda entregada a su discreción.

De esta forma bien podría sostenerse que el régimen de acceso a la información de las EPSUP era bastante más limitado en su redacción respecto del alcance que en su momento se le quiso dar. A su vez, la regulación tan estricta que se hizo de la materia puso a las EPSUP en una situación de excepción respecto del régimen que se aplicaba a los particulares como terceros afectados. Por las razones expuestas, es posible comprender que la derogación de esta norma, en términos reales, no significará un retroceso en materia de acceso a la información.

### **4.3. Los antecedentes de la Ley N° 20.285 y la derogación del inciso 4° artículo 13 de la Ley N° 18.575.**

La Ley N° 20.285 tiene su origen en una moción presentada por los Senadores Gazmuri y Larraín de fecha 4 de enero de 2005. El objetivo de esta iniciativa era modificar la legislación vigente, ya que –según sus autores– en la práctica los principios de transparencia y de acceso a la información pública se encontraban seriamente limitados, sobre todo por que los casos de secreto o reserva se podían establecer no sólo por la vía legal, sino también reglamentaria. Es por tal razón que este proyecto se ocupa fundamentalmente de modificar e introducir nuevas disposiciones a la LBGAE en su artículo 13 y siguientes. Por tanto, no alteró la situación de las EPSUP, ya que el inciso 4° del artículo 13 no fue objeto de modificación alguna.

Durante su discusión en el Segundo Trámite Constitucional en la Cámara de Diputados, el Presidente de la República presentó una indicación sustitutiva de todo el proyecto original, con la cual se establecía una nueva institucionalidad en materia de publicidad y acceso a la información de los órganos del Estado. Esta propuesta constituye la base de la actual Ley N° 20.285, pero no contiene referencia alguna a las EPSUP, a pesar que deroga expresamente el citado inciso 4° del artículo 13 LBGAE.

Sobre la materia las únicas menciones a este respecto fueron hechas por los representantes de la Fundación Pro Acceso, quienes señalaron que “[...] echaban de menos la publicidad de las informaciones provenientes de las empresas del Estado y de aquéllas que prestan servicios de utilidad pública, puesto que ello había demostrado ser útil para el control social de los servicios públicos regulados (caso Moral con GasAndes). Abogaron, en consecuencia, por mantener esta publicidad en los términos que lo hace el actual artículo 13 de la Ley de Bases”<sup>15</sup>. Sin embargo, no hay constancia que esta propuesta haya sido objeto de discusión y menos aún de alguna indicación al proyecto en trámite.

---

<sup>15</sup> Véase p. 18 del Informe Comisión, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados de fecha 8 de mayo de 2007.

La misma organización insistirá posteriormente ante la Comisión Mixta, proponiendo un ámbito de aplicación más amplio de la ley en los siguientes términos: “Finalmente, la Fundación Pro Acceso, en un documento de análisis de las materias que aborda esta iniciativa, sugirió reemplazar las expresiones “órganos de la Administración del Estado” por un texto más amplio que incluya a todos los restantes órganos públicos: Poderes Legislativo y Judicial y las empresas públicas y *privadas que cumplan funciones públicas*.” La Comisión no acogió la propuesta y aprobó el actual artículo 2º de la Ley de acceso a la información pública.<sup>16</sup>

Estos son los únicos antecedentes escritos que existen sobre la materia. No obstante lo cual, se ha sostenido posteriormente que la derogación del inciso 4º del artículo 13 LBGAE no significa que los “informes y antecedentes” que las EPSUP entreguen a las entidades estatales encargadas de su fiscalización pasen a ser secretos, pues en caso de “[...] ser solicitados a la entidad fiscalizadora se aplicarán las normas generales relativas a la información que pueda afectar los derechos de terceros (art. 20).”<sup>17</sup>

Esta parece ser la razón que le da sentido a la no regulación de esta materia, en la medida que evita los eventuales problemas de interpretación que pudiera dar lugar al derogado inciso 4º del artículo 13 LBGAE y garantiza el acceso a esta información dentro del régimen general establecido por la ley.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> Véase p. 6 del Informe de la Comisión Mixta de fecha 14 de enero de 2008.

<sup>17</sup> Véase RAJEVIC M. Enrique. *Una nueva vuelta de tuerca en materia de acceso a la información: la Ley N° 20.285* (20.08.2008), en *De Cive: Democracia, Estado y Derecho Público* [www.proacceso.cl/columna/una-nueva-vuelta-de-tuerca-en-materia-de-acceso-a-la-informacion](http://www.proacceso.cl/columna/una-nueva-vuelta-de-tuerca-en-materia-de-acceso-a-la-informacion) (consultado el 20.12.2009).

<sup>18</sup> Además, la jurisprudencia siguió esta interpretación, como ocurrió en la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 15 de octubre de 2003 (Rol N° 585-2003) recaída en la causa “Moral Puig Claudia con Superintendencia de Electricidad y Combustibles”.

## **5. EL RÉGIMEN ACTUAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN RESPECTO DE LAS EMPRESAS PRIVADAS QUE PRESTEN SERVICIOS DE UTILIDAD PÚBLICA.**

### **5.1. Antecedentes generales.**

La entrada en vigencia de la Ley N° 20.285 el 20 de abril de 2009 ha significado un hito importante en la evolución que ha experimentado nuestro derecho en materia de acceso a la información desde que se dictaron las primeras normas en el año 1999 a través de la Ley N° 19.653.

Se trata de un cuerpo normativo que a viene regular el principio de publicidad de los actos de los órganos del Estado que consagra el artículo 8° de la Constitución, así como el derecho de acceso a la información pública que tiene toda persona, tal como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por su parte ha significado la derogación expresa de las anteriores normas que regían sobre la materia, entre las cuales se encuentra el inciso 4° del artículo 13 LBPA, y se apega a los términos de la norma constitucional al reconocer el carácter excepcional que tienen las causales de reserva o secreto, las cuales sólo pueden ser establecidas por una ley de quórum calificado.

Respecto del tema debemos analizar el ámbito de aplicación de esta ley (5.2); el posible control que se puede realizar respecto de las EPSUP (5.3) y los criterios que ha aplicado el Consejo para la Transparencia respecto de la relación que se produce entre los derechos de las personas y la publicidad de la información (6.4)

### **5.2. Ámbito de aplicación de la Ley N° 20.285.**

La Ley N° 20.285 de Acceso a la Información Pública (en adelante LAIP) es un cuerpo normativo que regula la aplicación del principio de publicidad respecto de todos los órganos del Estado, tal como da cuenta su articulado. Así, su artículo primero se refiere a los órganos de la Administración del Estado, el cual debe ser complementado con su artículo quinto, séptimo y décimo respecto de la Contraloría General de la República,

el Banco Central y las Empresas públicas, respectivamente. Por su parte, el artículo sexto se refiere al Congreso Nacional; el artículo octavo al Poder Judicial y el artículo noveno al Tribunal Constitucional, Ministerio Público y la Justicia Electoral.

Ahora bien, el artículo primero contiene a su vez una suerte de “Sub-Ley” en la medida que aprueba la “Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado” (en adelante LTFP). En buenas cuentas, se trata de una ley cuyo ámbito de aplicación alcanza sólo a los órganos de la Administración del Estado, tal como lo corrobora su artículo 2º, el cual abarca a los mismos órganos contenidos en artículo 1º inciso 2º LBGAE, con la regulación especial de la Contraloría, el Banco Central y las empresas públicas (incisos 2º y 3º del artículo 2º LTFP).

Sin embargo, el Consejo para la Transparencia ha hecho una interpretación más amplia del concepto de Administración del Estado, pues ha entendido que bajo la expresión “órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa” se deben entender incluidos los entes de Derecho privado unidos con los órganos de la Administración del Estado mediante una relación de instrumentalidad “pues constituyen, de igual forma, una manifestación de la técnica organizativa de carácter público. Vale decir, el concepto genérico de función pública es independiente del sometimiento a un régimen jurídico público o privado de conformación y funcionamiento del órgano respectivo”.<sup>19</sup>

Si bien este es un punto que puede ser discutible, lo cierto es que la Contraloría General de la República también le ha reconocido un carácter público a estas entidades privadas en razón de la función que cumplen, tal como ha ocurrido con las Corporaciones Municipales, pues al respecto ha señalado que “[...] no obstante su naturaleza jurídica, al operar los servicios traspasados, dichas corporaciones constituyen el medio a través del cual los municipios cumplen con algunas de sus funciones, desarrollando al efecto una función pública mediante la cual satisfacen determinadas necesidades de la comunidad local”<sup>20</sup>. En razón de lo anterior, el Ente contralor ha entendido que dichas Corporaciones pueden considerarse como un

---

<sup>19</sup> Véase Decisión Amparo N° A211-09 de 31 de julio de 2009, especialmente los considerandos 4º a 17º.

<sup>20</sup> Véase Dictamen N° 58.727, de 23 de octubre de 2009.

organismo técnico del Estado facultado para desarrollar obras de infraestructura municipal.

No obstante lo anterior, se ha de tener presente que el propio Consejo ha establecido algunos elementos que deben concurrir a fin de que sea aplicable este concepto extensivo de Administración del Estado:

- a) La concurrencia mayoritaria o exclusiva de órganos públicos en su creación (decisión pública de creación);
- b) La integración de sus órganos de decisión, administración y control por autoridades o funcionarios públicos o personas nombradas por éstos (integración o conformación públicas de los órganos de decisión, administración y control); y
- c) La naturaleza de las funciones que desempeñan, que se alinea con el cumplimiento de funciones administrativas (función pública administrativa).<sup>21</sup>

Expuesto a lo anterior, cabe preguntarse si este concepto amplio puede comprender a las EPSUP. En nuestra opinión esto no sería posible, pues en el caso de las EPSUP no están presente los elementos que la jurisprudencia administrativa y los pronunciamientos del Consejo han entendido que deben concurrir para su inclusión. En efecto, las EPSUP son entidades privadas respecto de las cuales no existe participación de los órganos del Estado, ya que ellas son formadas en virtud del acuerdo de sus socios, es decir, regidas por el principio de autonomía de la voluntad y libertad contractual. Tampoco cuentan con una integración o conformación pública de sus órganos de decisión, administración y control y de hecho la Administración del Estado está obligada a deshacerse de su participación en ellas transcurrido un año, si carece de la autorización por ley de quórum calificado. En consecuencia, sólo la actividad o función, esto es el servicio que prestan, será el que les da un carácter o connotación pública.

Si embargo, lo anterior no es impedimento para sostener un control indirecto por la vía de las entidades fiscalizadoras a la cual se encuentran sometidas, como lo vamos a desarrollar a continuación.

---

<sup>21</sup> Idem Considerando 7°.

### **5.3. Control indirecto a través de las entidades fiscalizadoras.**

La existencia de servicios de utilidad pública por parte de empresas privadas deriva de las dificultades de poder satisfacer determinadas necesidades públicas y colectivas a través del mercado bajo determinados estándares de calidad, continuidad, universalidad y precios razonables.

Es en razón de lo anterior que existen diversas técnicas de intervención y control de cargo de la Administración a fin de controlar el ingreso a la actividad, una regulación más intensa, mecanismos de fiscalización y control, fijación de tarifas, etc. Ahora bien, en razón de aquello es que estas empresas se encuentran sujetas a diversas entidades públicas de fiscalización, como ocurre con la Superintendencias de Electricidad y Combustibles, la Superintendencia de Servicios Sanitarios o la Subsecretaría de Telecomunicaciones. Por su parte, en el caso que dicha actividad derive de una concesión otorgada por un órgano público, es habitual que dicha entidad ejerza las potestades de dirección y control en base al contrato administrativo que sirva de fundamento a dicha relación (Ministerio de Obras Públicas, Municipalidades, etc.).

Dada esta estrecha relación, es natural que se produzcan flujos de información entre estos órganos públicos y las EPSUP, las cuales quedan en poder de la Administración y, por tanto, sometidos al régimen de publicidad prevista por la LTFP. Así lo confirma el artículo 5º de dicha ley al disponer que es pública toda 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 que la propia ley establece en su artículo 21.

Siendo así, y a falta de regulación especial, las EPSUP se encuentran sujetas al régimen general de la LTFP, de manera que para este efecto tendrán la calidad de terceros que pueden ser eventualmente afectados por la entrega de dicha información. Esta conclusión se ratifica si se tienen en cuenta los mencionados antecedentes de la Ley N° 20.285 y la derogación del inciso 4º del artículo 13 LBGAE, que a nuestro entender establecía un régimen de mucho mayor resguardo de esta información en favor de las EPSUP.

De esta forma, la entrega de informes y antecedentes que las EPSUP proporcionen a las entidades que fiscalizan han de estar sujetas al régimen previsto en los artículos 20 y 21 LTFP, en cuanto pueden afectar los derechos de dichas empresas en su calidad de terceros.

#### **5.4. Relación entre los derechos de las EPSUP y la publicidad de la información, a propósito de test de daño o el principio de proporcionalidad.**

Las EPSUP tienen un doble carácter, en la medida que su organización y estructura se somete a los moldes del Derecho privado, mientras que la actividad o servicio que prestan se encuentra sometida claramente a normas de Derecho público en consideración al interés público al cual dan soporte.

En tal sentido, no deja de ser complejo que la información relativa a las actividades y servicios que prestan estas empresas pueda quedar sometido al ámbito de protección que se da a los derechos de carácter económico o comercial (artículo 21 N° 2 LTFP).

Sobre esta materia no vemos inconveniente en aplicar el criterio del test de daño seguido por el Consejo y que ha sido tomada de la doctrina comparada. Al efecto, el Consejo ha señalado que en esta materia se debe “[...] realizar un balance entre el interés de retener la información y el interés de divulgarla para determinar si el beneficio público resultante de conocer la información solicitada es mayor que el daño que podría causar su revelación”. Además, el Consejo ha entendido que siendo el acceso a la información un derecho de rango constitucional, como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la reserva o secreto en la entrega de la información constituye un límite o restricción que se debe aplicar respetando el principio de proporcionalidad. Al efecto esto exige analizar: a) si la medida es eficaz; b) si no existe un medio más moderado para la consecución eficaz del propósito buscado (en este caso, cautelar el secreto), y c) si la medida a adoptar (en este caso, el secreto absoluto) derivan más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

En todo caso, establecido el criterio se ha de tener presente que el eventual conflicto entre publicidad y protección de derechos adquiere una especial connotación



tratándose de las EPSUP, pues las decisiones que adopten y la forma de operar necesariamente va a afectar a un colectivo más amplio que el del solo titular que ejerce su derecho. A su vez, también va a significar una afección más profunda, en la medida que llegará a las necesidades básicas y elementales de la población.

## 6. CONCLUSIONES.

De acuerdo con lo expuesto a lo largo de este Informe, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

- A) Que la disociación entre la concepción orgánica de servicio público y su concepción funcional producto de los procesos de liberalización y desregulación ha llevado a que con mayor fuerza entidades de carácter privado hayan asumido la prestación de servicios de utilidad pública desvinculada orgánicamente de la Administración del Estado.
- B) Que estas empresas se forman y constituyen bajo un régimen de Derecho privado, pero en su actividad deben someterse a una intensa intervención administrativa reguladas por normas de Derecho público, en cuya virtud se establecen obligaciones propias de un servicio público (calidad del servicio, continuidad, universalidad, precios razonables, etc.) además de regular el ingreso bajo la forma de concesiones o permisos administrativos.
- C) La Ley N° 19.653 al establecer las primeras normas sobre publicidad de los actos de la Administración del Estado se hizo cargo de regular la publicidad de los informes y antecedentes que las EPSUP entregaban los órganos de la Administración que ejercían competencias fiscalizadoras sobre las mismas. Sin embargo, la entrega de dicha información se establecía en términos mucho más estrictos y favorables para estas empresas, comparado con la posición que tenían los terceros eventualmente afectados con la entrega de la información.
- D) Ni el constituyente ni el legislador nos entrega un concepto general de EPSUP. Al efecto, la legislación laboral remite su calificación a la autoridad administrativa para efectos de establecer la prohibición del ejercicio del derecho a huelga, lo que ha dado lugar a un concepto más estricto y que no permite su aplicación analógica.
- E) La Contraloría General de la República, por su parte, ha señalado que las EPSUP se caracterizan por los siguientes elementos:

- La satisfacción de necesidades colectivas;
- El hecho que se trate de las prestaciones más básicas e imprescindibles para el bienestar mínimo de la población;
- La necesaria continuidad y permanencia de estas prestaciones;
- El otorgamiento de una concesión administrativa para prestar el servicio; y
- La fiscalización de organismos estatales.

F) A pesar de la regulación especial contenida en el inciso 4º del artículo 13 LBGAE, el sistema de publicidad al cual se encontraban sometidas las EPSUP no era diverso del régimen general, salvo en algunos puntos. Esto explica que dicha norma haya sido derogada y no se mantenga en la actual Ley N° 20.285 de Acceso a la Información Pública.

G) A pesar que el Consejo ha hecho una interpretación amplia del concepto de “órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa” abarcando entidades privadas de participación pública y que desarrollan funciones públicas, esto no permite comprender dentro del ámbito de aplicación de la Ley N° 20.285 a las EPSUP, ya que ellas sólo en cuanto a su función se asimilan a entidades privadas que forma y controla el Estado.

H) No obstante lo anterior, es posible un sistema de control indirecto a través de la información y antecedentes que estas empresas proporcionan a las entidades fiscalizadoras. En tal sentido, es posible la entrega de dicha información siguiendo el procedimiento general y en la medida que no se afecten los derechos de estas empresas, lo cual debe ser ponderado en razón del beneficio que conlleva su publicidad y el daño que puede significar para el funcionamiento y los derechos de dichas empresas (test de daño o proporcionalidad).

Es todo cuanto podemos informar al tenor de lo solicitado.

Jorge Bermúdez Soto

Eduardo Cordero Q.

## **Informe en Derecho.**

### **SOBRE LA POTESTAD DE FISCALIZACIÓN DEL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA.**

*Sumario:* I. LAS PREGUNTAS QUE TRATA DE RESOLVER EL PRESENTE INFOME. II. LA NATURALEZA DEL CONSEJO Y SUS POTESTADES EN LA FISCALIZACIÓN. A. El Contexto normativo. B. El objetivo perseguido según la Historia Fidedigna de la Ley. C. Las consecuencias interpretativas. III. UNA CUESTIÓN ESENCIAL: LOS OBJETIVOS PERSEGUIDOS POR LAS LEYES DE TRANSPARENCIA. IV. ¿POR QUÉ LAS REGULACIONES PÚBLICAS DEBEN PROMOVER EL CUMPLIMIENTO? V. DOS EXPRESIONES DE LA FACULTAD FISCALIZADORA: LA INSPECCIÓN Y LA SANCIÓN. A. Sobre la potestad de inspección. B. La potestad sancionatoria. VI. ¿CÓMO ABORDAR LA POTESTAD DE FISCALIZACIÓN DEL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA?. A. El Consejo para la Transparencia tiene potestad de fiscalización: Alcances. B. ¿Cómo construir el sistema de fiscalización?. C. ¿Es posible externalizar las actividades de fiscalización y concretamente las de inspección?. D. ¿Cómo opera el sistema sancionatorio fuera de las hipótesis de la LAIP?.

#### **I. LAS PREGUNTAS QUE TRATA DE RESOLVER EL PRESENTE INFOME.**

1. Se me ha solicitado informe en derecho sobre la extensión de las atribuciones del Consejo para la Transparencia, referidas a sus potestades de fiscalización sobre los organismos regulados por la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública (LAIP).

2. Concretamente al Consejo le interesan resolver cuatro interrogantes:

(a) Alcance y extensión de las facultades de fiscalización en materia de transparencia activa;

(b) Posibilidad de ejercer, mediante la potestad de fiscalización, mecanismos de evaluación preventiva que tengan impactos en el “derecho de acceso a la información”.

(c) Posibilidad de contratar a prestadores privados en las actividades de seguimiento y fiscalización.

(d) Alcance y ejercicio de la potestad sancionatoria frente a incumplimiento de los servicios públicos, excluyendo la reconocida legalmente en el caso del amparo de acceso a la información pública.

3. Con el objeto de abordar las cuatro interrogantes planteadas, el presente informe abordará: (a) La naturaleza del Consejo para la Transparencia y el reconocimiento legal de sus potestades de fiscalización; (b) los objetivos perseguidos por las leyes de transparencia; (c) Los criterios de detrás de las

regulaciones públicas y sus incentivos para el cumplimiento; (d) los criterios que permiten identificar las potestades de fiscalización, en especial la potestad de inspección y sanción; (e) respuestas a las inquietudes planteadas.

## II. LA NATURALEZA DEL CONSEJO Y SUS POTESTADES EN LA FISCALIZACIÓN.

### A. El Contexto normativo.

4. De conformidad a lo señalado por la LAIP el Consejo de Transparencia es una “[C]orporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio”<sup>1</sup>, que 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”<sup>2</sup>.

5. Dentro de las funciones y atribuciones, que caracterizan al Consejo en cuanto órgano de “fiscalización” destacan.

“a) Fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones de esta ley y aplicar las sanciones en caso de infracción a ellas.

d) Dictar instrucciones generales para el cumplimiento de la legislación sobre transparencia y acceso a la información por parte de los órganos de la Administración del Estado, y requerir a éstos para que ajusten sus procedimientos y sistemas de atención de público a dicha legislación.

e) Formular recomendaciones a los órganos de la Administración del Estado tendientes a perfeccionar la transparencia de su gestión y a facilitar el acceso a la información que posean.

f) Proponer al Presidente de la República y al Congreso Nacional, en su caso, las normas, instructivos y demás perfeccionamientos normativos para asegurar la transparencia y el acceso a la información.

i) Efectuar estadísticas y reportes sobre transparencia y acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado y sobre el cumplimiento de esta ley.

j) Velar por la debida reserva de los datos e informaciones que conforme a la Constitución y a la ley tengan carácter secreto o reservado.

m) Velar por el adecuado cumplimiento de la ley N° 19.628, de protección de datos de carácter personal, por parte de los órganos de la Administración del Estado.”

6. A su vez, el art. 34 de la LAIP señala el estándar al cual deben someterse los organismos del Estado al señalar que:

“Para el ejercicio de sus atribuciones, el Consejo podrá solicitar la colaboración de los distintos órganos del Estado. Podrá, asimismo, recibir todos los testimonios y

---

<sup>1</sup> Art. 31.

<sup>2</sup> Art. 32, inciso primero.

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.”.

7. Finalmente las normas destinadas a establecer infracciones y sanciones, señaladas en el Título VI de la ley, establecen sanciones por tres tipos de incumplimientos: (a) denegación infundadas del jefe de servicio en caso de solicitud de acceso a la información<sup>3</sup>; (b) denegación de la información, una vez que existe resolución firme que la exige<sup>4</sup>; (c) incumplimiento injustificado de las normas sobre transparencia activa<sup>5</sup>.

En tales casos, la potestad sancionatoria se encuentra en manos del Consejo, pero el procedimiento sumarial estará a cargo de la Contraloría General de la República<sup>6</sup>.

## **B. El objetivo perseguido según la Historia Fidedigna de la Ley.**

8. Como consta de la historia fidedigna<sup>7</sup>, el establecimiento de una régimen institucional que vele y garantice la transparencia pública fue una demanda solicitada por los parlamentarios, desde la presentación del proyecto de ley<sup>8</sup>. La

---

<sup>3</sup> Artículo 45.- La autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, requerido, que hubiere denegado infundadamente el acceso a la información, contraviniendo, así, lo dispuesto en el artículo 16, será sancionado con multa de 20% a 50% de su remuneración.

<sup>4</sup> Artículo 46.- La no entrega oportuna de la información en la forma decretada, una vez que ha sido ordenada por resolución a firme, será sancionada con multa de 20% a 50% de la remuneración correspondiente.

Si la autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, requerido, persistiere en su actitud, se le aplicará el duplo de la sanción indicada y la suspensión en el cargo por un lapso de cinco días.

<sup>5</sup> Artículo 47.- El incumplimiento injustificado de las normas sobre transparencia activa se sancionará con multa de 20% a 50% de las remuneraciones del infractor.

<sup>6</sup> Artículo 49.- Las sanciones previstas en este título serán aplicadas por el Consejo, previa instrucción de una investigación sumaria o sumario administrativo, ajustándose a las normas del Estatuto Administrativo. Con todo, cuando así lo solicite el Consejo, la Contraloría General de la República, de acuerdo a las normas de su ley orgánica, podrá incoar el sumario y establecer las sanciones que correspondan.

<sup>7</sup> Vid. Historia de la Ley N° 20.285, Biblioteca del Congreso Nacional, 20 de agosto de 2008. Disponible en línea en <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20285/HL20285.pdf>

<sup>8</sup> Dado que el proyecto de ley que se aprobó, tuvo un origen en una moción parlamentaria de los HH. Senadores Larraín y Gazmuri, este no podía contemplar la creación de un organismo

tesis permanente del Ejecutivo durante esa etapa, fue que era innecesaria tal figura, pues las competencias naturales en esta materia deberían estar en el proyecto de ley que creaba el Defensor Ciudadano<sup>9</sup>.

9. Durante la discusión en la Cámara de Diputados, el Ejecutivo accedió a la creación de una institución destinada a la promoción y fiscalización de la ley de transparencia. Como consta de la discusión parlamentaria, esencialmente el Ejecutivo y el Congreso tuvieron a la vista las experiencias del Reino Unido y México, que en los años 2005 y 2002 habían dictado leyes de acceso a la información, con robustos sistemas institucionales<sup>10</sup>.

El organismo se denominó “Instituto de Promoción de la Transparencia” y según el Ejecutivo consagraba una triple vía para resguardar el derecho de acceso: (a) la reclamación administrativa de la denegación de acceso ante un organismo externo especializado, cuya resolución si es negativa es revisable por la Corte de Apelaciones; (b) el establecimiento de un conjunto de sanciones para la denegación injustificada, aplicables por el mismo organismo externo especializado, y (c) la fiscalización permanente a cargo del citado organismo externo<sup>11</sup>.

---

administrativo con competencias en la materia, dado el contenido y redacción del artículo 65, inciso cuarto N° 2, de la Constitución, que otorga tal iniciativa exclusiva al Presidente de la República.

<sup>9</sup> Ver en la Historia de la Ley, p. 34 y 35, la opinión del Ejecutivo en el Primer Informe de la Comisión de Gobierno del Senado, de 16 de mayo de 2005.

<sup>10</sup> Destaca el Informe de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados (8.05.2007), en Historia de La Ley, p. 153 a 165, que “ En Inglaterra, el Acta de Libertad de la Información (2005) creó la Oficina del Comisionado de Información, agente independiente del Gobierno, a quien corresponde “promover y verificar que se cumpla con el acceso público a la información oficial y la protección de los datos personales, para lo que se encuentra dotada de atribuciones que le permiten conocer y sancionar los incumplimientos normativos”. “En México, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (2002) creó el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, que se caracteriza por ser un órgano de la Administración Pública Federal que goza de autonomía operativa, presupuestaria y de decisión. Al Instituto le corresponde “promover el ejercicio del derecho de acceso a la información, resolver sobre la negativa a las solicitudes de acceso a la información que las dependencias o entidades del gobierno federal hayan formulado y proteger los datos personales en poder de las dependencias y entidades del gobierno federal”. Este organismo interviene en casos de negativa de acceso a la información, conociendo de un recurso de revisión que pueden interponer las personas afectadas”.

<sup>11</sup> Ver Intervención de la Ministra Secretaría General de la Presidencia, al explicar la indicación, en Informe de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados (8.05.2007), en Historia de la Ley, p. 173.

Finalmente la Cámara cambió la denominación a “Consejo para la Transparencia”, insistió en su función fiscalizadora y en la potestad de sanción frente al incumplimiento, considerando el apercibimiento sancionatorio por infracción a la transparencia activa<sup>12</sup>.

10. El Senado rechazó en tercer trámite constitucional las modificaciones introducidas por la Cámara<sup>13</sup>, lo que obligó a la constitución de la Comisión

---

También se refirió a la propuesta del Proyecto de incorporar en nuestra legislación el “Instituto de Promoción de la Transparencia”, órgano encargado de la promoción y fiscalización de la transparencia, que se caracteriza por ser un organismo autónomo, constituido como corporación de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio y cuyo objetivo es promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y garantizar el derecho de acceso a la información.

Para el cumplimiento de dichos objetivos, “se lo dota de atribuciones normativas, resolutivas, fiscalizadoras y sancionatorias y se le encomienda desarrollar tareas de promoción, difusión, capacitación y control, pudiendo requerir a los órganos de la Administración para que adecuen sus procedimientos a las normas sobre transparencia y acceso a la información, bajo apercibimiento de sanción”.

<sup>12</sup> Vid. Informe de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados (8.05.2007), en Historia de la Ley, p. 173.

<sup>13</sup> Vid. Informe de la Comisión de Gobierno del Senado (17.07.2007), en Historia de la Ley, p. 341 y sgts. En dicho informe consta la intervención del Ejecutivo, que explican las atribuciones del Consejo para la Transparencia.

Por ejemplo, la Comisión escuchó al Subsecretario General de la Presidencia, quien hizo alusión al informe de la Comisión de Expertos que asesoró a S.E. la señora Presidenta de la República, proponiendo medidas para favorecer la probidad y la eficiencia. Dicha Comisión, “propuso crear un órgano especializado que tutele la materialización de este derecho mediante potestades normativas, fiscalizadoras, sancionadoras y resolutivas de conflictos entre los ciudadanos” (p. 341), propuesta que fue recogida por la Honorable Cámara de Diputados.

El Subsecretario, también sostuvo que la función del Consejo para la Transparencia sería “promover la transparencia, fiscalizar el cumplimiento de las normas y garantizar el derecho de acceso a la información. Así, de la negativa de acceso por un órgano de la administración, se puede reclamar ante este organismo” (p. 346).

En su intervención, el Secretario Ejecutivo de la Comisión Chilena para la Probidad y la Transparencia, indicó que el Proyecto le otorgaba al Consejo, además de la facultad de fiscalizar, “la importante función de aplicar sanciones en caso de infracciones. También le asigna, entre otras, las siguientes tareas principales: resolver los reclamos por denegación de información; dictar instrucciones generales para el cabal cumplimiento de la legislación sobre transparencia y acceso a la información; formular recomendaciones a los órganos de la Administración del Estado; requerir bajo apercibimiento de multa a los órganos del Estado para que se adecuen a las normas sobre transparencia y acceso a la información; proponer al Presidente de la República normas e instructivos sobre la materia”; etc. (pg. 348)



Mixta. En el informe de la precitada Comisión se insistió en la potestad fiscalizadora del Consejo y sus poderes sancionatorios por incumplimiento de la ley<sup>14</sup>.

### C. Las consecuencias interpretativas.

11. De conformidad a la Historia de la Ley, es posible expresar dos consecuencias interpretativas. En relación a la naturaleza jurídica, la insistencia de la autonomía e independencia de la Administración Activa es una característica demandada permanentemente durante la tramitación. Sin embargo, como sabemos esa pretensión tiende a diluirse en la perspectiva orgánica desde el momento que tanto para el Tribunal Constitucional<sup>15</sup> como para la Contraloría es un servicio público descentralizado<sup>16</sup>, sujeto entonces al sistema de control legal, financiero y funcional de la Administración, especialmente el de la Contraloría<sup>17</sup>. Esto tendrá un impacto en las restricciones que debe considerar el Consejo al diseñar su sistema de fiscalización.

12. En relación a las funciones de fiscalización, la historia permite concluir que la demanda por fiscalización se centró en la necesidad de crear un organismo que tuviese a su cargo el seguimiento de la ejecución de la ley, que pudiera instruir sobre su aplicación y que pudiera sancionar sus incumplimientos. Sin embargo, salvo las potestades para dictar instrucciones, recabar información y sancionar, que es acotada como se verá, la ley no entregó ninguna atribución específica para desarrollar sus procedimientos de fiscalización. De este modo, en lo que sigue trataremos de explicar qué instrumentos puede utilizar el Consejo con el objeto de proveer sistema de fiscalización, sobre todo que puedan ser eficientes.

---

<sup>14</sup> En el informe de la Comisión Mixta, en Historia de la Ley, p. 416, se indica que “El artículo 32 de la Ley de Transparencia propuesto por la Honorable Cámara, enuncia la finalidad del Consejo, cual es la de promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información y garantizar el acceso a ésta. Fue aprobado en los mismos términos, con la unanimidad de los miembros presentes de la Comisión (...)”. Por su parte, en “El artículo 33 enumera las funciones y atribuciones del Consejo en quince literales, entre los cuales se destacan las de fiscalizar el cumplimiento de esta ley; resolver los reclamos de denegación de información; promover la transparencia de la función pública, la publicidad de la información y el acceso a ella”.

<sup>15</sup> Vid. STC Rol 1051, C. 33 y 34.

<sup>16</sup> Dictamen 70891, de 2009, en que califica al Consejo para la Transparencia como un servicio público descentralizado que se relaciona con el Presidente de la República a través del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

<sup>17</sup> Una consecuencia de eso es que la Contraloría probablemente le aplicaría sin inconvenientes al Consejo las normas de la Ley de Compras Públicas y de la Ley de Procedimiento Administrativo. Ver en este sentido el criterio del Dictamen N° 25.902, de 2006.

### III. UNA CUESTIÓN ESENCIAL: LOS OBJETIVOS PERSEGUIDOS POR LAS LEYES DE TRANSPARENCIA.

13. Uno de los temas esenciales en el funcionamiento de los sistemas democráticos es el establecimiento de reglas básicas de control institucional, pero también de aquellas que no lo son y que se ubican en el ámbito del escrutinio público que realizan los ciudadanos a sus autoridades<sup>18</sup>. El acceso a la información administrativa es una de las áreas en donde se ha puesto énfasis, en particular aquella que ha provenido de los procesos de modernización del Estado, pues constituye un poderoso elemento de control y en términos más amplios de seguridad jurídica<sup>19</sup>.

14. Existe bastante consenso en la literatura que la demanda por Gobiernos Transparentes responde a dos ideas básicas: (a) *restaurar la confianza pública*, en la medida que la información proporcionada incrementa la educación de los ciudadanos, haciendo de ellos sujetos con condiciones para exigir una demanda adecuada para la calidad de los servicios provistos por el Estado y sus organismos; (b) *tener más y mejores vigilantes de la actividad gubernamental*, en la medida que amplía las posibilidades de disponer de otros sujetos que controlen la actividad pública, diferente a las clásicas instituciones del control público<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Como sostiene Harlow, C., Rawlings, R., *Law and Administration*, Cambridge University Press, 3th edn, 2009, p. 46, se ha ido produciendo un cierto consenso en que el Derecho administrativo no sólo se puede ver desde la perspectiva de la contienda entre la Administración y el ciudadano, tan bien reflejada en la contienda contenciosa administrativa (en la tensión sobre la legalidad y sus alcances) (denominada Red Light Theory), o desde la perspectiva de los resultados de prestación, reflejado en el debate del servicio público (la condición prestacional amplia y directa del Estado), si no que también es necesario dimensionarlo sobre cierto consenso de los valores que concurren en las regulaciones de las administraciones y representadas por el Derecho Administrativo (denominada Green Light Theory). Estos se traducen una trilogía de valores: Transparencia, participación y accountability (rendición de cuentas), que se reflejan en la expresión “buena gobernanza”.

<sup>19</sup> Como sugiere Austin, “The Freedom of Information Act 2000: A sheep in wolf’s clothing? in *Changing Constitution*, 6th edn, 2007, p. 47, el Gobierno podría ser verdaderamente democrático y accountable sólo si los ciudadanos tuviesen un significativo derecho a la participación en el proceso de toma de decisiones que los afecten, pero además tuviera amplio acceso a la información gubernamental.

<sup>20</sup> OCDE, *Modernising Government. The Way Forward*, OECD Publishing, 2005, pp. 30 y 31. Se indica que el argumento central tras la transparencia y la publicidad de la información pública está asociado a la promoción de buenos Gobiernos. En ese contexto, y asumiendo que la publicidad de la información en poder del Estado es una de las ideas esenciales de la calidad del sistema democrático, la experiencia comparada demuestra que los países establecen los criterios tras la publicidad desde las diversas prioridades nacionales. Así, por ejemplo, algunos países privilegian instrumentos que buscan tener gobiernos más abiertos sujetos al escrutinio

15. Las leyes de acceso a la información pública son sólo uno de los instrumentos sobre los cuales se estructuran las denominadas políticas de transparencias, en las experiencias comparadas<sup>21</sup>. Estas leyes están construidas sobre una matriz semejante, otorgarle el derecho a los ciudadanos de acceder a la información que se encuentra en poder del Estado, sin imponer exigencia mayores para acceder a su contenido<sup>22</sup>. El objeto de ellas es proveer de mecanismos que garanticen dicho acceso, salvo en las materias en donde la Constitución y la ley señala que existe un genuino interés para proteger la confidencialidad de determinada información, según su contenido o momento, y la protección de la privacidad de los ciudadanos<sup>23</sup>.

#### IV. ¿POR QUÉ LAS REGULACIONES PÚBLICAS DEBEN PROMOVER EL CUMPLIMIENTO?

16. Explicado los objetivos perseguidos en las leyes de transparencia, es adecuado que nos adentremos en la forma y modo de entender las potestades de fiscalización desde la lógica de los incentivos para el cumplimiento. En síntesis, hay buenas razones para sostener que los sistemas legales, especialmente en materia de acceso a la información, son más útiles en la medida que promueven sus cumplimientos, y no descansan sus atribuciones sólo en la sanción.

---

público en la idea de luchar contra la corrupción (p.e. Corea, México). Otros colocan los énfasis en hacer un Gobierno más amigable y accesible en orden a mejorar la prestación de los servicios públicos (p.e. Dinamarca), mientras que algunos buscan mejorar la actividad gubernamental en orden a ser más inclusivos en la elaboración de la política pública (p.e. Canadá y Finlandia). En otros términos hay buenas razones para promover la existencia de Administraciones Públicas transparentes, en la medida que contribuyen a la expansión de los valores de la democracia y por el impacto económico que tienen los desempeños de los Gobiernos

<sup>21</sup> Se consideran como parte de este tipo de instrumentos el establecimiento: (a) en las Leyes de Procedimiento Administrativo de reglas de participación de los interesados; (b) el establecimiento de cartas de servicios públicos; (c) reglas de simplificación de trámites; (d) reducir las barreras y disponer de incentivo a la inclusión; (e) acceso y comunicación con las Administraciones Públicas mediante sistemas online (e-government); (f) normas de participación de los interesados en los procedimientos reglamentarios; (h) ampliar las hipótesis de consulta pública; (i) asegurar robustos sistemas de auditoría o control externo; (j) establecimiento de la figura del Defensor del pueblo o similares; (k) Mejorar los sistemas de escrutinio del Congreso al Ejecutivo.

<sup>22</sup> El establecimiento de ellas ha sido explosivo sólo en la última década. Según los estudios comparados, considerando sólo países OCDE, al año 1980 sólo 8 países disponían de leyes de este tipo. En cambio, al año 2004 el 90% de esos países disponían de normas de acceso a la información pública. Al año 2009 100% de ellos disponen de regulaciones de éste estilo.

<sup>23</sup> Fernández Ramos, S., *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, 1997, p. 23

17. Las leyes y reglamentos —en tanto materialización de políticas públicas diseñadas por las autoridades políticas— tienen la pretensión de modificar la realidad social, encauzando la conducta privada conforme a los estándares previstos en las normas jurídicas adoptadas<sup>24</sup>. Aunque resulte obvio señalarlo, las leyes y reglamentos se dictan para ser aplicados. Esta pretensión de transformación y encauzamiento —que ya es de por sí de difícil satisfacción<sup>25</sup>— se vería completamente frustrada si la autoridad administrativa no contara con la capacidad de imponer un sistema de fiscalización que considere variados instrumentos, como inspecciones o sanciones.

18. De este modo, la fiscalización es una actividad pública que tiene por finalidad garantizar el cumplimiento de las regulaciones y, con ello, tutelar los intereses generales y bienes protegidos. Esto se manifiesta en una doble vertiente: preventiva y correctora. La primera es un estándar de eficacia, en la medida en que busca establecer incentivos para el cumplimiento efectivo de las regulaciones. La segunda es un estándar de resultado, en el sentido que busca reaccionar adecuadamente frente al incumplimiento de la legalidad y consecuente perturbación del sistema. Ambos elementos forman parte de un círculo virtuoso (si se cumple) o bien vicioso (si alguno de ellos es ineficiente)<sup>26</sup>.

19. Es bastante habitual sostener que las intervenciones administrativas son explicadas bajo tres condiciones: (a) La formulación de objetivos y reglas legales, que les confieren competencias; (b) las competencias de monitoreo, escrutinios, evaluaciones y exigencias de información a los sujetos objeto de su control; (c) el eventual cumplimiento forzado de las obligaciones a las cuales se encuentran sujetos los ciudadanos<sup>27</sup>. Estas razones explican por ejemplo la tradicional competencia de ordenación, llamada de antiguo de policía<sup>28</sup>, en cuanto suponen que el Estado somete actividades privadas e incluso opúblicas, que potencialmente puedan ser lesivas a derechos o el interés general, de manera que

---

<sup>24</sup> Como afirma Karen Yeung, *Securing Compliance. A Principled Approach* (Hart, Oxford 2004) p. 3, “[i]t is through the enforcement process that a set of legal standards designed to influence human and institutional behaviour is translated into social reality”.

<sup>25</sup> Vid. Robert Kagan, “Editor’s Introduction: Understanding Regulatory Enforcement”, 11 *Law & Policy* 89, 89 (1989) (“Transforming those laws [which seek to bolster existing system for preventing pollution, negligence, discrimination, and fraud] into effective and sensible social controls, however, is a difficult task”).

<sup>26</sup> Fernández Ramos, *La actividad administrativa de inspección*, Comares, Granada, 2002.

<sup>27</sup> Christensen y Laegreid, “Agencification and Regulatory Reforms”, en *Autonomy and Regulation*, Edward Elgar Publishing, 2006, pp. 8 – 39.

<sup>28</sup> Villar Ezcurra, J.L., *Derecho Administrativo Especial*, Civitas, 1999.

ejerce sobre ellas ordenación, planificación, organización, dirección, limitación, control u orientación<sup>29</sup>.

**20.** Se tiende a pensar que el establecimiento de regulaciones de este tipo son suficientes para lograr su acatamiento<sup>30</sup>. Tal como indica la literatura, la fiscalización entraña un relación de intercambio<sup>31</sup>, lo que supone una evaluación de los costos tanto para el regulado como el regulador. El establecimiento de una regulación trae aparejado costos de fiscalización, y de decisión de cumplimiento, relacionanandose claramente con: (a) el diseño de la norma; (b) el costo de cumplirla; (c) los supuestos sobre los cuales descansa su cumplimiento; (d) el rol que cumple la agencia a cargo de la fiscalización; (e) el sistema de sanciones; (f) la oportunidad de la misma (tiempo)<sup>32</sup>.

**21.** Por esta razón, no basta con sostener que disponemos de un modelo de fiscalización, sino que es relevante conocer su diseño y desempeño. El diseño del sistema de fiscalización genera una serie de efectos que es necesario considerar, pues de él dependerá la efectividad de la regulación que se pretende llevar a cabo.

**22.** El cumplimiento y la aplicación de la normativa en materia de acceso a la información es importante por cuanto están en juego: (a) la calidad y protección del sistema de control público; (b) la credibilidad de las regulaciones (c) La igualdad ante la ley, por una parte la existencia de tratos justos e imparciales y por otra parte el hecho de que el incumplimiento es una especie de competencia desleal para el que acata las normas; (d) La reducción costos e internalización adecuada de las responsabilidades.

## **V. DOS EXPRESIONES DE LA FACULTAD FISCALIZADORA: LA INSPECCIÓN Y LA SANCIÓN.**

### **A. Sobre la potestad de inspección.**

**23.** La actividad de policía tiene una vertiente represiva, traducida en sanciones, y una vertiente preventiva, realizada a través de labores de comprobación del respeto de las normas. Cuando esta tarea es realizada por funcionarios públicos

---

<sup>29</sup> Santamaría Pastor, *Principios de Derecho Administrativo General*, T.II., Iustel, 2004.

Con esta finalidad los órganos públicos utilizan una serie de técnicas: información (deberes de identificación, documentales, comunicación); de condicionamiento (comprobaciones, autorizaciones, comunicaciones con derecho a veto); ablatorias o restrictivas de derechos (totales, parciales, creación o ampliación de situaciones pasivas).

<sup>30</sup> Viscusi, Harrington y Vernon, *Economics of Regulation and Atitrust*, MIT Press, 2005.

<sup>31</sup> Vid. Morgan y Yeung, *An Introduction to Law and Regulation*, Cambridge University Press, 2007, pp. 151 – 217.

<sup>32</sup> Morgan y Yeung, n 31, p. 187 y 188.

siguiendo un procedimiento formalizado, y estando los sujetos regulados obligados a colaborar con ellos, nos encontramos ante una de las principales potestades actuales de la Administración: la potestad inspectora<sup>33</sup>.

**24.** Cuando la Administración inspecciona, lleva a cabo una actividad informativa dirigida a velar por el cumplimiento de las normas, pero también recopila datos que después podrán ser utilizados en la reconducción de las conductas a la legalidad, ora mediante recomendaciones, ora a través de la activación de la potestad sancionatoria<sup>34</sup>. Por tal motivo se sostiene que la finalidad institucional de la actividad de inspección consiste precisamente por un lado en proveer de información a la Administración para luego actuar, y en garantizar la adecuación permanente de la actividad sujeta a control a las determinaciones legales y, en su caso, a las establecidas en el correspondiente título habilitante<sup>35</sup>.

**25.** Pero también la literatura distingue la actividad de vigilancia de la de inspección. La primera suele definirse como una actividad material, de observación y control de actividades sujetas a control, con el fin de prevenir y, en su caso, reprimir posibles alteraciones o incumplimientos de la legalidad. La inspección, en cambio, es una actividad formalizada que tiene por finalidad verificar, igualmente con carácter preventivo o represivo, el cumplimiento de deberes u obligaciones, prohibiciones o limitaciones impuestas por la legislación vigente. Normalmente esta actividad de inspección se dirige a o tiene como consecuencia la adopción de una decisión administrativa que atañe al sujeto o al objeto inspeccionado. A veces, sin embargo, la inspección se lleva a cabo simplemente para mejorar la información de la Administración sobre un asunto o materia y poder establecer las estrategias o criterios de actuación más adecuados<sup>36</sup>.

**26.** No obstante ese carácter instrumental, la función inspectora constituye el ejercicio de una potestad administrativa vinculante, esto es, que implica el ejercicio de autoridad, de la que derivan relaciones jurídicas sujetas al Derecho Administrativo. La potestad de inspección, en definitiva, es principalmente una potestad consustancial a la actividad de control<sup>37</sup>. Como tal, se trata de una función que no puede ser objeto de gestión indirecta o contratación con terceros, sin perjuicio de la ejecución de tareas auxiliares de la inspección (recolección de

---

<sup>33</sup> Rivero Ortega, R., *Derecho Administrativo Económico*, Marcial Pons, 5ª edición, Madrid, p. 167.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> Fernández Ramos, n 26, p. 12.

<sup>36</sup> Sánchez Morón, M., *Derecho Administrativo*, Parte General, Tecnos, 2005, p. 636.

<sup>37</sup> Bermejo Vera, J., "La Administración Inspectora", *Revista de Administración Pública*, Nº 147, Madrid, 1998, p. 43.

datos, realización de análisis, práctica material de comunicaciones, etc) en que es posible la colaboración de la iniciativa privada<sup>38</sup>.

### **B. La potestad sancionatoria.**

27. Si bien desde un punto de vista de política pública, el Derecho Administrativo Sancionador tiene por objeto asegurar que la autoridad pueda modificar efectivamente la realidad de acuerdo a los objetivos establecidos en la ley, la legitimidad del ejercicio del Derecho Administrativo Sancionador se evalúa conforme al respeto de los derechos de los ciudadanos.

28. A este respecto, la jurisprudencia constitucional y administrativa chilena ha establecido con fuerza que tanto el castigo criminal como la sanción-administrativa son ambos “manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado”<sup>39</sup>, exigiendo con ello un resguardo intensificado de los intereses privados.

29. Aunque la formulación es algo críptica y meta-jurídica<sup>40</sup>, la jurisprudencia nacional no ha vacilado en calificar la sanción administrativa como una forma de represión estatal sujeta a cumplir —en principio y con matizaciones— con las consideraciones y requisitos de *justicia retributiva*, de naturaleza *garantista*, que han sido desarrollados y madurados en el ámbito del Derecho Penal<sup>41</sup>.<sup>42</sup>

30. En otras palabras, nuestro Derecho Constitucional y Administrativo reconoce la especial consideración que debe tener la autoridad represora por los

---

<sup>38</sup> Sánchez Morón, n 35, p. 637.

<sup>39</sup> STC, Rol 244, C. 9°. *Vid. también*, STC, Rol 480, C. 5°; CGR, Dictámenes Nros. 14.571 de y 31.239, de 2005; 34.407 y 49.968, de 2008.

<sup>40</sup> *Vid. Nieto, Derecho Administrativo Sancionador*, 4ª ed., Tecnos, Madrid 2005, p. 88 (quien, en el contexto de las “manifestaciones del *ius puniendi*” califica a este último de “metanormativo” y de “un tanto mítico”).

<sup>41</sup> STC, Rol 244, C. 9°. “[L]os principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado”.

<sup>42</sup> En términos similares se pronuncia la Contraloría General de la República (CGR): [L]a potestad sancionadora de la Administración (...) es, al igual que la potestad punitiva penal, una de las manifestaciones del *ius puniendi* general del Estado, de manera tal que al tener ambas el mismo origen, deben respetar en su ejercicio los mismos principios generales del derecho sancionador que han sido consagrados en la Constitución Política de la República, aunque sus procedimientos sean diferentes. CGR, Dictamen N° 31.239 de 2005.

*Vid. también*, CGR, Dictamen N° 14.571 de 2005, que señala que “una reiterada jurisprudencia administrativa ha reconocido que los principios del derecho penal son aplicables en materia sancionadora”.

derechos del acusado, sea en sede penal o administrativa. La posibilidad de que pueda condenarse a un inocente —con la consiguiente pérdida patrimonial o, incluso, de libertad— y el riesgo que los ciudadanos no reciban el trato que amerita su dignidad personal, exigen garantías reforzadas frente al castigo<sup>43</sup>.

**31.** Como hemos visto, la condición de “manifestación del *ius puniendi*” de la sanción administrativa exige aplicar una serie de “principios inspiradores del orden penal”. En efecto, en primer lugar, la sanción administrativa debe cumplir con los requisitos de legalidad y de tipicidad<sup>44</sup>.

**32.** Resumidamente, el principio de legalidad está integrado por dos elementos materiales —infracción y sanción— y dos formales —competencia del órgano y procedimiento previo—. Esto es, tanto la infracción como la sanción deben estar determinadas en una norma de rango legal, y la potestad de castigo sólo puede ser ejercida por aquellos órganos que la tengan atribuida expresamente por la ley, previa tramitación del correspondiente procedimiento administrativo sancionador<sup>45</sup>. Por su parte, el principio de tipicidad, según el Tribunal Constitucional, “exige que la conducta a la que se ha atribuido una sanción se encuentre sustantivamente descrita en la norma (de rango legal)”<sup>46</sup>. El principio de tipicidad proscribía las sanciones administrativas en blanco<sup>47</sup>.

**33.** Ahora bien, como se suele señalar, estos principios se aplican al procedimiento administrativo sancionador “matizados”<sup>48</sup> o “atenuados”<sup>49</sup>. Esto se debe a la especial relevancia de los intereses y programas públicos tutelados por la Administración, y a la menor intensidad de afectación de los derechos de las personas en el ámbito administrativo que en el ámbito penal. Así, en materia de legalidad/tipicidad, se admite en alguna medida la colaboración reglamentaria

---

<sup>43</sup> Además, de acuerdo a la CGR, Dictamen N° 28.226 de 2007, el ciudadano “normal” sometido a un procedimiento administrativo sancionador no puede tener cualitativamente menores derechos que los que el presunto “delincuente” tiene en el proceso penal: “sería del todo ilógico que el infractor administrativo carezca de derechos y garantías que se reconocen al delincuente, o que el juez penal tuviera límites que no se apliquen al órgano administrativo sancionado”.

<sup>44</sup> Vid. STC, Rol 244, C. 10° y STC, Rol 480, C. 5° y 8°.

<sup>45</sup> Vid. Bermúdez, J. “Elementos para definir las sanciones administrativas”, 26 (N° Esp) *Revista Chilena de Derecho* 330 (1998).

<sup>46</sup> STC, Rol 479, C. 25°. Vid. también, STC, Rol 244, C. 10°.

<sup>47</sup> Vid. STC, Rol 799, C. 9°

<sup>48</sup> STC, Rol 480, C. 5°.

<sup>49</sup> CGR, Dictamen 28.226 de 2007.



conforme a una concepción que no es la de legalidad absoluta propia del Derecho penal<sup>50</sup>.

## **VI. ¿CÓMO ABORDAR LA POTESTAD DE FISCALIZACIÓN DEL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA?**

### **A. El Consejo para la Transparencia tiene potestad de fiscalización: Alcances.**

**34.** Como hemos señalado en el cuerpo del presente informe, el Consejo dispone de potestades de fiscalización, pero no señala la forma u modo para llevarla a cabo.

**35.** En términos generales la fiscalización está asociada a la potestad de control sobre las actividades de los sujetos regulados. Como hemos explicado en otra oportunidad<sup>51</sup>, la potestades de fiscalización y control, constituyen nociones antiguas y de origen lexicológico complejo y diverso, que da cuenta de visiones en principio diferentes sobre el mismo fenómeno, aunque en verdad se corresponden a énfasis diversos. En español la palabra tiene dos acepciones, por un lado está vinculado a la “comprobación” de hechos, circunstancias y competencias, y por la otra “dominio y mando” de otros<sup>52</sup>. Ambas denominaciones dan cuenta del sentido que esta palabra tenía originalmente en el francés y en inglés, de la cual nuestro idioma sintetiza como denominación común<sup>53</sup>. Esto permite sostener que en las acepciones existen dos criterios en común. En primer lugar, la dualidad de sujetos; en segundo lugar, la existencia de unas reglas de actuación con la que puede ser contrastada la actuación sometida a control, lo que supone que tal contraste debe estar orientado hacia la corrección de la actividad controlada, lo que supone la existencia de una consecuencia de ésta<sup>54</sup>.

**36.** De este modo, el control y fiscalización constan en un juicio de conformidad a ciertas reglas, que implica, en caso de disconformidad, una medida represiva, preventiva o rectificadora y no presupone necesariamente, relaciones de superioridad, sin perjuicio que, de hecho todas las relaciones de superioridad

---

<sup>50</sup> Vid. STC Rol 479, C. 27º y Rol 480, C. 40º. Cfr. STC, Rol 244, C. 12º.

<sup>51</sup> Cordero Vega, L., *El control de la Administración del Estado*, Lexis Nexis, 2007, pp. 17 – 26.

<sup>52</sup> Vid. [www.rae.es](http://www.rae.es). Indica que 1. m. Comprobación, inspección, fiscalización, intervención. 2. m. Dominio, mando, preponderancia.

<sup>53</sup> Cfr. Rubio Llorente, F., “El control Parlamentario”, en *Las formas del poder. Estudios sobre la Constitución*, CEC, Madrid, 1997, pp. 206 y 207; Aragon Reyes, *Constitución y Control del Poder*, Ciudad de Argentina, Buenos Aires, 1995, pp. 69 y 70.

<sup>54</sup> Rubio Llorente, n. 53, p. 207.

implican un control entre figuras equiparadas y entre figuras recíprocamente independiente, ya que entre particulares, ya entre órganos del Estado, entre el Estado y los particulares. Por lo dicho, resulta evidente que el control no es propiamente un acto, sino que el desarrollo lógico de una actividad comprobadora, por lo que requiere necesariamente de parámetros previos (jurídicos, contables, fines desarrollados a través de programas o planificaciones) y que al término de su fase activa envuelve un juicio de valoración, que como se dijo, pueden importar la adopción de medidas de distinta significación, dependiendo si hubo conformidad o disconformidad con el término de comparación efectuada, lo que le resta conceptualmente la idea de autonomía.

**37.** Si la potestad de fiscalización está destinada precisamente a verificar el “cumplimiento” de la regulación, es evidente que el Consejo para la Transparencia a lo menos está dotado de la potestad de inspección para llevar a cabo sus actividades. En efecto, la LAIP descansa sobre la base de que el Consejo puede ejercer atribuciones destinadas a obtener de los servicios públicos regulados la información necesaria para verificar el cumplimiento de la misma. El art. 32, sobre las atribuciones del Consejo, especificadas en el Numeral 5 del presente informe, precisamente descansa sobre esa lógica.

**38.** Esta es por lo demás, la manera en que el sistema legal chileno ha concebido a las autoridades de fiscalización. En efecto, ocupando como criterio el establecido para las autoridades de fiscalización sometidas al DL 3551, de 1980, estas se caracterizan por realizar el control preventivo o represivo de legalidad, según el caso, de la actividad sometida a su supervigilancia mediante el ejercicio de diversas atribuciones. Dentro de las más comunes es posible citar la potestad de “dictar instrucciones obligatorias” para las entidades que conforman su sector; la de “interpretar administrativamente” las preceptivas aplicables a ese ámbito; la “fiscalización general de su actividad” en los aspectos jurídicos y financieros; y la “imposición de sanciones” en caso de infracciones al marco regulatorio aplicable, resoluciones que en todo caso son revisables por los Tribunales de Justicia mediante las acciones que contemplan habitualmente esas mismas preceptivas especiales.<sup>55</sup>

**39.** Pero además, la literatura también ha sostenido que la potestad de inspección puede derivar de atribuciones simples de coordinación o colaboración, como es el caso del art. 34 de la LAIP. En efecto, se afirma que allá en donde la Administración tiene asignadas funciones de coordinación, es inevitable que tal función conlleve la potestad de inspección, pues sólo será posible garantizar

---

<sup>55</sup> Pantoja Bauzá, R, *La Organización Administrativa del Estado*, Ed. Jurídica, Santiago, 1998, pp. 352-353.

aquella función cuando se pueda vigilar el ejercicio de las actividades susceptibles de coordinación. Si hay algo a lo cual se debe dar cumplimiento por parte de un organismo público coordinado o fiscalizado por otro, es lógico pensar que para averiguar el correcto cumplimiento de ese “deber” puedan utilizarse potestades de supervisión, análisis, comprobación, etc, que caracterizan a la potestad de inspección<sup>56</sup>.

## **B. ¿Cómo construir el sistema de fiscalización?**

**40.** Dado que la ley no especifica los instrumentos, la única alternativa de la cual dispone el Consejo para la Transparencia es diseñar un sistema propio de control de los organismos regulados. Para tal finalidad puede recurrir a dos instrumentos diversos: (a) realizar fiscalización en terreno directamente; (b) establecer un sistema aleatorio de control.

**41.** Como se sabe, los organismos con competencias de fiscalización carecen, pese a sus atribuciones, de disposición de un sistema de control por cada sujeto regulado. Dichos sistemas son ineficientes, por la relación costo - beneficio que tiene involucrado. Por tal motivo, los servicios fiscalizadores deben diseñar estrategias destinadas a priorizar y focalizar, sobre diversos criterios (como el riesgo), las áreas y los sujetos fiscalizados<sup>57</sup>.

**42.** El dilema que enfrenta el Consejo para la Transparencia es si diseña un instrumento de esas características de modo rutinario, o bien establece un sistema de control y fiscalización regulado, de conocimiento de todos los regulados realizado sobre la base de un sistema de certificación.

Nada impide que el Consejo desarrolle esta última alternativa, pero en tal modelo debe considerar no sólo la existencia de un régimen de regulación de sus estándares de control, por ejemplo basado en un sistema de indicadores de cumplimiento, si no que debe además concentrarse específicamente en el sistema de acreditación de ellos.

**43.** El modelo nacional conoce dos modalidades de este estilo. Una desarrollada al amparo del sistema de indicadores de cumplimiento presupuestario. Otro, el

---

<sup>56</sup> Bermejo Vera, n 36, p. 51 y 52.

<sup>57</sup> Este criterio es el que ha validado la CGR en relación a su potestad de control, afirmando que “ejerce sus funciones de control conforme a planes y programas previamente elaborados, que abarcan las materias más relevantes en un estricto orden de prioridades según su trascendencia jurídica, económica y social, cuya preparación y desarrollo requiere de significativos recursos humanos, financieros y materiales que, por su escasez, necesariamente deben ser aplicados con cuidadoso resguardo para asegurar un control eficiente y eficaz”. Vid. Dictámenes Nros. 6892, de 2010; 37.151, de 2009; 60.136, de 2008; 42.096, de 2003.

modelo de certificación privada, regulado sectorialmente mediante resolución exenta.

44. El primer caso, es el desarrollado por el Consejo de Auditoría Interna de Gobierno (CAIG). Como se sabe esta es una institución asesora del Presidente de la República en materia de control interno<sup>58</sup>, que ha desarrollado instrumentos en materia de auditoría interna y gestión de riesgos. Al ser una institución asesora, carece de atribuciones de fiscalización, pero ha terminado desarrollando sus actividades utilizando dos instrumentos: (a) la potestad de control del Presidente de la República, como Jefe de Gobierno y Administración, especialmente mediante el ejercicio de la potestad de instrucción; (b) sobre la base de las reglas de incentivos en las remuneraciones, en la medida que los ha incorporado en los indicadores de los Programas de Mejoramiento de la Gestión<sup>59</sup>.

45. El otro sistema es el de regulación y certificación, mediante sistemas de regulación exenta. El principal exponente de ello lo constituye el Servicio Agrícola y Ganadero (SAG), que a través de una red de meras regulaciones administrativas ha diseñado su sistema de control. De conformidad a lo establecido en la ley N° 18.755 este servicio tiene por finalidad “contribuir al desarrollo agropecuario del país, mediante la protección, manutención e incremento de la salud animal y vegetal; la protección y conservación de los recursos naturales renovables que incidan en el ámbito de la producción agropecuaria del país y el control de los insumos y productos agropecuarios sujetos a la regulación en normas legales y reglamentarias” (art. 2°). En virtud de dichas competencias, el servicio tiene un sinnúmero de facultades de “policía sanitaria” tal como se encuentran detalladas en el artículo 3° de la precitada ley<sup>60</sup>, y dispone de una facultad al Jefe de Servicio para tener una organización administrativa flexible<sup>61</sup>, como lo señala el inciso 2° del artículo 6°. Esta

---

<sup>58</sup> Creado por Decreto Supremo N° 12, de 1997, modificado por el Decreto Supremo N° 147, de 2005, ambos del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

<sup>59</sup> Ver en este sentido el documento de la Dirección de Presupuestos (Dipres), *Requisitos Técnicos y Medio de Verificación. Programa Marco Avanzado. Programa de Mejoramiento de la gestión*, 2010, p. 93, disponible en línea: [www.dipres.cl/572/articles-58510\\_doc\\_pdf.pdf](http://www.dipres.cl/572/articles-58510_doc_pdf.pdf)

En el mismo sentido, pero esta vez focalizado en calidad de servicios públicos, ver documento Dipres *Requisitos Técnicos y Medio de Verificación. Programa Marco de la Calidad. Programa de Mejoramiento de la Gestión*, 2010, p. 93, disponible en línea: [www.dipres.cl/572/articles-58509\\_doc\\_pdf.pdf](http://www.dipres.cl/572/articles-58509_doc_pdf.pdf)

<sup>60</sup> Estas competencias deben ser complementadas con aquellas señaladas en el DL 3557, sobre Protección Agrícola.

<sup>61</sup> Aunque normas de este estilo han sido cuestionadas últimamente por el Tribunal Constitucional. Ver SSTC Roles N° 319, 358 y 379.

institución para la gestión de su actividad de fiscalización ha creado el Departamento de Laboratorio y Estaciones cuarentenarias, cuyo objetivo central es construir una red de laboratorios a nivel nacional, cuya función principal es realizar diagnósticos y análisis necesarios para evaluar y certificar la calidad de estado sanitario y calidad de los productos vegetales, animales y ambientales<sup>62</sup>, administrando también una red de laboratorios externos que se acreditan ante el SAG. En efecto, esta institución ha dictado normas destinadas a establecer un “sistema nacional de acreditación de terceros” (resolución exenta N° 3678, 2004), que en el caso de laboratorios ha implicado disponer de un programa de procedimientos de gestión y operacionales y técnicos, mediante la validación y acreditación de los diferentes procedimientos de diagnóstico, bajo la NCh 17025. En relación a los laboratorios externos el SAG opera como laboratorio de referencia en tanto vela por la calidad de los diagnósticos basados en auditorías de seguimiento, ensayos de intercomparación y establecimiento de los marcos de referencia para las técnicas acreditadas.

**46.** De este modo, es posible que el Consejo para la Transparencia pueda utilizar un sistema blando, basado en incentivos mediante el Programa de Mejoramiento de la Gestión. Sin embargo, un sistema de estas características es indirecto, sujeto a la mediación de la Dipres y sin incentivos directos de cumplimiento, de manera tal que pareciera ser un instrumento que puede establecer incentivos adecuados, pero que administraría directamente el Ejecutivo y no el Consejo, por lo cual no resulta razonable basar exclusivamente en él cualquier sistema de fiscalización y de incentivo de cumplimiento directo de la ley.

**47.** Desde esta perspectiva el Consejo dispone, para la regulación directa de su sistema de fiscalización, el uso de la potestad normativa que le reconoce el artículo 33 letra d) de la LAIP. Como señaláramos más arriba (*supra* N°38), el diseño de apropiadas competencias de supervigilancia normalmente comprende atribuciones de dictar instrucciones generales vinculantes para los fiscalizados, pues éstas resultan funcionales para promover un cumplimiento eficiente de los objetivos de las regulaciones, brindando además la necesaria certeza y precisión respecto de los estándares aplicables a los regulados en garantía de sus derechos.

Se trata de verdaderas *potestades normativas de orden reglamentario* que el ordenamiento le reconoce a los órganos de la administración diversos del Presidente para dictar -tal como la tienen los Decretos Supremos Reglamentarios- normas con eficacia general, abstracta y permanente. De ahí la potencialidad que tienen para la finalidad previamente señalada.

---

<sup>62</sup> Este subdepartamento dispone del laboratorio y estaciones cuarentenarias agrícola; laboratorio y estación cuarentenaria pecuaria; laboratorio de semillas; laboratorio de química ambiental y alimentaria.

El reconocimiento de esta atribución al CPLT, no resulta en modo alguno innovadora dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Más bien, constituye ya una tendencia dentro del diseño institucional de servicios descentralizados con una marcada competencia fiscalizadora como son las Superintendencias<sup>63</sup> o el Servicio de Impuestos Internos<sup>64</sup>; de otros órganos administrativos de rango constitucional como Gobiernos Regionales<sup>65</sup>; Municipalidades<sup>66</sup>; Banco Central<sup>67</sup>, CNTV<sup>68</sup>; o incluso también de otros servicios ajenos a labores propiamente

---

<sup>63</sup> A modo ilustrativo establece el artículo 3 N°34 de la Ley 18.410 entre las atribuciones de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles: “Aplicar e interpretar administrativamente las disposiciones legales y reglamentarias cuyo cumplimiento le corresponde vigilar, e impartir instrucciones de carácter general a las empresas y entidades sujetas a su fiscalización”; o bien el Artículo 4 letra a) del D.L. N°3.538 entre las atribuciones de la Superintendencia de Valores y Seguros: “Interpretar administrativamente, en materias de su competencia, las leyes, reglamentos y demás normas que rigen a las personas o entidades fiscalizadas y  fijar normas, impartir instrucciones y dictar órdenes para su aplicación y cumplimiento”.

<sup>64</sup> Establece el Artículo 6 letra b) del D.F.L. N°7 de 1980 entre las atribuciones del Director del Servicio de Impuestos Internos: “b) Interpretar administrativamente las disposiciones tributarias,  fijar normas, impartir instrucciones y dictar órdenes para la aplicación y fiscalización de los impuestos”

<sup>65</sup> El artículo 16 letra d) del DFL N°1 de 1975 establece entre las funciones generales de los Gobiernos Regionales: “Dictar normas de carácter general para regular las materias de su competencia, con sujeción a las disposiciones legales y a los decretos supremos reglamentarios, las que estarán sujetas al trámite de toma de razón por parte de la Contraloría General de la República y se publicarán en el Diario Oficial”.

<sup>66</sup> Artículo 5 letra d) del DFL N°1 de 2006 establece entre las atribuciones de los municipios para el ejercicio de sus funciones el: “Dictar resoluciones obligatorias con carácter general o particular” y luego el artículo 12 de la LOCM establece que dichas resoluciones pueden ser ya sea ordenanzas, reglamentos municipales, decretos alcaldicios o instrucciones, especificando respecto de las primeras que: “Las ordenanzas serán normas generales y obligatorias aplicables a la comunidad. En ellas podrán establecerse multas para los infractores, cuyo monto no excederá de cinco unidades tributarias mensuales, las que serán aplicadas por los juzgados de policía local correspondientes”.

<sup>67</sup> Véase artículo 35 N°1 y 5 a 7 y artículo 42 de la Ley 18.840.

<sup>68</sup> Señala el artículo 12 de la Ley 18.838: “El Consejo Nacional de Televisión tendrá las siguientes funciones y atribuciones: h) Dictar normas e instrucciones para la celebración de los actos y contratos destinados a cumplir los fines del Consejo Nacional de Televisión”. Y luego en su inciso segundo: “El Consejo deberá dictar normas generales para impedir efectivamente la transmisión de programas que contengan violencia excesiva, truculencia, pornografía o participación de niños o adolescentes en actos reñidos con la moral o las buenas costumbres (...) Las normas que dicte el Consejo y sus modificaciones deberán publicarse en el Diario Oficial y regirán desde la fecha de su publicación”.

fiscalizatorias<sup>69</sup>. Todo lo cual demuestra lo difundido y diversificado del modelo dentro de los órganos administrativos.

Es relevante no confundir esta atribución con la *potestad instructiva (o potestad reglamentaria interna)*, esto es la que se reconoce a la autoridad del servicio para dictar órdenes o impartir instrucciones a los funcionarios de su dependencia relacionadas con el correcto funcionamiento de la ley administrativa o con la necesidad de desarrollar una más expedita administración, que es de la esencia de la relación de dependencia jerárquica que existe dentro de cada servicio. Ello pues tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>70</sup> como de la Contraloría General de la República<sup>71</sup> han establecido que mediante circulares o instrucciones internas no se puede reglamentar el desarrollo de la actividad con efectos generales respecto de terceros generando derecho objetivo, para lo cual requeriría un Decreto Supremo Reglamentario. Si bien ello podría entenderse que viene a restringir el ámbito de estas *potestades normativas de orden reglamentario*, su distinción respecto de la mera *potestad instructiva* permite entender que dicha a dicha jurisprudencia debiera atribuírsele un carácter limitado sólo a esta última atribución, a pesar de que ciertos autores<sup>72</sup> han cuestionado además la constitucionalidad de esta delegación legal de la competencia constitucional reglamentaria del Presidente de la República a ciertos órganos de la administración del Estado como colaboradores de éste en el ejercicio de la función administrativa, a fin de obtener una más correcta y expedita administración.

Sin perjuicio de lo anterior, es relevante tener presente ciertas condiciones formales y sustantivas que se imponen para la juridicidad de su ejercicio. En cuanto a las formales: (a) debe emanar de una clara disposición constitucional o legal que así lo atribuya al órgano en cuestión, como ocurre en el presente caso con el mencionado artículo 33 letra d); (b) debe ser ejercida por la autoridad máxima del órgano investido, en este caso el Consejo Directivo actuando colegiadamente; (c) debe ser ejercida en la forma que establece la ley; y (d) dentro del ámbito de competencia material y territorial del organismo. En cuanto a las sustantivas, al ser el Consejo para la Transparencia un órgano administrativo: (a)

---

<sup>69</sup> Establece el artículo 5 N°23 del D.L. N°1.224 entre las atribuciones del Servicio Nacional de Turismo: “Dictar normas e instrucciones relativas a la actividad turística”.

<sup>70</sup> Véanse SSTC Roles N°591 y N°1.035.

<sup>71</sup> Véanse dictámenes N°29.554 del 2007 relativa a la instrucción para la aplicación de la ley del tabaco y N°36.737 del 2008 sobre circular de la Superintendencia de Casinos de Juego.

<sup>72</sup> Aldunate, E., “La distribución de potestades normativas en la Constitución: potestades reglamentarias administrativas, autos acordados y facultades del Fiscal Nacional”, en *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* N°XXXIII, 2009, pp. 371-390.

sus potestades normativas pueden ser consideradas de delegación legal de la potestad normativa del Presidente y por tanto se encuentran subordinados jerárquicamente a la potestad reglamentaria de éste<sup>73</sup>; (b) un eventual Decreto Supremo Reglamentario puede abordar las materias regladas al efecto por el Consejo para la Transparencia al ser su potestad reglamentaria constitucional una de contenido discrecional<sup>74</sup>; en consecuencia (c) el Consejo para la Transparencia debe ejercer sus atribuciones normativas sujetándose siempre a lo dispuesto por los Decretos Supremos Reglamentarios y por tanto, en caso de antinomia, primaría siempre por criterio de jerarquía, lo establecido por el Decreto Supremo Reglamentario, quedando en consecuencia preterida la aplicación en el caso concreto de la regla de rango inferior.<sup>75</sup>

48. Así las cosas, verificado que el Consejo puede ejercer su facultad de instrucción general en materia de fiscalización y practicar directamente esas atribuciones, la limitación de este último sistema depende esencialmente de cuan tolerante es el sistema legal a la utilización de sistemas externalizados de control público, cuestión que abordaremos a continuación.

### **C. ¿Es posible externalizar las actividades de fiscalización y concretamente las de inspección?**

49. Tal como se ha señalado en el cuerpo de este informe<sup>76</sup>, la inspección es una potestad de la Administración y, en cuanto tal, no es posible que pueda ser entregada a privados mediante un sistema de certificación, de manera tal que la certificación privada sustituya el sistema de control público.

50. Como ha señalado la jurisprudencia administrativa los organismos administrativos no pueden utilizar sistemas de externalización privada que

---

<sup>73</sup> Esa subordinación explica porque el artículo 33, letra d) de la LAIP se refiere a la facultad para dictar “Instrucciones generales” y no “normas generales”, como en algún momento sostuvo el proyecto de ley.

<sup>74</sup> Establece al efecto el artículo 32 N°6 de la Constitución Política entre las atribuciones del Presidente de la República: “Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes”.

<sup>75</sup> Este es el criterio que se ha seguido de antiguo en el caso del Derecho Administrativo Chileno, y que ya había sido detectado como problema por nuestra literatura clásica, promoviendo una solución como la indicada. Ver en este sentido Silva Cimma, E., *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Introducción y Fuentes*, 5° edición, Ed. Jurídica, 2009, pp. 193 a 197.

<sup>76</sup> Vid. Supra 27.



sustituyan la fiscalización directa exigida por la ley, ya que la labor de la fiscalización es propia de la función pública de los organismos administrativos<sup>77</sup>.

Lo anterior, supone que para que un organismo administrativo pueda utilizar mercado privado o externalización en la fiscalización, requiere de texto legal expreso. Así sucede en materia de salud pública<sup>78</sup> y medio ambiente<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup> Ha sostenido la CGR, Dictamen N° 27.050, de 2005, que “No procede que [un organismo administrativo] contrate empleados a honorarios para realizar labores de fiscalización y funciones inspectivas, (...) ello, por cuanto dichas labores no pueden ser realizadas por terceros extraños a la Administración, ya que por tratarse de labores propias de la función pública, han de ejercerse única y exclusivamente por funcionarios del órgano respectivo, que pueden ser empleados de planta como contrata, pues ambos revisten la calidad de funcionarios públicos.”.

En el mismo sentido ver Dictámenes Nros. 496, de 83; 4892 y 20688, de 91; 37.787, de 2009.

<sup>78</sup> DFL N° 1, de 2006, del Ministerio de Salud, que establece:

Artículo 4°.- Al Ministerio de Salud le corresponderá formular, fijar y controlar las políticas de salud. En consecuencia tendrá, entre otras, las siguientes funciones:

3.- Velar por el debido cumplimiento de las normas en materia de salud.

La fiscalización de las disposiciones contenidas en el Código Sanitario y demás leyes, reglamentos y normas complementarias y la sanción a su infracción cuando proceda, en materias tales como higiene y seguridad del ambiente y de los lugares de trabajo, productos alimenticios, inhumaciones, exhumaciones y traslado de cadáveres, laboratorios y farmacias, será efectuada por la Secretaría Regional Ministerial de Salud respectiva, sin perjuicio de la competencia que la ley asigne a otros organismos.

La labor de inspección o verificación del cumplimiento de las normas podrá ser encomendada a terceros idóneos debidamente certificados conforme al reglamento, sólo en aquellas materias que éste señale y siempre que falte personal para desarrollar esas tareas y que razones fundadas ameriten el encargo. La contratación se regirá por lo dispuesto en la ley N° 19.886, debiendo cumplir la entidad, al menos, los siguientes requisitos: experiencia calificada en materias relacionadas, de a lo menos tres años; personal idóneo, e infraestructura suficiente para desempeñar las labores. En caso de que estas actividades puedan ser desarrolladas por universidades, las bases de la licitación deberán considerar esta condición con un mayor factor de ponderación.

<sup>79</sup> Ley N° 20.417, que faculta a la Superintendencia del Medio Ambiente a contratar servicios de fiscalización. Señala la norma:

Artículo 3°.- La Superintendencia tendrá las siguientes funciones y atribuciones:

c) Contratar las labores de inspección, verificación, mediciones y análisis del cumplimiento de las normas, condiciones y medidas de las Resoluciones de Calificación Ambiental, Planes de Prevención y, o de Descontaminación Ambiental, de las Normas de Calidad Ambiental y Normas de Emisión, cuando correspondan, y de los Planes de Manejo, cuando procedan, a terceros idóneos debidamente certificados.

51. Sin embargo, lo que sí puede hacer el Consejo para la Transparencia es utilizar el sistema de contratación de acciones de apoyo, establecidos en la ley N° 18.803<sup>80</sup>, que por el contenido y redacción del art. 34 de la Ley N° 19. 886, se someten al sistema de Chile Compra. Pero debe advertirse, que para la jurisprudencia administrativa la utilización de esta modalidad de contratación está sujeta a la restricción del contenido de los denominados servicios de apoyo. En efecto, sistemáticamente ha señalado que sólo se pueden contratar a través de esta modalidad “aquellas funciones o tareas que sean auxiliares o complementarias para el ejercicio de las potestades públicas del organismo respectivo, de manera tal que la ejecución de las labores encomendadas no puede significar que la entidad contratada asuma el desarrollo de las potestades públicas que la ley entrega a los órganos de la Administración del Estado.”<sup>81</sup>.

52. De este modo, definido el modelo de fiscalización dentro de las alternativas descritas con anterioridad, el Consejo para la Transparencia podrá utilizar el sistema de “contratación de acciones de apoyo”. Por ejemplo, si el Consejo diseña un modelo de fiscalización “remoto” vía Internet, las modalidades y respaldos informáticos para desarrollar las actividades de inspección telemática, podrán contratarse a través de esta modalidad. Sin embargo, la visita inspectiva física a las dependencias de los servicios públicos, destinadas a verificar las condiciones tecnológicas de las instalaciones que sirven de base a este “control” telemático sólo podrá ser desarrollado por los funcionarios del Consejo, por constituir esto una actividad de inspección y control.

#### **D. ¿Cómo opera el sistema sancionatorio fuera de las hipótesis de la LAIP?**

53. Tal como lo hemos señalado con anterioridad<sup>82</sup>, existe bastante consenso en el sistema legal nacional que en materia de sanciones administrativas se aplica el

---

<sup>80</sup> El artículo 1°, inciso segundo, de dicha ley, que data de 1989, estableció el contenido de las acciones de apoyo, al definir las como:

“Son acciones de apoyo a todas las que no constituyan directamente las potestades públicas encomendadas por la ley a cada uno de los servicios y que sean complementarias a dichas potestades, tales como recepción, recopilación, preparación, revisión y evaluación de antecedentes; procesamientos computacionales; cobranzas y percepción de pagos; conservación y reparación de bienes inmuebles y muebles; aseo y otros servicios auxiliares.”.

Por este motivo, el Estatuto Administrativo, también del año 1989, señala en su artículo 2°, que:

“Los cargos de planta o a contrata sólo podrán corresponder a funciones propias que deban realizar las instituciones referidas en el artículo 1°. Respecto de las demás actividades, aquéllas deberán procurar que su prestación se efectúe por el sector privado”.

<sup>81</sup> Vid. Dictámenes Nros 23.325, de 1998, 27.896, de 2003, 7.023, de 2005, 17.918, de 2009.

<sup>82</sup> Vid. Supra 27 al 33.

denominado “Derecho Administrativo Sancionador”, en virtud del cual existen garantías sustantivas y procesales para llevar a cabo la potestad sancionatoria. Entre ellas destacan el de la legalidad de sanción y la tipicidad de la infracción, de manera tal que si las hipótesis que se pretenden sancionar no se encuentran establecidas por la ley, entonces el organismo administrativo no puede ejercer su potestad sancionatoria.

**54.** Como hemos explicado, el Consejo para la Transparencia sólo tiene potestades sancionatorias en tres hipótesis muy concretas: (a) denegación infundadas del jefe de servicio en caso de solicitud de acceso a la información; (b) denegación de la información, una vez que existe resolución firme que la exige; (c) incumplimiento injustificado de las normas sobre transparencia activa.

Fuera de estas hipótesis, dado el estándar estricto que hemos indicado en el presente informe, el Consejo para la Transparencia no puede ejercer las potestades de sanción establecidas en el Título VI de la LAIP.

**55.** No obstante lo anterior, es necesario preguntarse ¿qué sucede en aquellos casos en los cuales existiendo infracción a la ley, el Consejo carece de atribuciones? La respuesta a semejante interrogante, se debe encontrar en las normas generales a las cuales están sujetos los funcionarios públicos.

**56.** Algunos ejemplos pueden ser útiles para ilustrar esta situación. Si el funcionario público o el Jefe de Servicio, informa incorrectamente el contenido de las materias a los cuales lo obliga la LAIP en materia de “transparencia activa”, entonces, dicho funcionario podría cometer un delito específico establecido en el Código Penal y que es denominado “falsificación de instrumento público”<sup>83</sup>. De

---

<sup>83</sup> Art. 193. Será castigado con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo el empleado público que, abusando de su oficio, cometiere falsedad:

1° Contrahaciendo o fingiendo letra, firma o rúbrica.

2° Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido.

3° Atribuyendo a los que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieren hecho.

4° Faltando a la verdad en la narración de hechos sustanciales.

5° Alterando las fechas verdaderas.

6° Haciendo en documento verdadero cualquiera alteración o intercalación que varíe su sentido.

7° Dando copia en forma fehaciente de un documento supuesto, o manifestando en ella cosa contraria o diferente de la que contenga el verdadero original.

8° Ocultando en perjuicio del Estado o de un particular cualquier documento oficial.

igual modo, el funcionario público que revela información que de conformidad a la LAIP tiene la calidad de secreto o reservada, podría incurrir en el delito de “violación de secretos”<sup>84</sup>, además de cometer una infracción administrativa específica establecida en el Estatuto Administrativo<sup>85</sup>.

Del mismo modo, el funcionario público que impide que las labores de fiscalización del Consejo se lleven a cabo razonablemente con el objeto de garantizar el derecho de acceso a la información, podría incurrir en infracción al principio de probidad administrativa<sup>86</sup>, en la medida que existe “entorpecimiento del servicio” afectando “derechos de los ciudadanos frente a la administración”, como lo es el derecho de acceso, según lo señalado, además de la LAIP, por la Ley N° 19.880, de Bases de Procedimiento Administrativo<sup>87</sup>.

**57.** Así las cosas, si las infracciones son eventualmente constitutivas de delito, los funcionarios del Consejo para la Transparencia se encuentran obligados a

---

<sup>84</sup> Art. 246. El empleado público que revelare los secretos de que tenga conocimiento por razón de su oficio o entregare indebidamente papeles o copia de papeles que tenga a su cargo y no deban ser publicados, incurrirá en las penas de suspensión del empleo en sus grados mínimo a medio o multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales, o bien en ambas conjuntamente.

Si de la revelación o entrega resultare grave daño para la causa pública, las penas serán reclusión mayor en cualquiera de sus grados y multa de veintiuna a treinta unidades tributarias mensuales.

Las penas señaladas en los incisos anteriores se aplicarán, según corresponda, al empleado público que indebidamente anticipare en cualquier forma el conocimiento de documentos, actos o papeles que tenga a su cargo y que deban ser publicados.

Art. 247. El empleado público que, sabiendo por razón de su cargo los secretos de un particular, los descubriere con perjuicio de éste, incurrirá en las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.

Las mismas penas se aplicarán a los que ejerciendo alguna de las profesiones que requieren título, revelen los secretos que por razón de ella se les hubieren confiado.

<sup>85</sup> Artículo 61.- Serán obligaciones de cada funcionario:

h) Guardar secreto en los asuntos que revistan el carácter de reservados en virtud de la ley (...).

<sup>86</sup> LOCBGAE. Artículo 62.- Contravienen especialmente el principio de la probidad administrativa, las siguientes conductas:

8. Contravenir los deberes de eficiencia, eficacia y legalidad que rigen el desempeño de los cargos públicos, con grave entorpecimiento del servicio o del ejercicio de los derechos ciudadanos ante la Administración

<sup>87</sup> Artículo 17. Derechos de las personas. Las personas, en sus relaciones con la Administración, tienen derecho a:

d) Acceder a los actos administrativos y sus documentos, en los términos previstos en la ley;

denunciarlos al Ministerio Público<sup>88</sup> y si son infracciones a las obligaciones administrativas, al margen de la potestad sancionatoria reconocida al Consejo, este puede recurrir ante la Contraloría General de la República, para que de conformidad a sus competencias generales instruya el sumario administrativo respectivo por infracción a la legalidad administrativa<sup>89</sup>.

**58.** En consecuencia, si bien el Consejo para la Transparencia carece de potestades de sanción en un conjunto significativo de hipótesis, diferentes a las establecidas en el Título VI de la LAIP, el diseño de una estrategia de fiscalización general, según lo expresado en el presente informe, acompañado de buenos sistemas integrados de coordinación con otras instituciones, puede establecer incentivos adecuados para el cumplimiento de la regulación de acceso a la información pública, considerando especialmente su preferencia por sistemas de control preventivo.

**60.** Finalmente, como se indica en la literatura regulatoria, la pregunta fundamental de “cuándo castigar, cuándo persuadir” debe responderse mediante un esquema que combine apropiadamente los sistemas sancionatorios y de persuasión<sup>90</sup>. Según los autores, la clave de una regulación exitosa radica en “establecer sinergias entre el castigo y la persuasión”<sup>91</sup>.

En consecuencia, al disponer el Consejo para la Transparencia de atribuciones suficientes para diseñar su sistema de fiscalización e integrar las potestades sancionatorias propias y las de otros organismos, en un modelo convergente de coordinación, es posible construir un modelo adecuado de “persuasión” para el cumplimiento de la LAIP.

---

<sup>88</sup> El Código Procesal Penal, señala:

Artículo 175.- Denuncia obligatoria. Estarán obligados a denunciar:

b) Los fiscales y los demás empleados públicos, los delitos de que tomaren conocimiento en el ejercicio de sus funciones y, especialmente, en su caso, los que notaren en la conducta ministerial de sus subalternos;

<sup>89</sup> Ver Resolución N° 235, de 1998, de la Contraloría General de la República, que establece el “Reglamento de sumarios instruidos por la Contraloría General”.

<sup>90</sup> Ayres, I. y Braithwaite, J., *Responsive Regulation. Transcending the Deregulation Debate*, Oxford University Press, Oxford 1992, p. 21. Según Baldwin y Black, *Really Responsive Regulation*, LSE Law, Society and Economy Working Papers 15/2007, London School of Economics and Political Science, Law Department, p. 5, “[r]esponsive regulation remains hugely influential worldwide and is applied by a host of governments and regulators”.

<sup>91</sup> Ayres y Braithwaite n 78, p. 25.

Es lo que puedo informar a ustedes en esta primera entrega. Quedo a vuestra disposición para aclarar y ampliar cualquier aspecto relacionado con el presente informe.

Saluda atentamente,

**Luis Cordero Vega**  
**Doctor en Derecho**  
**Profesor de Derecho Administrativo**  
**Facultad de Derecho Universidad de Chile.**

Santiago, 14 de Abril de 2010.

## **INFORME EN DERECHO**

### **LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y LEY DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA**

#### **CRITERIOS DE DISCRIMINACIÓN**

**Luis Cordero Vega**

<b>I. ANTECEDENTES.</b>	<b>4</b>
<b>II. LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO CHILENA.</b>	<b>5</b>
<b>A. EL CONTEXTO DE LA DICTACIÓN DE LA LEY Nº 19.880.</b>	<b>5</b>
<b>B. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ES UNA EXIGENCIA CONSTITUCIONAL.</b>	<b>8</b>
1. LA CONSTITUCIÓN ESTABLECE UN RÉGIMEN JURÍDICO COMÚN PARA LA ADMINISTRACIÓN.	8
2. EL ARTÍCULO 63 Nº 18 ES UN MANDATO DE GARANTÍA COMÚN PARA LAS PERSONAS FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN.	10
<b>III. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA PUBLICIDAD.</b>	<b>14</b>
<b>A. FUNDAMENTO.</b>	<b>14</b>
<b>B. LAS LEYES DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: UNO DE LOS INSTRUMENTOS PARA ADMINISTRACIONES PÚBLICAS TRANSPARENTES. EL CONTEXTO CON LAS LEYES DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.</b>	<b>17</b>
<b>IV. MOMENTOS DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN EL DERECHO CHILENO.</b>	<b>21</b>
<b>A. PRIMER MOMENTO: EL FUNDAMENTO.</b>	<b>21</b>
<b>B. SEGUNDO MOMENTO: LA LEY DE PROBIDAD ADMINISTRATIVA. LA DISTINCIÓN ENTRE SECRETO Y CAUSALES DE DENEGACIÓN DE LA INFORMACIÓN.</b>	<b>22</b>
1. CONTENIDO Y ALCANCE. LA REGULACIÓN DE LA LEY Nº 19.653, DE PROBIDAD ADMINISTRATIVA.	22
2. LOS LEGITIMADOS. EL DERECHO ACCESO Y EL DERECHO A CONOCER, COMO HIPÓTESIS DIFERENTES.	24
3. DISTINCIÓN ENTRE SECRETO O RESERVA Y CAUSALES DE DENEGACIÓN.	25
<b>C. EL TERCER MOMENTO: LA LEY DE PROBIDAD ADMINISTRATIVA Y LA DICTACIÓN DEL DECRETO SUPREMO Nº 26, DE 2001.</b>	<b>26</b>
<b>D. EL CUARTO MOMENTO: LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2005.</b>	<b>28</b>
<b>E. EL QUINTO MOMENTO. LA DICTACIÓN DE LA LEY DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA.</b>	<b>30</b>
1. CRITERIO SOSTENIDO POR EL LEGISLADOR: AMPLIA PUBLICIDAD Y DECLARACIÓN EXPLÍCITA DEL SECRETO O RESERVA.	30
2. LA DECLARACIÓN DE SECRETO O RESERVA DE LA INFORMACIÓN, SIEMPRE DEBE PROVENIR DE UN ACTO DE PODER PÚBLICO.	34
3. LA EXISTENCIA DEL REGISTRO CONFIRMA LO SEÑALADO: ACTO DE AUTORIDAD PREVIO PARA LA DECLARATORIA DE SECRETO O RESERVA.	35
<b>V. CRITERIO SOSTENIDO POR EL LEGISLADOR. LA LEY DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA PRETENDIÓ PONER EL ÉNFASIS EN EL ACTO ADMINISTRATIVO.</b>	<b>37</b>
<b>VI. LA TESIS DE LA CONTRALORÍA: SEGÚN LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY DE TRANSPARENCIA EL ACTO ADMINISTRATIVO ES EL EJE DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN.</b>	<b>40</b>
<b>VII. LOS ALCANCES DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS, ASÍ COMO DE SUS FUNDAMENTOS, DOCUMENTOS Y PROCEDIMIENTO.</b>	<b>43</b>
<b>VIII. ¿QUÉ SUCEDE ENTONCES ENTRE LA LBPA Y LAIP? EXISTE UNA MULTIDIMENSIONALIDAD EN RELACIÓN A LA INFORMACIÓN SUJETA A ACCESO.</b>	<b>46</b>
<b>A. LAS CONSECUENCIAS DE LA LBPA HACIA LA LAIP, EN MATERIA DE ACTO ADMINISTRATIVO: EL ACTO ADMINISTRATIVO EN SENTIDO AMPLIO.</b>	<b>46</b>



<b>B. PERO, ¿QUÉ HACEMOS CON EL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 5º? LA LEGALIZACIÓN DE MAYOR INFORMACIÓN.</b>	<b>47</b>
<b>IX. LA SUPLETORIEDAD DE LA LBPA Y SUS ALCANCES CONCRETOS EN LA LAIP.</b>	<b>48</b>
<b>A. EL OBJETIVO DE LA SUPLETORIEDAD Y SUS ESTÁNDARES DE APLICACIÓN.</b>	<b>48</b>
<b>B. LA LAIP Y LOS ESTÁNDARES DE APLICACIÓN DE LA SUPLETORIEDAD DE LA LBPA.</b>	<b>52</b>
1. EL MARCO GENERAL	52
2. CRITERIOS.	55
<b>X. LA EXTENSIÓN Y RELACIONES DE LEGITIMACIÓN ENTRE LA LAIP Y LBPA.</b>	<b>57</b>
<b>A. MOMENTOS TEMPORALES O LA EXTENSIÓN DE LA LEGITIMACIÓN.</b>	<b>57</b>
1. EL CONTEXTO DE LA REGULACIÓN CHILENA. EL ANTECEDENTE REGULATORIO DEL DERECHO ESPAÑOL.	57
2. LA MANERA CONCEPTUAL DE ENTENDER EL ACCESO COMO PERFECCIONAMIENTO DEL DERECHO: LA DIFERENCIA ENTRE INTERESADO LEGÍTIMO (LA GARANTÍA) Y SIMPLE INTERESADO.	59
3. ¿PUEDE EL INTERESADO LEGÍTIMO DE LA LBPA RECURRIR A LA LAIP PARA RESGUARDAR SUS DERECHOS?	61
<b>XI. LOS TERCEROS Y SU PARTICIPACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO DE LA LAIP: LOS DILEMAS DE SU PARTICIPACIÓN Y EL ROL DEL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA.</b>	<b>63</b>
<b>A. UN CONTEXTO GENERAL.</b>	<b>63</b>
<b>B. EL CONTEXTO DE LA PROTECCIÓN DE LOS “DERECHOS DE TERCEROS” EN LA LAIP.</b>	<b>65</b>
1. LA OPOSICIÓN DE TERCEROS.	65
2. LA CAUSAL DE DENEGACIÓN DEL ART. 21 Nº 2.	70
<b>XII. CONCLUSIONES.</b>	<b>73</b>

## I. ANTECEDENTES.

Se nos ha solicitado un informe en derecho con el objeto de indicar cuáles son los criterios discriminatorios que es posible encontrar en la aplicación de la Ley de Procedimiento Administrativo<sup>1</sup> (LBPA) y la Ley de Acceso a la Información Pública<sup>2</sup> (LAIP).

El origen de la interrogante proviene de la solicitud de opinión que la Comisión Asesora Presidencial para la Protección de los Derechos de las Personas realizó al Consejo para la Transparencia, mediante oficio N° 1743, de 24 de Noviembre de 2009.

Concretamente sostiene la precitada Comisión, luego de una afirmación en orden a que los ciudadanos mayoritariamente realizan trámites personales frente a la Administración, muchos de estos organismos:

“(…) vulneran en un número importante, los derechos a recibir una respuesta oportuna y fundada, dentro de un plazo prudente. Sin embargo, y aún cuando la Ley N° 19.880 sobre Bases de Procedimientos Administrativos, que regula la materia, contempla plazos en los cuales se debe dar respuesta a dichos requerimientos, no establece ningún tipo de sanción para el funcionario que no da cumplimiento a dicho cuerpo legal.

(…) cabe destacar que el artículo 33 de la Ley N° 20.285 contempla dentro de las atribuciones del Consejo para la Transparencia en su letra b), el resolver, fundadamente, los reclamos de denegación de acceso a la información que le sean formulados de conformidad a esta ley. En nuestro parecer, donde la ley no distingue, tampoco cabe al intérprete hacer distinción alguna, referente a si la denegación de acceso a la información es en relación a documentos de carácter general o se relaciona directamente con algún trámite personal del ciudadano.

(…) En otras palabras, existe una relación de supletoriedad entre ambos cuerpos legales, lo que implica que aquellos aspectos no regulados por la Ley N° 19.880 (promulgada en el año 2003) pueden serlo por la nueva normativa sobre Transparencia y Acceso a la Información Pública. Y por cierto que aspectos como las eventuales sanciones que podrían aplicárseles a los funcionarios públicos que no cumplieran con la ley, a pesar de no estar establecidos en la Ley de Bases, sí lo están en la nueva disposición sobre Transparencia.”.

En ese contexto, el Consejo ha creído conveniente precisar los ámbitos de aplicación de la Ley de Acceso a la Información, en relación a la aplicación de la Ley de Procedimiento y con tal objeto me ha solicitado el presente informe.

De igual modo, el Consejo ha creído conveniente que en el presente informe se puedan exponer criterios que permitan razonablemente establecer el modo en virtud del cual los terceros participan del procedimiento administrativo de acceso a la información.

Con el objeto de abordar las interrogantes planteadas analizaremos la naturaleza e importancia de las Leyes de Procedimiento Administrativo (I), el contexto en que se

---

<sup>1</sup> N° 19.880, Diario Oficial de 29.05. 2003.

<sup>2</sup> N° 20.285, Diario Oficial de 20.08.2008.

dictan las Leyes de Acceso a la Información (II), los momentos que son susceptibles distinguir en nuestra regulación constitucional y legal de estas etapas, de manera de conjugar la compatibilidad (III), para finalmente estudiar los criterios que permitirían resolver eventuales antinomias entre ambas regulaciones (IV).

## II. LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO CHILENA.

### A. El contexto de la dictación de la Ley N° 19.880.

Es conocido que la Ley N° 19.880, tuvo su origen en un proyecto de ley enviado por el Ejecutivo el año 2000, que sólo estaba destinado a regular los plazos a los cuales debía someterse la Administración y los efectos de este incumplimiento a través del silencio administrativo.

Sin embargo, durante la tramitación del proyecto, particularmente en su primer trámite en el Senado<sup>3</sup>, se modificó el texto y naturaleza del proyecto, transformándolo en una ley de procedimiento administrativo, considerando los proyectos de la CONARA durante los 80, el proyecto de ley del Presidente Aylwin al inicio de los 90<sup>4</sup> (que fue archivado en la Cámara de Diputados), la jurisprudencia histórica sobre diversos temas asociados de la Contraloría General de la República y la influencia evidente de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común Española de 1992 y su reforma de 1999<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Mediante indicación sustitutiva del entonces Senador y profesor de Derecho Administrativo Enrique Silva Cimma.

<sup>4</sup> En el análisis del proyecto de la Comisión Nacional de Reforma Administrativa y el proyecto Aylwin de 1992, destacan los trabajos de Soto Kloss, E., “Estado de Derecho y procedimiento administrativo”, *Revista de Derecho Público* N° 28, 1980; “El procedimiento administrativo. Una aproximación a sus bases fundamentales”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* T. LXXIX, N° 3, 1982; González Méndez, M.F., “El procedimiento administrativo en Chile. Aporte de la Contraloría General de la República”, en *La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho*, Conmemoración por su 75° aniversario de vida institucional, 2002; Oelckers, O., “El derecho a la defensa del interesado en el procedimiento administrativo. Especial referencia al proyecto de ley sobre bases de los procedimientos administrativos”, en *XXV Jornadas de Derecho Público, Universidad de Valparaíso*, T. III.; Guichard Pérez, M.I., y Toro Reyes, M. P., “Los procedimientos formativos y recursivos en la administración”, en *Revista Gobierno y Administración del Estado*, Editorial Jurídica Conosur, N° 81, abril 2000.

<sup>5</sup> Como señalamos en “Procedimiento Administrativo: Desarrollo y Perspectivas”, en *Derecho Administrativo. 120 años de Cátedra*, (Coord. R. Pantoja B), Editorial Jurídica de Chile, 2008, págs. 329 a 332, teóricamente se distinguen tres grandes modelos o tipos de leyes de procedimiento administrativo: el modelo austriaco, el modelo americano y el modelo español. Estos tres modelos se han estructurado sobre bases, en principio diversas, pero no incompatibles sustantivamente. En efecto, se establecen como criterios un gran movimiento inicial de asemejar el procedimiento administrativo, al procedimiento civil, vinculado a cuestiones pre contenciosas, o bien por la intensidad de regulación de la instrucción, la amplitud de la actitud inquisitoria de la administración, o la integración o no de cuestiones conexas o materias, y la propia concepción global de ley, vista desde una perspectiva de opción por una reglamentación potencialmente exhaustiva del procedimiento o por una disciplina escasa, potencialmente más flexible, construida sobre grandes principios generales.

El modelo austriaco, construido a partir de la ley de 1925, influido por el positivismo jurídico, se caracterizó: por la extensión de la reglamentación procedimental, por la no incorporación de derecho

También sabemos que la Constitución establece de manera expresa en su artículo 7º, que para que los órganos del Estado realicen una actuación jurídicamente válida deben ajustarse a las “formas” que prescribe la ley. Como se sabe, esta denominación admite dos acepciones. En un primer sentido, forma es sinónimo de procedimiento, de conjunto de diligencias encaminadas a obtener la dictación de un acto público. En un segundo sentido, la palabra forma alude a la solemnidad de expresión del acto, a la

---

material, por la hiperformalización del procedimiento, elaborado a partir de un modelo jurisdiccional y, de algún modo, una concepción disminuida de la publicidad procedimental.

Con una estructura interna completamente diferente, pero con una capacidad de proyección de influencia significativa, la ley federal de procedimiento administrativo norteamericana (*Federal Administrative Procedure Act*), de 1946, representa un segundo modelo. Este arquetipo de conformación jurídica de procedimiento se caracteriza por que: no incorpora derecho administrativo material, pues este subsiste en su fuente tradicional que son los *stare decisis* de la jurisprudencia, no intensifica los momentos procedimentales previos a la decisión, lo que se denota en la relación que establece entre participación procedimental y los mecanismos de información de acceso a los documentos. En fin, como característica estructural la *Federal Administrative Procedure Act* es una ley poco extensa, compuesta por principios básicos, aspecto que puede comprenderse porque el contenido material sobre el cual descansa es el de *due process of law*, incorporando de esa manera los derechos procedimentales básicos para garantizar una participación efectiva. A través de esta ley se impuso un modelo de procedimiento administrativo que se caracterizó por el establecimiento de un sistema de cobertura desformalizada y una consagración de la publicidad y transparencia con carácter absoluto.

Un tercer modelo, lo constituye la Ley de Procedimiento Administrativa Española de 1958. Este modelo, de cierta manera, tiene criterios comunes con el modelo austriaco y norteamericano, sin embargo reúne características distintas que nos permiten caracterizarla como un modelo diverso. Del modelo austriaco, la ley española de 1958 describe normativamente el procedimiento con una disciplina minuciosa y extensa, pero al mismo tiempo, impone el imperativo de la desformalización como criterio básico de funcionamiento del esquema de procedimiento administrativo. Sin embargo, amplía sus regulaciones en la medida que concibe la integración de mecanismo de participación durante el proceso de decisión administrativa, fundado en el derecho a la defensa material, en la ampliación en la fase de instrucción de las competencias de los órganos administrativos, en la impulsión de oficio, acercándose en estos últimos aspectos al modelo norteamericano. Sin embargo, la Ley de Procedimiento Administrativo Española de 1958, al contrario de los dos modelos anteriores, incorporó las reglas relativas a las condiciones y requisitos de validez de las decisiones de la administración, o sea implicó una opción por integrar a las cuestiones procedimentales de decisión, las cuestiones sustantivas, vinculadas a la validez de los actos administrativos. Esto se tradujo en las innovaciones que se incorporaron con la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, de 1992, modificada el año 1999, que implicó el establecimiento de soluciones puntuales a la ley de 1958, introduciendo figuras como la negociación como término normal del procedimiento administrativo.

La breve descripción de estos tres modelos de conformación jurídica del procedimiento administrativo, representan la influencia paradigmática que han ejercido en los sistemas comparados, y sin duda en el nuestro. Sin embargo, estas experiencias no se agotan en estas figuras, porque la dinámica del procedimiento administrativo, exige al final, el establecimiento de instituciones adecuadas de funcionamiento a los requerimientos de conflicto diario de los sistemas. Pero lo que no cabe duda alguna, es que independiente del modelo, la existencia de leyes de procedimiento ha estado intrínsecamente vinculada a procesos de reforma y modernización estatal, conectadas a las decisiones de la administración pública, cualquiera sea el país en donde éstas se hayan dictado.

externalidad que debe observar, a cómo se manifiesta documentalmente hacia el exterior la voluntad de la autoridad administrativa<sup>6</sup>.

El carácter formal significa, que para la válida aplicación de las reglas que lo constituyen es preciso que la autoridad administrativa se atenga al procedimiento y a la solemnidad de expresión previstos por la Constitución o la ley, condicionándolas además a la existencia de un régimen jurídico común (art. 63 N° 18)<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Pantoja Bauzá, R., *Derecho Administrativo. Concepto, características, prospección.*, Editorial Jurídica de Chile, 1994, p. 185 – 192. En el mismo sentido Soto Kloss, E., *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales*, T.II., Editorial Jurídica de Chile, 1996, p. 63 – 64; Silva Bascuñan, A., *Tratado de Derecho Constitucional*, T. IV., Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 142.

<sup>7</sup> Este criterio ha sido aceptado de antiguo por la Contraloría General de la República. Ha dicho que "la potestad de ejecución de que gozan las autoridades administrativas debe revestirse de ciertas formas sin las cuales no tendría expresión externa. Los decretos y las resoluciones son, precisamente, las formas que el acto ejecutivo adopta en la Administración del Estado, y la ley los somete a una tramitación determinada para su plena eficacia". Dictamen N° 40.966, de 1956. . En el mismo sentido afirma que "constituye un principio básico de procedimiento administrativo que los actos de los servicios públicos sean esencialmente solemnes, ya sea por razones de buena técnica administrativa o como una mejor garantía de protección y amparo de los derechos de los administrados y, en definitiva, de un fiel y exacto cumplimiento de la ley". Dictámenes N°s 70.970, de 1970, y 39.905, de 1971.

En la misma línea argumental, afirma que "las atribuciones conferidas al Presidente de la República y a los Ministerios como unidades orgánicas deben materializarse conforme a los artículos 33 y 35 de la Constitución, en decretos denominados decretos supremos. Las atribuciones que el ordenamiento jurídico radica en los Ministros en cuanto titulares del cargo respectivo, deben materializarse en un documento llamado resolución ministerial o simplemente resolución". Dictámenes N°s 2.886, de 1969, 24.665, de 1981, y 199, de 1983. "Conforme lo ha señalado una abundante y reiterada jurisprudencia, contenida, entre otros, en los dictámenes N° 72.197, de 1968; 39.905, de 1971, 19.920, de 1972; 18.449, de 1984, y 9.763, de 1985, la voluntad de los órganos de la Administración debe manifestarse a través de actos administrativos, los cuales deben revestir ciertas formas sin las cuales no tendrían expresión externa". "Las decisiones que las autoridades dotadas de facultad adopten para llevar a cabo las mismas, deben traducirse en resoluciones formales, ya sea por razones de buena técnica administrativa o como una mejor garantía de protección y amparo de los derechos de los administrados y, en definitiva, de un fiel y exacto cumplimiento de la ley". "Esta exteriorización de las facultades administrativas que compete a los Jefes Superiores de los órganos que integran la Administración del Estado, mediante actos administrativos afectos a un procedimiento preestablecido, es la que permite, por una parte, que el acto se baste a sí mismo y, por la otra, que su cumplimiento le otorgue a esos instrumentos la validez o eficacia jurídica necesaria, pues de lo contrario su omisión impediría, precisamente, el examen de juridicidad correspondiente". Dictamen N° 2.096, de 1988.

Este criterio ha sido reiterado por el dictamen N° 32356 , de 2003, al señalar que "las decisiones de los jefes superiores de servicios y organismos públicos deben traducirse en resoluciones formales, pues constituyen un principio básico del procedimiento administrativo el que los actos de tales entidades sean esencialmente solemnes, sea por razones de buena técnica administrativa o de garantía de protección y amparo de derechos de los administrados y, por ende, de un fiel y exacto cumplimiento de la ley, de modo que se entienden finiquitados una vez materializada la decisión a través de la emisión de un decreto o resolución".

La Corte Suprema sostuvo que "la Administración Pública actúa por medio de actos administrativos y para que éstos alcancen su real efecto y proyección, es necesario que tales actos emanen de autoridad responsable, que se concreten en un contenido bien determinado y que se les dé a conocer

El aspecto formal de la actuación de la Administración del Estado lleva a concluir que las autoridades administrativas sólo pueden manifestar válidamente su voluntad orgánica a través de los procedimientos y formas de documentación previstos por la Constitución y la ley. Así lo ha entendido la doctrina y la jurisprudencia, y así por lo demás lo establece explícitamente el artículo 3° de la Ley N° 19.880.

Pero esencialmente, las formas tienen por objeto amparar a las personas frente a la actividad de la Administración y con el indiscutible propósito de evitar que esa actividad se torne arbitraria y se cause un daño ilegítimo, de modo que constituyen un importante medio de seguridad jurídica, de manera que resulta plenamente lógica la exigencia de “reserva de ley” que la Carta Fundamental impone al actuar de la Administración del Estado en la vía procedimental<sup>8</sup>. Si el procedimiento administrativo sustantiviza las decisiones de la Administración, materializa el interés público y gestiona los intereses de los ciudadanos, este sistema se transforma en uno de garantía de derechos por lo que las aproximaciones hacia él, así como sus contenidos deben abandonar la mera argumentación de contenido externo.

## **B. El procedimiento administrativo es una exigencia constitucional.**

De lo reseñado fácil es concluir que la “forma” procedimiento es una exigencia constitucional específica, por el contenido y redacción del artículo 63 N° 18 de la Constitución. Esta norma concretamente señala que es materia de ley “Las que fijen las bases de los procedimientos que rigen los actos de la Administración Pública”.

La manera de abordar el contenido y redacción de esta norma, impacta inevitablemente en el modo de entender adecuadamente la importancia constitucional del procedimiento administrativo.

### **1. La Constitución establece un régimen jurídico común para la Administración.**

Como sabemos la actuación de la Administración está sometida al poderoso principio de legalidad que supone el sometimiento completo a la ley y el Derecho<sup>9</sup> (art. 6°, 7°

---

debidamente, pues sólo así resultarán ser obligatorios, con manifestaciones precisas y concretas que les permitirán ser cumplidos o acatados, o, por último, susceptibles de ser impugnados mediante los recursos jurisdiccionales establecidos en la ley o en la Constitución Política de la República”. RDJ T. LXXXIV (1987), N° 2, Sección 5, Rol N° 10.408.

El Tribunal Constitucional también ha seguido este criterio cuando ha expresado que los órganos del Estado deben tener determinadas sus facultades en la norma que los regula, la cual debe señalar en forma específica el contenido de aquellas<sup>7</sup>. El mismo tribunal reconoce que cuando un acto administrativo no cumple con las formalidades que exigen la Constitución y la ley, debe concluirse que el acto está viciado en la forma y, en consecuencia, adolece de un vicio de nulidad. Sentencia Rol N° 153, C. 18°.

<sup>8</sup> Silva Cimma, E., *Derecho Administrativo Chileno y Comprado. Introducción y Fuentes*, Editorial Jurídica de Chile, 1996, pp. 65 y 66.

<sup>9</sup> A esta visión también se le denomina “constitucionalización de la legalidad”, Muñoz Machado, S. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público en General*, T.I., Civitas, Madrid, 2004, pp. 394 y sgts.

CPR y art. 2° LOCBGAE). De este modo, la actuación administrativa es una actividad típica en el sentido que ha de realizarse dentro de los límites que las normas establecen<sup>10</sup>.

En virtud de este contenido de la legalidad y de sistematización de las competencias de las autoridades administrativas, es consistente señalar que la Administración Pública se mueve en espacios normativos comunes.

En efecto, el carácter unitario del sistema Administrativo chileno (art. 3°, 24 y 38 de la Constitución) impone como exigencia que los órganos de la Administración tengan sistemas normativos comunes que operen como elementos adecuados de garantía para los ciudadanos que se relacionan con habitualidad con ellos, además de dotar de criterios comunes al sistema legal que evite discriminaciones injustificadas.

Por esa razón la Constitución (art. 38.1) impone como exigencia que la Administración tenga “Bases Generales” comunes para todos los sujetos administrativos sometidos a principios comunes como “carrera funcionaria”, así como los de “carácter técnico y profesional”. Por su parte la Carta Fundamental condiciona que los actos administrativos que sean dictados por la Administración sean sometidos a reglas “comunes”, de manera que la ley regule las “bases de los procedimientos administrativos” (art. 63 N° 18). En el mismo sentido la Constitución impone condiciones comunes de control administrativo a través de la Contraloría General de la República (art. 98 y 99)<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Escuin Palop, C.: Voz “Principio de legalidad de la Administración”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, v. XX, Edit. Seis, Barcelona, 1993, pp. 464 y ss. Sobre este criterio hay consenso en las más discrepantes visiones doctrinarias en la literatura nacional: Soto Kloss, E. *Derecho Administrativo, Bases Fundamentales*, T. II., Edit. Jurídica de Chile, 1996, pp. 24 y sgts; Pantoja Bauzá, R., *Derecho Administrativo, Clasicismo y Modernidad*, Edit. Jurídica de Chile, 1994, pp. 205 y 208. Para un criterio más estandarizado ver Oelckers Camus, O. “El contenido y Alcance del principio de legalidad de las actuaciones de la Administración del Estado”, en *La Administración del Estado de Chile. Decenio 1990 – 2000*, (Coord. R. Pantoja), Editorial Jurídica Conosur Ltda., 2000, pp. 455 y sgts.

Como hemos señalado (Cordero Vega, L., “La Supletoriedad de la Ley de Procedimiento Administrativo”, *Acto y procedimiento administrativo. Actas II Jornadas de Derecho Administrativo*, Edic. Universitarias, 2006) la Administración esta sometida a cinco tipos de tipicidad. En primer lugar la *tipicidad organizacional*, en el sentido que corresponde a la ley definir qué organismos administrativos se crean y cuáles son sus estructuras orgánicas. En segundo lugar, la *tipicidad competencial*, ya que la misma se otorga por la ley a un órgano determinado que es el único que la puede ejercer salvo los casos de alteración de la misma previstos por la ley. En tercer lugar, una *tipicidad procedimental*, que se expresa mediante las normas de procedimiento establecidas que la Administración ha de respetar en su actuación. En cuarto lugar, a una *tipicidad teleológica*, ya que las potestades solamente pueden ser ejercidas para los fines previstos por las normas que las otorgan, de manera que de no hacerlo se dictan actos arbitrarios o con abuso, que pueden ser constitutivos de desviación de poder. Por último, la *tipicidad presupuestaria*, que supone la necesidad de autorización de la Administración [por parte de la ley] para proceder al gasto público, la limitación de la cantidad a gastar y la fijación del destino de los créditos aprobados.

<sup>11</sup> Esto explica, además, que estén sometidos a un sistema uniforme de control e interpretación de la ley administrativa a cargo de la Contraloría General de la República en tanto se indica explícitamente que

A nivel legal, estas reglas comunes se ven expresadas en la existencia de normas de empleo público que tienen también una pretensión general (Ley N° 18.834), de un sistema de administración financiera (DL N° 1263) y de contratación pública (Ley N° 19.886).

De este modo, *tipicidad* y sistema jurídico *común* son dos elementos constitutivos básicos del diseño constitucional de la Administración Pública, lo que exige entenderlas como condiciones para los desarrollos legislativos posteriores, siguiendo a su vez una interpretación lógica y armónica *en* la Constitución.

## **2. El artículo 63 N° 18 es un mandato de garantía común para las personas frente a la Administración.**

La exigencia constitucional de que la ley fije las “bases” de los procedimientos administrativos es una garantía en beneficio de los ciudadanos. Desde este punto de vista lo esencial del concepto de bases es su contenido, es decir, el establecimiento de regulaciones uniformes y de vigencia para todos los actos de la Administración, cualquiera sea su contenido, de manera de poseer un común denominador normativo<sup>12</sup>.

En efecto, la Constitución impone un mandato al legislador que si bien es abierto en los contenidos (libertad del legislador), no es absolutamente discrecional. La Constitución no está dispuesta a cualquier contenido, sino que debe emplearse (por la ley) para establecer una regulación uniforme y general cualquiera sea el acto administrativo, y en consecuencia, el tipo de Administración que intervenga. Pero lo relevante es considerar que tal regulación no tiene porque agotar el tratamiento normativo de la materia que las normas legales sectoriales podrán especificar; habrá de

---

“sólo las decisiones y dictámenes de la Contraloría serán los medios que podrán hacerse valer como constitutivos de jurisprudencia administrativa (art. 6°.4 Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República). Por esta razón los funcionarios de las “oficinas de la Administración Pública o instituciones sometidas al control de la Contraloría (...) quedarán sujetos a la dependencia técnica de la Contraloría, cuya jurisprudencia (...) deberá ser observada (art. 19). El sistema legal busca, además que los criterios interpretativos de la ley Administrativa sean uniformes, precisamente la existencia de un régimen jurídico común de la Administración del Estado que de garantías a los ciudadanos.

<sup>12</sup> Convengamos que esta conclusión poco tiene de novedosa si se analiza la contingencia del Derecho comparado el cual ha dedicado mucho tiempo a tener explicaciones razonables sobre este punto, como se verá.

Menos novedosa aún, si se considera que ya en los años 80 el profesor español González Navarro exponía en Chile sobre esta forma de comprender la ley de Procedimiento Administrativo. Vid. Sus trabajos “Experiencia internacional en materia de leyes de procedimiento administrativo”, en *Seminario Nacional sobre Procedimientos Administrativos*, CONARA, Santiago de Chile, 1980; “Procedimientos administrativos generales y especiales, formalizados y no formalizados”, *RDP* N° 33/34, 1983, pp. 133 y sgts.



limitarse, por el contrario, a fijar las prescripciones más generales porque justamente éste es el significado que cabe extraer del concepto bases<sup>13</sup>.

En consecuencia por esta vía la Constitución establece como competencia de la ley (y garantía de los ciudadanos) el establecimiento de que los procedimientos administrativos en general y de manera básica establezcan una regulación uniforme y de vigencia común frente a toda la Administración y sus actos, con lo cual se asegura a los ciudadanos un tratamiento genéricamente equivalente con indiferencia de la autoridad administrativa concreta que deba resolver un asunto.

Las razones que justifican esta decisión constitucional son dos: En primer lugar la necesidad de tener una regulación común que supera a las sectoriales, como consecuencia de que los ciudadanos no tienen por qué sufrir la fragmentación estatal desde la perspectiva organizativa. El procedimiento administrativo tiene una multiplicidad de funciones materiales que se encausan en él y que se relacionan con el conjunto de actividades que realiza la Administración Pública. En esta lógica, el procedimiento administrativo debe dar cuenta de una cantidad de tareas muy diversas, que evidencian actividades heterogéneas pero con criterio común<sup>14</sup>; en segundo lugar, el principio de unidad y uniformidad, consecuencia del principio de igualdad para los ciudadanos, que exige tratamientos uniformes a estos, siendo titulares de garantías equivalentes frente al Estado con indiferencia del sector administrativo específico, salvo que atendida la naturaleza de la actividad, el propio legislador adecúe esos procedimientos, pero respetando en todo caso el “procedimiento básico” que es mandato normativo establecido por la Constitución, como garantía de no discriminación para los ciudadanos.

De este modo, la Constitución impone como condición a los procedimientos administrativos el establecimiento de un “común denominador”. Desde este punto de vista la Carta Fundamental impone *condiciones positivas y negativas* al legislador. En las positivas impone al legislador la exigencia de objetivos, fines y orientaciones generales para todos los actos de la Administración Pública, garantizando el principio de unidad y al mismo la igualdad sustancial de los ciudadanos en sus tratos con la Administración. En las negativas, impone que el legislador debe moverse en las regulaciones sectoriales dentro de los contenidos comunes idóneos a los procedimientos administrativos, pues de lo contrario fácilmente dichas regulaciones sectoriales podrían afectar estos principios generales que impone la Constitución al legislador.

Por esta razón el procedimiento administrativo de “bases” tiene por finalidad establecer y regular las garantías mínimas de los ciudadanos respecto de la actividad administrativa, garantías que deben ser comunes a todas los órganos administrativos, para asegurar la igualdad sustancial de todos los ciudadanos en sus relaciones con ellas,

---

<sup>13</sup> Muñoz Machado, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, T.II, Iustel, Madrid, 2006, pp. 757 y 758.

<sup>14</sup> Cierco Seira, C., *La participación de los interesados en el procedimiento administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2002, p. 29 – 84.

lo que vincula al procedimiento administrativo “común” a la igualdad “básica” en el ejercicio de los derechos y deberes fundamentales, que el propio Estado tiene la obligación de garantizar<sup>15</sup>.

La idea central de todas las leyes de procedimiento es que disponen de un conjunto de mecanismos que no sólo establecen la forma y modo de ordenar el funcionamiento de la Administración Pública, sino, esencialmente tener un sistema de garantía de derechos de las personas frente a la actividad estatal. En efecto, el procedimiento administrativo representa el sistema destinado a introducir cautelas y garantías con respecto a las situaciones jurídicas en que los ciudadanos se van a ver afectados por actos administrativos<sup>16</sup>.

El carácter de básicas, comunes o de garantías mínimas es un criterio uniforme en la mayoría de las Leyes de Procedimiento Administrativo en el Derecho Comparado. Es lo que sucede en España<sup>17</sup>, Argentina<sup>18</sup>, Perú<sup>19</sup>, Colombia<sup>20</sup>, Estados Unidos<sup>21</sup>, Alemania<sup>22</sup> e Italia<sup>23</sup>, sólo para referirnos a los casos más conocidos. Una referencia

---

<sup>15</sup> Menéndez Rexach, A; Rodríguez-Chaves, B; Chinchilla Peinado, J., *Las garantías básicas del procedimiento administrativo*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 2005, p. 18.

<sup>16</sup> OCDE, *Modernising Government. The Way Forward.*, OECD Publishing, 2005.

En este sentido Sentencias del Tribunal Constitucional Roles N° 244, de 1996; 376, de 2003; 389, de 2003. bajo la misma lógica Corte Suprema, 13 de noviembre de 2001, Rol N° 3982 – 2001, *Revista de Derecho y Jurisprudencia* T. XCVII, N° 4, sección 5°.

<sup>17</sup> Por todos Menéndez Rexach, A; Rodríguez-Chaves, B; Chinchilla Peinado, J., ob. cit., *passim*. Una síntesis completa en Garrido Falla, F., “El procedimiento administrativo de 1950 a hoy”, *Revista de Administración Pública* N° 150, pp. 131 y sgts.

<sup>18</sup> Por todos Gordillo, A., *Procedimiento Administrativo*, Serie legislación Comentada, Lexis-Nexis Depalma, Buenos Aires, 2003.

<sup>19</sup> Por todos Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General. Ley N° 27444, (Coord. Jorge Danós) Ara Editores, Lima, 2001.

<sup>20</sup> Por todos Santofimio Gamboa, J., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II, Universidad de Externado de Colombia, 2003, p. 183.

<sup>21</sup> Pierce, R; Shapiro, S; Verkuil, P., *Administrative Law and Process*, Foundation Press, N.Y, 2004. Este es el criterio que ha seguido Puerto Rico en la aplicación de su ley de procedimiento administrativo para hacerla compatible con la *Federal Administrative Procedure Act*. Vid. Fernández Muñones, D., *Derecho Administrativo y Ley de Procedimiento Administrativo Uniforme*, Forum, 2001.

<sup>22</sup> Schmidt – Assmann, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Marcial Pons, 2003., p. 358 y sgts.

<sup>23</sup> Rossi, G., *Diritto Amministrativo*, V. I., Giuffrè Editore, Milano, 2005, pp. 336. El caso del derecho italiano hasta antes de la Ley N° 241 de 1991 (modificada por la ley N° 15 de 2005), se parece bastante a la situación del derecho chileno antes de la ley N° 19880. En el derecho italiano la ausencia de ley de procedimiento generó un fuerte debate sobre la fragmentación legal de este tipo de regulación. Por esta razón existía consenso en la doctrina y particularmente en la jurisprudencia de la necesidad de una matriz común que se ve graficada en una multiplicidad de principios comunes aplicables con indiferencia de la regulación sectorial. Vid. Cassese, S., *Las bases del Derecho Administrativo*, MAP, Madrid, 1994, pp. 247 y sgts. Es posible revisar también sobre las consecuencias de las modificaciones Cierco Siera, C., “La

aparte es lo que ha sucedido en el derecho comunitario en la que una de las materias de mayor influencia ha sido “el procedimiento administrativo”<sup>24</sup>.

Como señala la voz autorizada de Jesús González Pérez, la ley de procedimiento administrativo chilena se enmarca dentro de los criterios generalmente aceptados para todas regulaciones procedimentales existentes en Iberoamérica, en las cuales se disponen de garantías mínimas para los ciudadanos frente a la Administración<sup>25</sup>. En efecto, es un hecho conocido por la doctrina especializada que la generalidad es un rasgo común de las leyes de procedimiento administrativo, en el sentido de que, dictada una ley de procedimiento administrativo, ésta establece un régimen básico, común o general que se aplica a toda la administración, salvo excepciones siempre expresas<sup>26</sup>.

Por esta razón la jurisprudencia administrativa de antiguo ha interpretado las bases de los procedimientos administrativos en el régimen jurídico común aplicable a la producción (y eliminación en su caso) de los actos administrativos de modo que procedimiento y régimen jurídico de los actos administrativos se identifican en su sola norma<sup>27</sup>.

Así, la Ley de Procedimiento regula un “procedimiento tipo”<sup>28</sup> al que han de ajustarse las organizaciones administrativas porque regula los trámites mínimos a realizar y también el orden que ha de seguirse para su práctica. Es un procedimiento “tipo” en el sentido que establece pautas comunes para actuación jurídica de la Administración que configuran conducta “típica” exigida a ella, en cuanto ese modo de proceder implica la observancia de una serie de requisitos que constituyen otras tantas garantías para los

---

simplificación de los procedimientos administrativos en Italia”, *Revista de Administración Pública* N° 152, 2000, pp. 387 y sgts.

<sup>24</sup> Ver por ejemplo Nehl, H. P., *Principles of administrative procedure in EC Law*, Hart Publishing, Oxford, 1999; Rodríguez Pontón, F.J., *La articulación de las garantías administrativas y jurisdiccionales en el sistema del CEDH*, Civitas, Madrid, 2005, en particular las pp. 156 a 187; Muñoz Machado, S., “Los principios generales del procedimiento en el Derecho Comunitario” en VVAA, *El desenvolupament del Dret Administratiu europeu*, EAPC, Barcelona, 1993, pp. 166 a 179.

<sup>25</sup> González Pérez, J., “La ley chilena de procedimiento administrativo”, *Revista de Administración Pública*, N° 163, septiembre - diciembre de 2003, Madrid, p. 385.

<sup>26</sup> Brewer – Carias, A., *Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina*, Legis, 2003, Bogotá, p. 11; VVAA, *Procedimiento administrativo en el derecho comparado*, (Coord. Barnes Vásquez), Civitas, Madrid, 1993

<sup>27</sup> Este es el criterio sostenido por el órgano contralor en el Dictamen N° 2196 de 1993, mediante el cual informo al Senado sobre el proyecto ley de bases de procedimientos administrativos durante la gestión del Presidente Patricio Aylwin.

<sup>28</sup> Criterio seguido desde la doctrina española.

ciudadanos<sup>29</sup>. Por esta razón es claramente sensato aceptar que las personas tienen derecho al procedimiento, como la Administración tiene el deber de respetarlo<sup>30</sup>.

Tal conceptualización explica el carácter supletorio de la Ley N° 19.880. En efecto, su objetivo es establecer y regular “las bases de los procedimientos administrativos de los actos de la Administración del Estado”, de manera que si la ley establece procedimientos administrativos especiales, ésta “se aplicará con carácter de supletoria”. Por tal motivo, la jurisprudencia administrativa sistemáticamente señala que “los procedimientos especiales quedarán sujetos supletoriamente a las disposiciones de la referida ley N° 19.880 en aquellos aspectos o materias respecto de los cuales la preceptiva legal no ha previsto regulaciones específicas.”<sup>31</sup>.

Los aspectos descritos son relevantes al momento de definir qué es lo realmente supletorio. Como se ha podido apreciar, por mandato constitucional (art. 7° y 63 N° 18), la existencia de un régimen jurídico común y básico es el que se exige para la dictación de los actos de la administración, de manera que las regulaciones sectoriales que regulan procedimientos (destinados a la dictación de un acto administrativo) invisten la calidad de especiales frente a la Ley N° 19.880, que tiene por esencia una finalidad supletoria.

Definido el marco conceptual de la Ley de Procedimiento Administrativo, nos referiremos ahora a los alcances y efectos del principio de publicidad y la aplicación de la LAIP.

### **III. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA PUBLICIDAD.**

#### **A. Fundamento.**

Uno de los temas esenciales en el funcionamiento de los sistemas democráticos es el establecimiento de reglas básicas de control institucional, pero también de aquellas que

---

<sup>29</sup> Menéndez, Rodríguez-Chaves, Chinchilla, ob. cit., p. 24.

<sup>30</sup> Este criterio ha sido desarrollado por nosotros en *Procedimiento Administrativo*, ob. cit. En el Derecho español las reconocidas monografías de Ponce Solé, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid 2001, *passim*, en especial pp. 208 y sgts y 569; Tomás Mallén, B., *El derecho fundamental a una buena administración*, INAP, Madrid, 2004, en especial pp. 110 a 148.

<sup>31</sup> Ver dictámenes N°s 20.119, de 2006 y 39.348, de 2007, 64972 y N° 64.990, de 2009, entre otros.

Sin embargo, la propia jurisprudencia administrativa, dictamen N° 64580, de 2009, ha precisado que “es también importante tomar en consideración que la aplicación supletoria de las reglas de la ley N° 19.880 debe hacerse de un modo que ella sea conciliable con las peculiaridades del respectivo procedimiento especial, lo cual importa que la misma no puede obstar a la adecuada realización de las actuaciones necesarias para el cumplimiento de las finalidades específicas que la ley intenta lograr mediante tal procedimiento.”.

no lo son y que se ubican en el ámbito del escrutinio público que realizan los ciudadanos a sus autoridades<sup>32</sup>.

El acceso a la información administrativa es una de las áreas en donde se ha puesto énfasis, en particular aquella que ha provenido de los procesos de modernización del Estado, pues constituye un poderoso elemento de control y en términos más amplios de seguridad jurídica<sup>33,34</sup>.

Esta forma de concebir la publicidad de la actividad estatal es la única que la hace compatible con la lógica de un Estado democrático que exige de sus autoridades y organismos actuar no sólo de conformidad a la ley, sino que a los programas por el diseño institucional propuestos, de manera que sea posible la deliberación pública como espacio de legitimidad y garantía de las competencias públicas y la protección de derechos.<sup>35 36</sup>

---

<sup>32</sup> Como sostiene Harlow, C., Rawlings, R., *Law and Administration*, Cambridge University Press, 3th edn, 2009, p. 46, se ha ido produciendo un cierto consenso en que el Derecho Administrativo no sólo se puede ver desde la perspectiva de la contienda entre la administración y el ciudadano, tan bien reflejada en la contienda contenciosa administrativa (en la tensión sobre la legalidad y sus alcances) (denominada Red Light Theory), o desde la perspectiva de los resultados de prestación, reflejado en el debate del servicio público (la condición prestacional amplia y directa del Estado), sino que también es necesario dimensionarlo sobre cierto consenso de los valores que concurren en las regulaciones de las administraciones y representadas por el Derecho Administrativo (denominada Green Light Theory). Estos se traducen en una trilogía de valores: Transparencia, participación y accountability (rendición de cuentas), que se reflejan en la expresión “buena gobernanza”.

<sup>33</sup> El cúmulo de intentos normativos encaminados en esa dirección revela la cantidad de materias que tratan de ser abordadas, como son las cuestiones sobre transparencia, probidad, calidad de la política y modernización del Estado. Así se ha introducido por ejemplo: el proyecto de ley para regular el lobby (Boletín 3407-07); la puerta giratoria (revolving door) (Boletín 4186-07); la protección de la denuncia responsable (Boletín 4722-06); la probidad administrativa (Ley N° 19.653); el Sistema de Compras y Contratación Pública (Ley N° 19.886); inhabilidades parlamentarias (Boletín 4716-07); reforma a la Ley de Gasto Electoral (Ley N° 19.884); prohibiciones al Intervencionismo Electoral del Estado (Boletín 4716-07 y 4724-06); Sistema de Alta Dirección Pública (Ley N° 19.882); Regulación del Procedimiento Administrativo (Ley N° 19.880); Modernización de la Contraloría General de la República (Boletín 4716-07); Sistema de Auditoría General de Gobierno (Boletín 3937-06); Agencia de Calidad de las Políticas Públicas; la reforma Constitucional que incorporó el nuevo artículo 8° (Ley N° 20.050); el Instructivo Presidencial N° 8 de 2006, y la Ley de Acceso a la Información Pública. Con anterioridad se habían introducido los artículos 13 y 14 de la LOCBGAE que regulaban el acceso a la información pública y el Decreto Supremo 26 de 2001.

<sup>34</sup> Como señala Kant *Hacia la Paz Perpetua. Un esbozo filosófico*, (Edición de Jacobo Muñoz), Biblioteca Nueva, Madrid, 1999, pp. 127 y 128, existe una fórmula trascendental en el Derecho público que supone la siguiente proposición: Son injustas todas las acciones que se refieren al derecho de otros hombres cuyos principios no soporten ser hechos públicos. Lo anterior supone que no sólo es una mera regla ética, sino que ante todo un mandato jurídico para el Estado

Concretamente señala Kant, id., que “Porque una máxima que no se puede manifestar *en alta voz* sin arruinar al mismo tiempo el propio propósito, que debería, por tanto, permanecer *secreta* para poder prosperar y a la que no se puede *reconocer públicamente* sin provocar indefectiblemente la oposición de todos”.

<sup>35</sup> Como termina de señalar Kant, ob. cit., p. 133, existe un principio trascendental positivo del derecho público, cuya fórmula es: “Todas las máximas que *necesitan* de la publicidad (para no fracasar en sus

Pero además, la información no sólo ha demostrado ser fundamental en el funcionamiento de los procesos deliberativos, en tanto presupuesto de la participación ciudadana y el autogobierno democrático, sino que también forma parte indispensable de la estructura decisional individual. Tal como ha sido expuesto por las escuelas económicas, el modelo de acción racional y las decisiones individuales suponen grados determinados de información que obren en manos de los sujetos. Ello permite tomar decisiones privadas y públicas razonables y adecuadas, así como también permite su control.

De ahí que los mercados necesiten para funcionar adecuadamente, niveles óptimos de información, y en su ausencia, se regule públicamente la presencia de fallas o asimetrías de información (fallas de mercado). En estos casos, la mayoría de las veces, el Estado impone deberes de revelación de información, cuando el interés público lo exige, sea por la vía de la regulación directa, mecanismos de mercado o autorregulación.

La información, por lo tanto, tiene un carácter complejo. Aparece en múltiples escenarios. Alimentos, productos farmacéuticos, productos peligrosos, defensa, medio ambiente, campañas electorales, medios de comunicación, etc. La información muchas veces ha sido vista como un bien público, por lo que –razonablemente- debe ser provista por el Estado (sea directa o indirectamente); otras veces como “bien solidario”, es decir como un bien de aquellos cuyo beneficio social es directamente proporcional al número de personas que lo posee, y las más de las veces como un bien, como cualquier otro, con valor de cambio transable y sujeto a las leyes del mercado.

Las instituciones más fundamentales de nuestra vida común, por lo tanto - la democracia y el mercado – suponen para su funcionamiento determinados niveles y calidades de información como condición necesaria para la operatividad de sus intercambios. Ella resulta esencial, como decimos, para el autogobierno democrático, para promover la participación, valores compartidos, la cohesión social y para el escrutinio y el control público de las autoridades (accountability). De ahí también la importancia del expediente administrativo (LBPA) para esos fines.

En efecto, existe bastante consenso en la literatura que la demanda por Gobiernos Transparentes responde a dos ideas básicas: (a) *restaurar la confianza pública*, en la medida que la información proporcionada incrementa la educación de los ciudadanos, haciendo

---

propósitos) concuerdan con el derecho y la política a la vez.” Puntualmente indica que “Si únicamente por medio de la publicidad es como se puede lograr su fin, lo es porque se adecuan al fin general del público, y la tarea propia de la política es estar de acuerdo con ese fin (hacer que el público esté contento con su situación). Pero si sólo puede lograrse ese fin, mediante la publicidad, esto es, mediante la eliminación de toda desconfianza respecto de las máximas, éstas tienen que estar también en concordancia con el derecho del público, pues sólo en el derecho es posible la unión de los fines de todos”.

<sup>36</sup> Como sugiere Austin, “The Freedom of Information Act 2000: A sheep in wolf’s clothing? in *Changing Constitution*, 6th edn, 2007, p. 47, el Gobierno sólo podría ser verdaderamente democrático y accountable si los ciudadanos tuviesen un significativo derecho a la participación en el proceso de toma de decisiones que los afecten, pero además tuviera amplio acceso a la información gubernamental.

de ellos sujetos con condiciones para exigir una demanda adecuada para la calidad de los servicios provistos por el Estado y sus organismos; (b) *tener más y mejores vigilantes de la actividad gubernamental*, en la medida que amplía las posibilidades de disponer de otros sujetos que controlen la actividad pública, diferente a las clásicas instituciones del control público<sup>37</sup>.

Por este motivo el argumento central tras la transparencia y la publicidad de la información pública está asociado a la promoción de buenos Gobiernos. En ese contexto, y asumiendo que la publicidad de la información en poder del Estado es una de las ideas esenciales de la calidad del sistema democrático, la experiencia comparada demuestra que los países establecen los criterios tras la publicidad desde las diversas prioridades nacionales. Así, por ejemplo, algunos países privilegian instrumentos que buscan tener gobiernos más abiertos sujetos al escrutinio público en la idea de luchar contra la corrupción (p.e. Corea, México). Otros colocan los énfasis en hacer un Gobierno más amigable y accesible en orden a mejorar la prestación de los servicios públicos (p.e. Dinamarca), mientras que algunos buscan mejorar la actividad gubernamental en orden a ser más inclusivos en la elaboración de la política pública (p.e. Canadá y Finlandia). En otros términos hay buenas razones para promover la existencia de Administraciones Públicas transparentes, en la medida que contribuyen a la expansión de los valores de la democracia y por el impacto económico que tienen los desempeños de los Gobiernos<sup>38</sup>.

## **B. Las leyes de acceso a la información pública: Uno de los instrumentos para Administraciones Públicas Transparentes. El contexto con las Leyes de Procedimiento Administrativo.**

Las leyes de acceso a la información pública son sólo uno de los instrumentos sobre los cuales se estructuran las denominadas políticas de transparencias, en las experiencias comparadas<sup>39</sup>.

En efecto, estas son una precondition esencial para el establecimiento de escrutinio público y la apertura de un bloque de regulaciones destinadas al mejoramiento del desempeño de las Administraciones públicas.

Sin embargo, y con el objeto de apreciar en perspectiva la existencia de las mismas, el establecimiento de ellas ha sido explosivo sólo en la última década. Según los estudios

---

<sup>37</sup> OCDE, *Modernising Government. The Way Forward.*, OECD Publishing, 2005, pp. 30 y 31.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>39</sup> Se consideran como parte de este tipo de instrumentos el establecimiento: (a) en las Leyes de Procedimiento Administrativo de reglas de participación de los interesados; (b) el establecimiento de cartas de servicios públicos; (c) reglas de simplificación de trámites; (d) reducir las barreras y disponer de incentivo a la inclusión; (e) acceso y comunicación con las Administraciones Públicas mediante sistemas online (e-government); (f) normas de participación de los interesados en los procedimientos reglamentarios; (h) ampliar las hipótesis de consulta pública; (i) asegurar robustos sistemas de auditoría o control externo; (j) establecimiento de la figura del Defensor del pueblo o similares; (k) Mejorar los sistemas de escrutinio del Congreso al Ejecutivo.

comparados, considerando sólo países OCDE, al año 1980 sólo 8 países disponían de leyes de este tipo. En cambio, al año 2004 el 90% de esos países disponían de normas de acceso a la información pública. Al año 2009 100% de ellos disponen de regulaciones de éste estilo.

Las leyes de transparencia y acceso a la información están construidas sobre una matriz semejante, otorgarle el derecho a los ciudadanos de acceder a la información que se encuentra en poder del Estado, sin imponer exigencia mayores para acceder a su contenido. El objeto de las leyes de acceso a la información es proveer de mecanismos que garanticen dicho acceso, salvo en las materias en donde la Constitución y la ley señala que existe un genuino interés para proteger la confidencialidad de determinada información, según su contenido o momento, y la protección de la privacidad de los ciudadanos<sup>40, 41</sup>

**Marco regulatorio en materia de acceso a la información, procedimiento administrativo y privacidad**

<b>País</b>	<b>Ley de Acceso</b>	<b>Ley de Procedimiento Administrativo</b>	<b>Protección de la privacidad</b>
Australia	1982. Freedom of Information Act.	2000 (1977, 1975) Administrative Reform Act.	1988. Privacy Act.
Austria	1987. "Auskunftspflichtgesetz" <sup>42</sup>	1991. General Law on Administrative Procedure.	1999 (1987, 1978). Data Protection Act.
Bélgica	1994. Law on Openness of the administration	S/I	1992. Law on the Protection of Private Life Regarding the Processing of Personal Data.
Canadá	1982. Access to information Act		1982. Privacy Act
Chile	2008 (2005). Ley N° 20.285.	2003. Ley N° 19.880	1999. Ley de Protección de datos personales.
República Checa	1999. Act on Free Access to Information	1967. Act on Administrative Procedure	1992. Data Protection Act

---

<sup>40</sup> Ibidem, p. 37; Fernández Ramos, S., *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, 1997, p. 23

<sup>41</sup> Como indica Razquin y Ruiz De Apodaca, *Información, Participación y Justicia en materia de Medio Ambiente*, Aranzandi, 2007, "la regla general [en esta materia] es el suministro de la información, sin que el público tenga que invocar un interés en particular, por lo que la solicitud de información sólo puede ser denegada por motivos tasados, a interpretar de forma restrictiva, que responden bien a su inadecuación o a que su divulgación pueda tener efectos desfavorables en otros bienes protegidos".

<sup>42</sup> Obliga a las autoridades federales a responder las preguntas de los ciudadanos, pero no otorga derecho de acceso a la documentación administrativa.



Dinamarca	1998 (1993, 1991, 1985, 1970). Act on Access to Public Administrative Files	1985. Law on Administrative Procedures.	2000 (1987, 1978). Law on Processing Personal Data.
Finlandia	1999 (1951). Act on Openness of Government Activities (Publicity of Official Document Act)	1982. Administrative Procedure Act.	1999 (1987) Data Protection Act (Personal Data Act).
Francia	1979 (1978). Law N° 79-583 (Law N° 78 – 753 on access to administrative documents).	1979. Law on the justification for administrative acts.	1978. Act on Processing, data Files and Individual Liberties.
Alemania	2005. Freedom of information law	1976. Act on Administrative Procedure.	1990 (1977). Federal data Act.
Grecia	2000 (1986) Right Access to Administrative Document.	1999. Law N° 2690/1999. Code on Administrative Procedure.	1997. Law N° 2477/1997 on the Protection of Individuals with Regards to the Processing of Personal Data.
Hungria	1992. Act LXIII on the Protection of Personal Data and the Publicity of Personal data of Public Interest. (Combined FOI and Data Protection Act).	1991 (1957). General Rules of State Administration Procedures Act (XXVI).	1992. Act LXIII on the Protection of Personal Data and the Publicity of Personal data of Public Interest. (Combined FOI and Data Protection Act).
Islandia	1996. Information Act.	1993. Administrative Act.	1989. Act concerning the registration and handing of personal Data.
Irlanda	1997. Freedom of Information Act.		1988. Data Protection Act.
Italia	1990. Act N° 241 on Access to Administrative Documents	1999 (1990). Administrative Procedure Law.	1997; 1996. Processing of Personal Data/ Protection of individual and other subjects with regard to the Processing of Personal Data Act.
Japan	1999. Law Concerning Access to Held by Administrative Organs	1994. Administrative Procedure Act.	2005. Act for Protection of Personal Information Held by Administrative Organs.
Korea	1996. Act on Disclosure of Information by Public Agencies.	1996. Administrative Procedure Act.	1999. Act on Promotion of Utilisation of

			Information System and Protection of Information.
Luxemburgo	No hay ley.	1978. Act on Administrative Procedures	1979. Act 30.03 on the Identification of Physical and Legal. Act. 31.03 on Use of Nominal Data in Data Processing.
México	2002. Federal Transparency and Access to Public Government Information Law.	1995. Federal Law on Administrative Procedure.	No hay norma específica, salvo la Constitución y el Código Penal.
Holanda	1998 (1992, 1980, 1978). Government Information Act.	1998. General Administrative Procedural Law Act.	2001 (1988). Personal Data Protection Act.
Nueva Zelanda	1982. Official Information Act.	2001. Administration Amendment Act (Administration Act).	1994 (1993). Privacy Amendment Act (Privacy Act).
Dinamarca	1970. Freedom of Information Act.	1970. Public Administration Act.	2000 (1978). Act N° 31 on the Processing of Personal Data (Act on Personal Data Registers).
Polonia	2001. Law on Access to Public Information.	1999 (1960). Act on Administrative Proceedings Code.	1997. Law on the Protection of Personal Data.
Portugal	1993. Law N° 65/93	1976. Code of Administrative Procedure	1998. Law N° 67/98 on the Protection of Personal Data.
Eslovaquia	2000. Act on Free Access to Information.	No hay	2002 (1998). Act N° 428 on personal Data Protection.
España	1999 (1992). Law N° 29/1998 modif. LRJAPC	1992 (1958). LRJPAC	1999 (1992) Personal data Act.
Suecia	1994. Freedom Information Act.	1998. Government Public Administration Bill.	1998 (1994, 1973) Personal data Act.
Suiza	2004. Freedom of Information Act.	1968. Federal Act on Administrative Procedure	1992. Data Protection Act.
Turkia	2003. Law on the right to information	S/I	S/I
Reino Unido	2000. Freedom Information Act.	2000. Code of practice on written consultation	1998 (1994). Data Protection Act.
EEUU	1996 (1966). Freedom Information Act.	1946. Administrative Procedure	1974. Privacy Act.

Fuente: OECD, 2005, actualización propia.

Sin embargo, un aspecto que inevitablemente llama la atención es que las Leyes de Acceso en la mayoría de las ocasiones han sido posteriores a las Leyes de Procedimiento Administrativo y, en algunos casos, coetáneas o posteriores a las Leyes de Protección de la Privacidad.

Esta cuestión resulta fundamental al momento de verificar la relación entre la LBPA y la LAIP. En buena parte de los países que dispusieron de leyes de procedimiento administrativo, fueron estas las que establecieron el derecho de acceso a la información que se encontraba en manos del Estado, considerando, especialmente, el derecho de los interesados para acceder al expediente administrativo con el objeto de hacer efectivos sus derechos. Sin embargo, entre nosotros la regulación de acceso a la información pública fue anterior (1999) a la de procedimiento administrativo (2003), por lo que ésta última considero el marco regulatorio existente<sup>43</sup>.

Esta cuestión es determinante para resolver los eventuales conflictos interpretativos, entre la aplicación de una u otra ley, o bien la opción por un sistema de interpretación integrado.

A continuación, aclarada las relaciones de las leyes de procedimiento administrativo con las leyes de acceso creemos indispensable, para arribar a las conclusiones del presente informe, analizar los momentos del acceso a la información pública entre nosotros y especialmente cuáles pueden ser las claves interpretativas de cada una de estas etapas.

#### **IV. MOMENTOS DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN EL DERECHO CHILENO.**

##### **A. Primer Momento: El Fundamento.**

La doctrina nacional sostuvo históricamente que el problema de la publicidad en los actos de Administración del Estado, o los actos administrativos propiamente tales, o en términos más genéricos, el problema de todo tipo de actos estatales, no fue abordado diáfananamente desde el punto de vista de la publicidad del mismo. Se afirmaba que si los particulares, o en términos más específicos, los administrados, tienen derecho a saber lo que el Estado hace, y lo que de mayor o menor manera se proyecta respecto de ellos, ya generándoseles derechos, ya creándoseles obligaciones, es indudable que para los efectos de que tales particulares puedan hacer uso de los derechos que legítimamente contempla la ley, para que puedan reclamar de la eventual ilegitimidad de tales actos, es necesario que puedan conocerlos en su oportunidad<sup>44</sup>.

Por tal motivo se indicaba que era necesario emplear una premisa muy clara y definida. La reserva y el secreto sólo pueden justificarse cuando razones excepcionalísimas así lo abonan y ello debe ser consecuencia de texto expreso de ley. Por lo tanto, se sostuvo

---

<sup>43</sup> Así lo refleja el artículo 16, en su redacción original, y el artículo 17 letras a) y d) de la LBPA.

<sup>44</sup> Ver Silva Cimma E., *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Principios fundamentales del Derecho Público y Estado Solidario*, Editorial Jurídica de Chile, 1996, p. 133.

que si no existía texto de una ley, debía llegarse a la conclusión de que el acto habrá de remitirse a la norma general, que es la de su publicidad<sup>45</sup>.

Así, se concluía, que para que se admitiera la posibilidad de reserva o la posibilidad de secreto en el campo de la Administración del Estado o del servicio público en términos amplios, tal principio sólo ha de atribuirse a texto expreso de ley. A falta de texto expreso se debía sostener la tesis categórica de que prevalecía el acto esencialmente público, como una consecuencia de que la Administración del Estado tiene en los términos más absolutos y en las distintas posibilidades de actuar del Estado, tanto en el campo legislativo como el ejecutivo, judicial o en el control, la característica genuina y fundamental de la publicidad. En suma, la excepción de reserva sólo se admitía a texto expreso de ley<sup>46</sup>.

Pero pese a ésta insistencia en doctrina, el secretismo de la Administración se mantuvo sin vacilaciones, sobre todo por la inexistencia de mecanismos que permitieran hacer efectiva la publicidad.

En efecto, un aspecto que ilustra adecuadamente esta situación era la redacción de antiguo de las obligaciones funcionarias y que la actual letra h) del artículo 61 del Estatuto Administrativo, que señala como obligación de cada funcionario el “guardar secretos en los asuntos que revisten el carácter de reservados en virtud de la ley, del reglamento, de su naturaleza o por instrucciones especiales”<sup>47</sup>.

En consecuencia, hasta antes de la primera regulación positiva en la materia en el año 1999, se aceptaba que sólo la ley podía decretar el secreto o reserva de la información que se encontraba en poder del Estado. El principal inconveniente fue la inexistencia de mecanismos para exigir la transparencia de la función pública, tema que se abordará recién a partir del precitado año, como veremos, pero además existía un marco regulatorio funcionario proclive a la opacidad.

## **B. Segundo Momento: La Ley de Probidad Administrativa. La Distinción entre Secreto y Causales de Denegación de la Información.**

### **1. Contenido y alcance. La regulación de la Ley N° 19.653, de Probidad Administrativa.**

La regulación original establecida mediante la Ley 19.653<sup>48</sup>, significó la distinción de dos órdenes de publicidad: (a) la primera referida a la publicidad del “acto administrativo y sus documentos que sirven de sustento directo y esencial”; (b) la

---

<sup>45</sup> Idem.

<sup>46</sup> Idem.

<sup>47</sup> Como sostenía Weber, el modelo de administración burocrática, se funda en el secreto y el control de la información, como fuente de dominación. Argumentaba que “el gobierno burocrático es, por su misma tendencia, un gobierno que excluye la publicidad”.

<sup>48</sup> Ley que modificó la LOCBGAE.

segunda, se refirió a la distinción entre causales de secreto o reserva, de aquellas que implicaban denegación de la información por razones de oportunidad.

En efecto, el artículo 13 luego de declarar como principio la transparencia, señaló explícitamente en su inciso 3°:

Son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración de Estado y los documentos que les sirven de sustento directo y esencial.

La literatura señalaba que el derecho supone el acceso a la información plasmada en actos y documentos, es decir, en soportes físicos de cualquier clase, de modo que no es un derecho de acceso a la noticia como regularmente se cree<sup>49</sup>, sino de un acceso directo a la información misma en manos de la Administración<sup>50</sup>.

De conformidad a la ley el derecho consistía en que los ciudadanos tenían acceso a los actos administrativos y a los documentos que le servían de sustento o complemento directo y esencial. Esta publicidad se extendía a los informes y antecedentes de las empresas privadas que prestaban servicios de utilidad pública y aquellas en que el Estado tenía participación, siempre que fueran de interés público y que la divulgación de dicha información no afectara el funcionamiento de la empresa.

Así, dos eran los objetos del derecho. En primer lugar, los actos administrativos que siempre serán públicos, y en segundo lugar, los documentos que le sirvan de sustento o complemento directo y esencial.

Desde ese momento, la jurisprudencia administrativa comenzará a interpretar consistentemente que sólo se podía tener acceso a los documentos si se dicta el acto administrativo que compete, lo que suponía que mientras no se dictara el acto terminal el derecho de acceso no se perfeccionaba<sup>51</sup>.

Dicho de otro modo, en este segundo momento, no hay garantía de acceso a la información en general, salvo que esta se encuentre asociada a un acto administrativo y su procedimiento.

---

<sup>49</sup> Fernández González, M. A., 'El principio de publicidad administrativa', en la *Administración del Estado de Chile 1990 – 2000* (Coord. Rolando Pantoja Bauzá), Edit. Jurídica Conosur, p. 735.

<sup>50</sup> Cordero Vega, L., *Procedimiento Administrativo*, Lexis Nexis, 2003.

<sup>51</sup> Dictamen N° 2420, de 2004. Específicamente el caso de pronuncia en torno a un proceso licitatorio. Sostiene que "las ofertas técnicas y económicas presentadas por los participantes en una licitación no constituyen actos administrativos, pero sirven de antecedente para la dictación del decreto o resolución que adjudique la propuesta y, como tales, son documentos que pueden ser conocidos por quienes tengan interés en ellos. Sin embargo, de acuerdo a la (ley), los interesados pueden tener acceso a esos instrumentos una vez que se haya dictado el acto administrativo que complementan, esto es, en el caso que interesa, una vez que la Administración del Estado haya adjudicado la licitación respectiva, pues sólo a partir de ese momento existirá un acto".

## 2. Los legitimados. El derecho acceso y el derecho a conocer, como hipótesis diferentes.

Por otro lado, el sujeto activo del derecho la ley lo denominaba “interesado”. Sin embargo, no se exigía legitimación de ninguna naturaleza para acceder al derecho, en la misma línea de la totalidad de la regulación comparada. La jurisprudencia administrativa consideró que la denominación “interesado” aplicable a este derecho debía ser comprendida en términos amplios, y no reducido a quienes tenían un “interés actual y económico en los documentos que solicita a la Administración”, toda vez que entenderlo en dicho sentido “es contrario al principio de publicidad”, que busca “proteger de manera más estricta el principio de probidad administrativa”, de manera que “cualquier interpretación que restrinja el alcance del deber de transparencia normativamente establecido, más allá del texto expreso de la ley, resulta en una contradicción con la finalidad del legislador”<sup>52</sup>.

Desde esta perspectiva, interesado, para el *derecho de acceso* a un procedimiento finalizado, era equivalente a cualquier persona o tercero ajeno a un procedimiento administrativo. Sin embargo, si la persona tenía la calidad de interesado, pero ahora de conformidad a lo establecido en el artículo 21 de la LBPA, y así lo acredita, tiene *derecho a “conocer”* de conformidad al artículo 17 letra a) de la LBPA, lo que supone la obtención de copia de documentos que rolan en el expediente administrativo sin esperar su término, toda vez que en esta última calidad se tiene derechos dentro del procedimiento, de manera que el conocimiento es consecuencia del principio de la contradicción o el derecho a formular alegaciones<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> Dictamen N° 43688, de 2001. En el mismo sentido, dictamen N° 58015, de 2004 y STC Rol N° 634.

<sup>53</sup> La CGR, mediante dictamen N° 55331, de 2004, señaló que “el legislador distingue entre el conocimiento de los documentos que integran un expediente destinado a producir un acto administrativo, por una parte, y el acceso a los actos administrativos terminales, por la otra, en términos tales que se ha previsto una regulación distinta para cada uno de estos dos casos. Así, conforme los artículos 17 letra a) y 21 de LBPA, se confiere específicamente a quienes tengan la condición de “interesados” en un procedimiento administrativo, el derecho a tomar conocimiento del estado de la tramitación del procedimiento, en cualquier momento, aun antes de haberse dictado el decreto o resolución pertinente. este derecho envuelve, por expresa disposición de la ley, la facultad de obtener copia autorizada de aquellos instrumentos asentados en el expediente destinado a producir un acto administrativo terminal. Los artículos 13 de LOCBGAE y 16 y 17 letra d) de la LBPA, regulan la transparencia y publicidad de los actos administrativos y la de los documentos que le sirvan de sustento o complemento directo y esencial. Para ello, el ordenamiento jurídico otorga en general a las personas, incluidos los terceros ajenos al procedimiento que les dio origen, el derecho a acceder a los actos administrativos cuya tramitación se encuentre finalizada, contemplándose, en el inciso 11 del artículo 13, las únicas causales en cuya virtud la autoridad administrativa puede denegar la entrega de la información requerida. Consecuentemente, en virtud del principio de transparencia establecido en los artículos 13 de la LOCBGAE y 16 de la LBPA, cualquier persona puede, por regla general, acceder a los actos administrativos una vez que se encuentren totalmente tramitados, en tanto que los “interesados” en un procedimiento administrativo pueden obtener copia autorizada de los documentos que rolan en el expediente respectivo, si acreditan esa calidad acorde con el artículo 21 de la LBPA”. En el mismo sentido Vid. Dictamen N° 10025, de 2005.

### 3. Distinción entre secreto o reserva y causales de denegación.

Finalmente, la ley estableció expresamente cuales eran las causales en virtud de las cuales se podía denegar la entrega de los documentos o antecedentes requeridos, distinguiendo, como lo hacía el derecho comparado, entre la causal de secreto o reserva (letra a), de aquellas que implicaban denegación por oportunidad o protección de terceros (letras b, c, d y e)<sup>54</sup>.

En efecto, las causales de denegación señaladas por la ley eran:

- (a) Reserva o secreto establecido en disposiciones legales o reglamentarias. El inciso final del art. 13 mandataba a la existencia de uno o más reglamentos que determinaran los casos de reserva o secreto de la información;
- (b) Que la publicidad impida o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido<sup>55</sup>;
- (c) Oposición deducida en tiempo y forma por los terceros a quienes se refiere o afecta la información contenida en los documentos;

---

Sin embargo, esta distinción es desconocida por el propio ente contralor cuando, en recurso interpuesto ante ella, niega el derecho a conocer a un “interesado” basado en la circunstancia que “aún no se ha expedido un acto administrativo decisonal, y, por lo tanto –afirma- no corresponde entregar antecedentes que esta Entidad Fiscalizadora deberá ponderar en la elaboración de dicha determinación”. Dictamen N° 21071, de 2005.

Lo que técnicamente sucede en este último caso, es que Contraloría aplica durante el trámite dictaminación el estándar y tramitación de acceso a la información (simples interesados), desconociendo por esa vía la garantía que dispondría el interesado legítimo en un procedimiento administrativo.

<sup>54</sup> Vid. En ese sentido Fernández Ramos, S., *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, 1997 y Kranenborg, H - Voermans, W, *Access to Information in the European Union. A Comparative Analysis of EC and Member State Legislation*, Europa Law Publishing, 2005.

Esta cuestión es relevante, pues salvo la Ley Mexicana la mayoría de los sistemas comparados distinguen las hipótesis de denegación de secreto o reserva, de aquellas que implican ponderación, como de las que suponen denegación de acuerdo al momento.

En efecto, se pueden distinguir en términos comparados excepciones a la publicidad de carácter imperativo (la ley establece el secreto o reserva), excepciones que exige una ponderación de intereses (protección de derechos), excepciones sujeta a doble ponderación (información de uso interno o que contengan opiniones preliminares de la agencia).

<sup>55</sup> Al respecto la jurisprudencia administrativa ha señalado que “la atención por parte del servicio de requerimientos de información que revistan carácter genérico o que se refieran a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes, en el marco de la normativa indicada, y de su operatividad, no puede importar que la entidad pública llegue a distraer irracionalmente a sus funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales, entorpeciendo el debido ejercicio de sus funciones propias, en términos de afectar la recién aludida obligación y principios establecidos en el artículo 3° de la LOCBGAE”. En tales condiciones, la CGR concluye que “si del examen de la petición, que se efectúe por el jefe del servicio, aparece fundadamente que la misma adolece de falta de precisión o dice relación con un número de actos administrativos, o sus antecedentes, de tal entidad que determine que darle curso afectará seriamente el desempeño de las funciones propias del órgano, éste no se encuentra obligado a proporcionarla”. Dictámenes N° 21023 y 43688, de 2001. En el mismo sentido dictamen N° 32013, de 2005.

(d) La divulgación o entrega de los antecedentes requeridos afecte sensiblemente los derechos o intereses de terceras personas<sup>56</sup>, y

(e) Que la publicidad afecte la seguridad de la nación o el interés nacional.

La razón de distinguir entre el secreto y la reserva de las demás causales de denegación, es que la primera respondía a un objetivo de protección *per se* de determinados asuntos de manera que siempre debían estar a resguardo del conocimiento público. En cambio, las demás causales de denegación respondían a un criterio de protección contingente, sujeto a un juicio de ponderación por parte de quien tiene la potestad para decidir su acceso, por lo que la denegación debe ser evaluada caso a caso.

### **C. El Tercer Momento: La Ley de Probidad Administrativa y La Dictación del Decreto Supremo N° 26, de 2001.**

Como consecuencia del contenido y redacción del inciso final del art. 13 de la LOCBGAE<sup>57</sup> el Ejecutivo dictó el Decreto Supremo N° 26, de 2001<sup>58</sup>, en virtud del cual reglamentaba *los casos de secreto y reserva de los actos y documentos*, y que permitía a los Jefes Superiores de Servicio dictar resoluciones exentas en virtud de las cuales declaraban qué actos y documentos debían tener tal calidad y en dicha virtud quedar excluidos de la publicidad.

Como se sabe, la norma fue tempranamente cuestionada pues excedía el ámbito de la competencia legal en la medida que establecía causales nuevas para impedir el acceso a la información más allá de las señaladas por la ley<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> En este sentido la jurisprudencia administrativa indicaba que “cuando una información no se encuentra a disposición del público en forma permanente, la autoridad puede demorar o rechazar un requerimiento de información si, una vez analizados los antecedentes, concluye que la divulgación puede comprometer los derechos o intereses de terceros. Para estos fines, la ley distingue dos formas de proteger a esos terceros: una simple, regulada en los incisos sexto, séptimo y octavo del art. 13 de la ley 18575 y otra calificada. La forma simple determina que si la autoridad considera que la información puede afectar a terceros, debe comunicar a estos, la facultad que les asiste para oponerse a la entrega de los documentos solicitados. Si los terceros ejercen su derecho de oposición en tiempo y forma, el órgano requerido queda impedido de proporcionar la documentación o antecedentes solicitados, salvo resolución judicial en contrario conforme al procedimiento establecido en el art. 14 de la misma ley 18575, en caso de no deducirse la oposición, se entiende que el tercero afectado accede a la publicidad de la información. La forma calificada, está regulada en el inciso undécimo del mismo art. 13, que establece que una de las causales por las cuales se puede denegar la entrega de la información solicitada, consiste en que la divulgación o entrega de ella afecte sensiblemente los derechos o intereses de terceros, según calificación fundada efectuada por el jefe superior del órgano requerido, sin informar ni consultar la opinión de los afectados, caso en el cual, el peticionario puede solicitar que los tribunales de justicia resuelvan el asunto, conforme al aludido art. 14”. Dictamen N° 32013, de 2005.

<sup>57</sup> “Uno o más reglamentos establecerán los casos de secreto o reserva de la documentación y antecedentes que obren en poder los órganos de la Administración”.

<sup>58</sup> D.O. 07.05.2001.

<sup>59</sup> Cordero Vega, L., “Los particulares como sujetos de Derecho Administrativo”, en *Revista de Derecho Público*, V. 64, 2002; Fernández, M., “El principio de publicidad de los actos estatales y de los documentos



La práctica confirmó estas aprensiones. Durante la vigencia del Reglamento los servicios públicos dictaron más de 83 resoluciones exentas que establecían secreto y reserva sobre un conjunto de actos y procedimientos, que se traducían finalmente en la implementación del secretismo, violentando el objetivo original de la regulación.

Dichas resoluciones comenzaron a declarar procedimientos y categorías de actos genéricas como secretas y reservadas, focalizando la mayoría de ellas en procesos de contratación, remuneraciones y procedimientos disciplinarios de diversa índole.

Frente a esta práctica la Contraloría, mediante dictamen N° 49.883 de 4 de octubre de 2004, sostuvo en diversas resoluciones que la Administración “se excede [de] la normativa a los efectos de la declaración de secreto o reserva en otros órdenes de materias”, así como “se fijan materias sujetas a secreto o reserva en términos de tal amplitud que no resulta admisible entenderlas amparadas por la regulación legal y reglamentaria que debe servirles de fundamento”, no advirtiéndose en otras “el fundamento preciso para declarar secretos o reservados determinados documentos”. De esta manera, concluye la Contraloría, estas resoluciones deben ser reexaminadas a la brevedad. Esta circunstancia se tradujo en que el órgano contralor decidiera que en adelante las resoluciones que imponían secreto o reserva debían estar sujetas al trámite de toma de razón, de manera de frenar la tendencia a ejercer las competencias públicas en el ámbito del secreto<sup>60</sup>.

Frente a estas circunstancias, en particular la reacción de los afectados que motivó el dictamen de la Contraloría, el Congreso intervino. Una forma de hacerlo fue a través del proyecto de ley de los HH. Senadores Larraín y Gazmuri<sup>61</sup>, quienes afirmaron que la práctica en la aplicación del Decreto Supremo N° 26 de 2001, había llevado el ejercicio de las competencias al “mantenimiento de la cultura del secretismo”, lo que exigía necesariamente adoptar una decisión legislativa que corrigiera esta práctica administrativa<sup>62</sup>.

De este modo, el Congreso consideró adecuado, en el marco del debate sobre reformas constitucionales incorporar el principio de la publicidad y transparencia en la nueva Carta Fundamental con el objeto de evitar en el futuro abusos en la implementación de una política pública no sujeta a evaluación ni control por parte de los órganos de la Administración activa<sup>63</sup>.

---

y antecedentes en que se fundan”, en “Litigio y Políticas Públicas en Derechos Humanos”, *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Universidad Diego Portales, N° 14, 2002.

<sup>60</sup> Resolución N° 621, D.O. 21.10.2004.

<sup>61</sup> Boletín N° 3773-06, Ley N° 20.285, publicada en el Diario Oficial del 11 de agosto de 2008, conocida como Ley de Acceso a la Información Pública.

<sup>62</sup> Declaraciones de los HH Senadores Larraín y Gazmuri al Diario La Segunda el 16 de diciembre de 2004, p. 47.

<sup>63</sup> En este sentido Fernández, M., “El principio de publicidad de los actos estatales en el nuevo artículo 8° inciso 2° de la Constitución”, en *Reforma Constitucional*, Lexis-Nexis Chile, (Coord. Francisco Zúñiga), 2005, pp. 191 y sgts.

Así, con la entrada en vigencia del nuevo texto constitucional, el Ejecutivo instruyó a los órganos de la Administración para que revisaran las resoluciones que establecían el secreto o reserva con el objeto de adecuarlas al nuevo escenario<sup>64</sup>, para luego derogar el Decreto Supremo N° 26 de 2001, poniendo término así a la práctica del secretismo<sup>65</sup>, decayendo todos los actos administrativos dictados por los autoridades administrativas bajo la vigencia del precitado Decreto.

#### **D. El Cuarto Momento: La Reforma Constitucional de 2005.**

Por las razones expuestas con anterioridad, la publicidad se transformó en un imperativo de intervención de la función estatal, materializada hoy en una cláusula explícita de la Carta Fundamental.

Artículo 8°, inciso 2°. Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

Para poder determinar el sentido adecuado de su contenido y redacción es necesario realizar las siguientes precisiones.

La norma establece que existen causales tratadas constitucionalmente que permiten restringir la publicidad de los “actos” estatales sólo por razones de “secreto o reserva”, estableciendo causales de legitimación para denegar esa información, pero con límites. Estos límites son: cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento del funcionamiento de dichos órganos (1), los derechos de las personas (2), la seguridad de la Nación (3) o el interés nacional (4).

Lo que establece la Carta Fundamental no es el acceso a la información en general sin limitaciones. La Constitución se encuentra estructurada sobre la base del ejercicio de las competencias constitutivas de potestades públicas. En efecto, el objetivo de la reforma constitucional fue constitucionalizar la regulación vigente<sup>66</sup>, prohibiendo la posibilidad de declarar el secreto o reserva de los actos de la Administración mediante un acto diferente a una Ley de Quórum Calificado. La práctica abusiva del DS N° 26, como se explicó, fundó esta reacción, y por tal motivo su estricta regulación constitucional, más no la alteración del objeto de la publicidad para el caso de la Administración. De ahí que tras la reforma constitucional lo que terminó pugnando con el texto constitucional fue la posibilidad de secreto o reserva mediante acto administrativo en el artículo 13 de

---

<sup>64</sup> Oficio N° 925/2005, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

<sup>65</sup> Mediante Decreto Supremo N° 134, de 12 de diciembre de 2005, publicado en el D.O el 05.01.2006.

<sup>66</sup> Sin embargo, es necesario detenerse en que luego de la reforma constitucional de 2005 la causal de denegación general es el “secreto o reserva”, que tiene fundamentos concretos. El constituyente confundió de esa forma las causales de secreto o reserva, de las de denegación de la información como lo hace el derecho comparado y la antigua regulación de la LOCBGAE. No obstante la Ley de Acceso a la Información Pública trata de corregir parcialmente esta confusión al conferir algún sentido a las causales de denegación en el art. 21.

la Ley N° 18.575, y no el objeto de la publicidad, tal como lo declaró el Tribunal Constitucional<sup>67</sup>.

La Constitución establece como principio matriz la publicidad de los actos estatales y sus fundamentos, es decir el acceso pleno a los mismos por parte de todos los ciudadanos, lo que no significa toda la información, sino que aquella que se traduce en “actos y resoluciones”, así como “sus fundamentos y procedimientos”. Así, la Carta Fundamental impone condiciones limitadas para impedir el acceso a la información, limitaciones que requieren del cumplimiento de exigencias constitucionales que deben ser interpretadas restrictivamente. Si bien es posible que existan normas legales previas a la reforma constitucional que impongan el secreto o reserva de determinados actos estatales, estas normas, para que mantengan su validez, deben ser interpretadas conforme a la Constitución y para situaciones precisas y concretas, de manera de impedir que se construyan argumentos hipotéticos que inviertan el mandato constitucional.

El Tribunal Constitucional ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre los criterios formales sobre los cuales se encuentra constituido el principio de transparencia en la Constitución, tal como lo hemos señalado.

Concretamente ha indicado<sup>68</sup> que:

Decimotercero: Que, como se ha recordado, el inciso segundo del artículo 8° de la Carta Fundamental establece, como regla general, la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como de sus fundamentos y los procedimientos que utilicen.

Se ha precisado, también, que dicho deber y el derecho de acceso a la información pública correlativo no tienen carácter absoluto, pues una ley de quórum calificado puede establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, en los casos taxativamente indicados por esa misma norma y que dicen relación con que la publicidad afecte: a) el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos; b) los derechos de las personas; c) la seguridad de la Nación; o d) el interés nacional.

De este modo, el Tribunal Constitucional ha reconocido la plena amplitud del principio de publicidad de los actos de la Administración, pero además que tras la reforma constitucional es el legislador quien determina los casos de reserva y secreto, y siempre que cumpla dicha calificación, de quórum calificado, con los criterios materiales constitucionalmente señalados. De manera que no es admisible unilateralmente por la autoridad administrativa, cualquiera sea ésta, calificar de secreto o reserva un acto administrativo que el legislador no lo permita sin devenir su declaración en inconstitucional.

---

<sup>67</sup> STC Rol N° 634.

<sup>68</sup> STC Rol N° 634.

## **E. El Quinto Momento. La Dictación de la Ley de Acceso a la Información Pública.**

### **1. Criterio sostenido por el Legislador: amplia publicidad y declaración explícita del secreto o reserva.**

Tal como se ha señalado la Reforma Constitucional de 2005 tuvo por efecto el remitir al legislador la calificación de secreto y reservado, lo que se tradujo en la regulación, vía legal, del acceso a la información de la Administración del Estado, a partir de la citada moción de los HH Senadores Larraín y Gazmuri<sup>69</sup>.

La Ley de Acceso a la Información Pública (LAIP) señala un criterio ya establecido en la LOCGGAE cuando reguló por primera vez el acceso a la información pública al declarar que la “función pública se ejerce con transparencia” (art. 3º), señalando luego que el principio de la transparencia consiste “en respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información (...)” (art. 4º).

Esta ley regula concretamente la transparencia de los órganos de la Administración del Estado, el derecho de acceso a la información que se encuentra en poder de dichos órganos, los procedimientos para el ejercicio del mismo y el sistema de amparo del mismo.

Por otro lado la precitada ley ha definido en términos aparentemente amplios el tipo de información que reviste el carácter de pública (art. 5º). En efecto, invisten tal calidad: (a) los actos y resoluciones; (b) sus fundamentos; (c) los documentos que le sirven de sustento directo y esencial; (d) los procedimientos que se utilicen para su dictación; (e) la información elaborada con presupuesto público; (f) toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración cualquiera sea el formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas por la ley.

Por otro lado, la ley califica los casos en que se puede denegar la información por secreto o reserva de determinados actos administrativos, documentos o procedimientos. En efecto, el art. 21 señala explícitamente que:

Artículo 21.- Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes:

1. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente:

a) Si es en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito o se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales.

b) Tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sean adoptadas.

---

<sup>69</sup> Vid. Nota 19.

- c) Tratándose de requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales.
- 2. 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.
- 3. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública.
- 4. 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.
- 5. Cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8° de la Constitución Política.

Las causales que permiten denegar la información por calificarse de secreto o reserva fue una de las normas más discutidas durante la tramitación legislativa. Las observaciones se referían: (a) la posibilidad de que al ser meramente enunciativa se prestara para interpretaciones amplias; (b) la circunstancia que pudiese ser una norma interpretativa de la Constitución; (c) la utilización de estas causales requerían siempre de un estándar de motivación mayor, por las consecuencias que generaba<sup>70</sup>.

---

<sup>70</sup> Historia de la Ley, Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, p. 200 y ss.

“El artículo 21 señala las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información. Éstas son:

1.- Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte gravemente el cumplimiento de las funciones del órgano requerido, incluyendo las siguientes situaciones:

- a) Que pueda ir en desmedro de la aplicación de las leyes, especialmente en lo relativo a la prevención, investigación y prosecución de un crimen, y
- b) Que se trate de deliberaciones de los órganos o funcionarios públicos previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio de la publicidad de los fundamentos de la resolución, medida o política finalmente adoptada.

2.- Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, incluyendo las siguientes situaciones:

- a) Que pueda afectar la vida privada de una persona individualizada o identificable, incluidos los expedientes médicos o sanitarios;
- b) Que pueda lesionar intereses comerciales u otros de tipo económico, ya sea públicos o privados;
- c) Que pueda implicar un riesgo para la vida, la seguridad o la salud de una persona, y
- d) Si hubiere sido obtenida de un tercero con carácter de confidencial.

3.- Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación, incluyendo las siguientes situaciones:

- a) Que pueda afectar la seguridad nacional;
- b) Que pueda afectar a la defensa nacional, y
- c) Que pueda afectar a la mantención del orden público o la seguridad pública.

4.- Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el interés nacional, incluyendo las siguientes situaciones:

- a) Que pueda afectar a la salud pública nacional;
- b) Que pueda afectar las relaciones internacionales del país, y
- c) Que pueda afectar los intereses económicos del país.

5.- Cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos.

Los representantes del Ejecutivo explicaron el contenido de esta norma, señalando que establecía, en sus cuatro primeros números, por la vía ejemplar, casos con el objeto de concretar las causales de secreto o reserva contenidas en el inciso segundo del artículo 8° de la Constitución.

Podría, en consecuencia, haber otros casos que coincidieran con las características descritas en la norma constitucional, lo que les daría también el carácter de secretos o reservados. El número 5 se enmarcaría en la misma norma constitucional al referirse a documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos.

El Diputado señor Cardemil señaló que la norma, para cumplir con la disposición constitucional, debería tener un carácter taxativo, sin incluir otras situaciones semejantes, como también que le parecía que el número 5 debería suprimirse por cuanto no estaría de acuerdo con la disposición constitucional, ya que el carácter secreto o reservado no puede otorgarse por el simple hecho de que una ley de quórum calificado así lo declare, sino que cuando la situación de que se trata se enmarca en alguna de las causales que señala el inciso segundo del artículo 8° de la Constitución.

El Diputado señor Eluchans planteó la interrogante acerca de si la norma en análisis tenía el carácter de interpretativa de la Constitución o sólo se trataba de una disposición que requería quórum calificado para su aprobación, distinción importante dados los diferentes quórum de aprobación que se requerirían en la Sala. Añadió que si se estaba ante esta última situación no sería procedente el empleo de expresiones genéricas o ejemplares, dado el carácter explícito y taxativo de la norma constitucional.

El Diputado señor Burgos estimó coherente la norma propuesta con la disposición del artículo 8° de la Constitución, porque los numerales en que se divide, señalan taxativamente lo que dispone dicha norma, opinión que reforzaron los representantes del Ejecutivo señalando que los términos de la norma en estudio son taxativos por cuanto la frase inicial indica que las que señala son las únicas causales de secreto o reserva y sus diferentes números reproducen los términos de la disposición constitucional.

Agregaron, los mismos representantes, que la norma era propia de aquellas que deben aprobarse con quórum calificado, porque es desde todo punto de vista lógico, efectuar en una disposición de esta naturaleza un desglose de los aspectos generales que señala la Constitución. En lo que se refiere al número 5) que se propone, señalaron que, lógicamente, si una ley de quórum calificado declaraba determinada materia como reservada o secreta, debía para ello ceñirse a los términos del artículo 8°, en caso contrario incurriría en un vicio de constitucionalidad cuya inaplicabilidad podría solicitarse al Tribunal Constitucional. En consecuencia, la norma no interpretaría la disposición constitucional sino que no sería más que una aplicación de la misma.

El Diputado señor Cardemil apoyó la idea de que se trata de una norma interpretativa porque las causales de reserva o confidencialidad que se establecen, son casos que se incluyen en la normativa constitucional, interpretando sus alcances.

Cada una de estas interrogantes fueron despejadas, pero en lo sustantivo para efectos de este informe, existió consenso, como lo hay en buena parte de la literatura comparada, que las causales de denegación de la información son excepcionales, que operan *ex post* a la solicitud, salvo texto legal específico, y que obligan a los organismos administrativos a formalizar la negativa (mediante resolución) con indicación precisa y

---

El Diputado señor Eluchans, tomando como ejemplo de su argumentación, la primera causal de secreto o reserva contenida en el artículo 8° de la Carta Política, es decir, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de los órganos del Estado, señaló que este artículo 21 lo que hacía era precisar cuándo se producía tal afectación, lo que evidentemente interpretaba su texto fijando su sentido, sin perjuicio, además, que el mismo artículo, en cada uno de sus cuatro primeros números, emplea la frase “incluyendo las siguientes situaciones”, lo que sólo puede entenderse como que no es posible desprender que tales situaciones estén incluidas en las causales y, por ello, resulta necesario que la norma diga expresamente que deben entenderse incluidas.

Los Diputados señores Bustos y Ceroni sostuvieron que la norma no sería más que una aplicación de la disposición constitucional, la que estaría señalando la regla general, limitándose el artículo 21 a especificarla.

Por último, los representantes del Ejecutivo argumentaron que el objeto de una disposición interpretativa es fijar el verdadero sentido y alcance de una norma jurídica y que una vez que se la interpreta, la norma interpretativa se entiende incorporada en la interpretada. En consecuencia, si el artículo 21 fuera una norma interpretativa, habría que entender que cada vez que una ley aprobada con quórum calificado diera a un documento el carácter de secreto o reservado, tal disposición debería entenderse incorporada en el texto constitucional, lo que no sería lógico, razón por la que les parecía que la norma en análisis no hacía otra cosa más que aplicar los criterios establecidos en la Constitución, señalando casos específicos de cada causal.

Cerrado finalmente el debate, la Comisión, por mayoría de votos (6 votos a favor y 5 en contra), declaró que la norma no tenía carácter de interpretativa de la Constitución.

Los Diputados señora Turres y señores Cardemil, Eluchans, Cristián y Nicolás Monckeberg y Ward presentaron tres indicaciones a este artículo:

Por la primera propusieron sustituir en el encabezamiento del número 1 la expresión “órgano” por “sujeto”, la que se rechazó, sin debate, en tercera votación, por mayoría de votos (6 votos en contra y 1 a favor), por haber resuelto ya la Comisión sobre la materia.

Por la segunda plantearon sustituir en el encabezamiento de los números 1, 2, 3 y 4 la frase “incluyendo las siguientes situaciones” por “en las siguientes situaciones”, la que se rechazó, sin debate, en tercera votación, por mayoría de votos (6 votos en contra y 1 a favor).

Por la tercera propusieron suprimir el número 5 basándose en las argumentaciones ya señaladas, la que fue rechazada por la Comisión por mayoría de votos (6 votos en contra y 3 a favor), aún cuando se convino en precisar los alcances del número remitiéndolo a las causales señaladas en el artículo 8° de la Constitución Política.

Finalmente, la Comisión acordó, por unanimidad, sustituir en la letra b) del número 2 la expresión “intereses” por los términos “derechos de carácter” ya que no resultaba procedente oponer intereses personales al ejercicio de un derecho, como también, a sugerencia del Diputado señor Burgos, acordó, por unanimidad, sustituir en la letra a) del número 1.- el término “prosecución” por “persecución”.

Puesto, por último, en votación el artículo, se lo aprobó, con las enmiendas señaladas, por mayoría de votos (6 votos a favor, 2 en contra y 1 abstención).

concreta del fundamento de la denegación (motivación sustantiva), de manera que sea posible saber las razones de la negativa y poder hacer efectivos los controles posteriores en vía administrativa (Consejo Para la Transparencia) y contenciosa (Corte de Apelaciones respectiva).

## **2. La declaración de secreto o reserva de la información, siempre debe provenir de un acto de poder público.**

Como se puede apreciar, de conformidad a la ley existen dos fuentes posibles de declaración del secreto o reserva:

- (a) La ley en términos explícitos, que debe ser de quórum calificado, que impone una restricción de conocimiento *per se*.
- b) La autoridad administrativa frente a cada solicitud que declare que determinados actos o documentos caen en las hipótesis señaladas en el art. 21, lo que supone una declaración de secreto o reserva contingente y que surtirá efectos sólo una vez que se dicta el acto que realiza tal declaración.

Ésta distinción tiene relevancia no sólo por la fuente de la declaración, sino que además por el modo en que debe quedar sin efecto esa declaratoria. En efecto, la ley señala explícitamente al respecto que:

Artículo 22.- Los actos que una ley de quórum calificado declare secretos o reservados mantendrán ese carácter hasta que otra ley de la misma jerarquía deje sin efecto dicha calificación.

*Transcurridos cinco años contados desde la notificación del acto que declara la calificación, el servicio u órgano que la formuló, de oficio o a petición de cualquier persona y por una sola vez, podrá prorrogarla por otros cinco años, total o parcialmente, evaluando el peligro de daño que pueda irrogar su terminación.*

Sin embargo, el carácter de secreto o reservado será indefinido tratándose de los actos y documentos que, en el ámbito de la defensa nacional, establezcan la planificación militar o estratégica, y de aquéllos cuyo conocimiento o difusión puedan afectar:(...)

Los documentos en que consten los actos cuya reserva o secreto fue declarada por una ley de quórum calificado, deberán guardarse en condiciones que garanticen su preservación y seguridad por el respectivo órgano o servicio.

*Los documentos en que consten los actos declarados secretos o reservados por un órgano o servicio, deberán guardarse en condiciones que garanticen su preservación y seguridad por el respectivo órgano o servicio, durante el plazo de diez años, sin perjuicio de las normas que regulen su entrega al Archivo Nacional (...).*

Artículo 23.- Los órganos de la Administración del Estado deberán mantener *un índice actualizado de los actos y documentos calificados como secretos o reservados de conformidad a esta ley*, en las oficinas de información o atención del público usuario de la Administración del Estado, establecidas en el decreto supremo N° 680, de 1990, del Ministerio del Interior.

El índice incluirá la denominación de los actos, documentos e informaciones que sean calificados como secretos o reservados de conformidad a esta ley, *y la individualización del acto o resolución en que conste tal calificación.*



Así, de conformidad a lo señalado en la LAIP la única manera en que un determinado acto, documento, procedimiento o información en poder de la Administración del Estado tengan la calidad de secreto o reservado, es mediante declaración expresa y explícita: (a) del legislador y (b) de la autoridad administrativa, dentro de las causales señaladas por la precitada ley.

Sin esa declaración, se aplica en toda su amplitud los principios de transparencia y de máxima divulgación. En otros términos la declaración de reserva o secreto sólo surtirá efectos si ha sido previamente declarada por autoridad administrativa o bien frente a una solicitud concreta de información ante el organismo administrativo competente, éste invoca alguna de las causales señaladas por la ley.

En consecuencia, el acto administrativo que declara secreto o reservado a actos o documentos conforme a la ley no puede ser él mismo secreto o reservado. Siempre debe ser fundado y exponer los motivos legales por los cuales se declara el secreto o la reserva, de modo que objeto es de contenido único. La precisión casuística de ellos irá configurándose en el ejercicio práctico del derecho de acceso<sup>71</sup>.

### **3. La existencia del registro confirma lo señalado: acto de autoridad previo para la declaratoria de secreto o reserva.**

Como sabemos el artículo 23 de la Ley obliga a los órganos de la Administración del Estado a mantener un índice actualizado de los actos y documentos calificados como secretos o reservados, el que debe contener la denominación de los actos, documentos e informaciones que sean calificados como secretos o reservados y la individualización del acto o resolución en que conste tal calificación.

Artículo 23.- Los órganos de la Administración del Estado deberán mantener *un índice actualizado de los actos y documentos calificados como secretos o reservados de conformidad a esta ley*, en las oficinas de información o atención del público usuario de la Administración del Estado, establecidas en el decreto supremo N° 680, de 1990, del Ministerio del Interior.

El índice incluirá la denominación de los actos, documentos e informaciones que sean calificados como secretos o reservados de conformidad a esta ley, *y la individualización del acto o resolución en que conste tal calificación.*

---

<sup>71</sup> El Ministro Viera-Gallo expresó: “En cuanto al secreto o reserva, repito, sólo puede existir, según la Constitución, en los casos en que sea indispensable para el cumplimiento de las funciones del organismo público requerido, cuando afecta el derecho de terceras personas, según lo dispone la ley sobre protección de los datos personales; la seguridad de la nación o el interés nacional.

Corresponderá a la jurisprudencia ir precisando con mucha claridad estas causales, porque no están establecidas pormenorizadamente en el proyecto de ley. Por lo tanto, serán los organismos jurisdiccionales o el Consejo de la Transparencia que crea el proyecto, los que tendrán que ir delimitando caso a caso cuál es la frontera entre el libre acceso y el ámbito de reserva, teniendo siempre presente el fallo de la Corte Interamericana, que expresó que la reserva tiene que ser proporcional al bien jurídico que se busca proteger, porque el principio rector es la transparencia y, por lo tanto, el libre acceso a la información pública.” Historia de la Ley, p. 275.

Esta norma es fruto de una indicación en la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados<sup>72</sup>, y buscaba esencialmente identificar en un cuerpo ordenado y sistematizado los casos en que se ha declarado secreto o reservado actos y documentos, con el objeto no sólo de identificarlos, sino que además que el público tuviese conocimiento de los plazos de vigencia de dichas declaraciones, de conformidad a lo señalado en el inciso segundo del artículo 22.

Así, en cumplimiento de esta norma, los órganos de la Administración del Estado deben mantener a disposición del público un listado en el que debe constar: (a) el tipo de acto y documento declarado secreto o reservado, lo que supone una identificación de la materia; (b) la individualización del acto administrativo que otorgó tal categoría.

En consecuencia, el contenido y redacción del art. 23 que establece la existencia del precitado índice, constituye el mejor testimonio que para el legislador la única forma en que surta efectos la declaración de secreto o reserva en relación a las hipótesis señaladas en el art. 21 N° 1 a 4, es previa dictación de un acto administrativo inscrito en el índice actualizado, a partir de lo cual el acto administrativo específico y los documentos concretos en manos del organismo administrativo pasan a gozar de protección en el modo y por el plazo señalado en el art. 22.

---

<sup>72</sup> Historia de la Ley N° 20.285, Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, p. 204. “A raíz de una indicación de los Diputados señora Turre y señores Cardemil, Eluchans, Cristián y Nicolás Monckeberg y Ward, posteriormente retirada, en la cual proponían, por parte de las unidades administrativas, la elaboración de un índice de los expedientes clasificados como reservados, el que debería ser público, la que la Comisión consideró pertinente, pero que requería el patrocinio del Ejecutivo, motivó a este último a presentar una indicación para agregar un nuevo artículo del siguiente tenor: “Artículo 23.- Los órganos de la Administración del Estado deberán mantener un índice actualizado de los actos y documentos calificados como secretos o reservados de conformidad a esta ley, en las oficinas de información o atención del público usuario de la Administración del Estado, establecidas en el decreto supremo N° 680, de 1980, del Ministerio del Interior.

El índice incluirá la denominación de los actos, documentos e informaciones que sean calificados como secretos o reservados de conformidad a esta ley, y la individualización del acto o resolución en que conste tal calificación.”.

“Se lo aprobó en los mismos términos, por unanimidad.”

“El artículo 23 obliga a los órganos de la Administración a mantener un índice actualizado de los actos o documentos secretos o reservados en las oficinas de información o atención de público del órgano de que se trate (inciso primero).

En su inciso segundo dispone que el índice incluirá la denominación de esos instrumentos y la resolución que autorice la reserva o secreto.

Esta norma de la Ley de Transparencia fue aprobada unánimemente, en sus mismos términos y sin enmiendas, con los votos de los Honorables Senadores señores Bianchi, Larraín y Sabag y Honorables Diputados señores Burgos, Cardemil, Ceroni y Eluchans.”

## **V. CRITERIO SOSTENIDO POR EL LEGISLADOR. LA LEY DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA PRETENDIÓ PONER EL ÉNFASIS EN EL ACTO ADMINISTRATIVO.**

Destacados los aspectos previos sobre la declaratoria de secreto o reserva y su extensión, así como la manera en que se regula su objeto, estamos en condiciones de explicar por qué la LAIP se funda en el acto administrativo.

Como consta de la Historia Fidedigna de la ley, se tuvo particular cuidado en señalar que el acceso no se refiere a cualquier información, sino que aquella que se traduce en actos administrativos, lo que durante la tramitación legislativa se debió dejar en claro, recurriendo al criterio del art. 3º de la Ley N° 19.880. En efecto, frente a la duda de una serie de Parlamentarios respecto de los alcances de la Ley, uno de los autores de la Moción, el H. Senador Larraín, señaló que el eje del derecho de acceso y la publicidad se encuentra en torno al acto administrativo terminal<sup>73</sup>.

El señor LARRAÍN.- Señor Presidente, sus palabras ayudan a introducir el sentido de lo que quiero manifestar.

En primer lugar, el número 2 del artículo 1º sólo hace más coherente el proyecto con el texto actual de la Constitución. Si se presta a dudas o inquietudes, no tengo ningún inconveniente en retirarlo, porque no agrega nada nuevo a lo que dispone la Carta Fundamental. Se quita respaldo al artículo y se acaba la discusión, pues no es necesario.

Lo que nos interesa es aclarar qué es información pública, cómo se garantiza el acceso a ella para asegurar la transparencia, cómo se pueden establecer mecanismos de excepción y los procedimientos para adquirir el conocimiento de la información. Si el precepto genera dudas, no tengo ningún problema en rechazarlo, porque el proyecto quedará exactamente igual. La norma sólo busca -repito- reproducir lo que establece la Constitución.

Segundo, aquí se ha dicho que la disposición no se entiende, que no están claros los conceptos de "acto administrativo", de "acto de la Administración" o de "resolución". Y se han citado varias normas.

¡Perdónenme, Sus Señorías, pero eso ya está definido en la ley! Aquí no estamos haciendo interpretaciones nuevas. Esto viene de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Más aún, por si eso fuera insuficiente, el artículo 3º de la ley N° 19.880, sobre Procedimientos Administrativos, define el concepto de acto administrativo; de manera que no estamos haciendo ninguna innovación. Dice: "Concepto de Acto Administrativo". Y prosigue: "Para efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública.". ¡Eso es!

---

<sup>73</sup> Intervención en la sesión N° 38 de 04 de octubre de 2005. El contexto de la discusión en la sala del Senado en la precitada sesión es de extrema utilidad para comprender la finalidad interpretativa dada en este informe. Ver *Historia de la Ley N° 20.285*, pp. 110 a 129, disponible en línea [www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20285/HL20285.pdf](http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20285/HL20285.pdf)

(...) Reitero: el concepto está definido. Las palabras de los Honorables señores Andrés Zaldívar y Viera-Gallo apuntan hacia la correcta interpretación. Algo también entendí al Senador señor Vásquez en la misma línea. Se trata de actos terminales, de actos formales, normalmente por escrito.

Por lo tanto, la expresión "acto administrativo" tiene en nuestra legislación una claridad conceptual que no merece dudas.

Igual ocurre con las resoluciones. El mismo artículo 3° del citado cuerpo legal las define: "Las resoluciones son los actos de análoga naturaleza que dictan las autoridades administrativas dotadas de poder de decisión.". ¿Y los procedimientos? ¡Por favor! No es más que una expresión gramatical. Es decir, los conceptos están señalados y debidamente explicados en nuestra legislación.

Por esta razón, la ley determina su ámbito de aplicación (art. 2°): (a) a los órganos de la Administración del Estado que ejercen potestades públicas; (b) a los organismos constitucionalmente autónomos (inc. 2°); a las empresas del Estado (inc. 3°); (c) los demás órganos del Estado (inc. 4°).

La discriminación no es arbitraria, porque de conformidad a lo señalado por la ley, el ámbito de aplicación para cada uno de estos organismos es diferente:

(a) En el caso de los organismos de la Administración del Estado, su aplicación es plena, cuya manifestación más evidente es su completo sometimiento al Consejo para la Transparencia regulado por el Título V de la ley.

(b) En el caso de los organismos constitucionalmente autónomos, la ley sólo se aplicará cuando esta se refiera "expresamente" a ellos, es decir, que determinadas y concretas disposiciones le son aplicables. Esto es lo que sucede con los artículos quinto y séptimo de la ley, referidos a la Contraloría General de la República y el Banco Central respectivamente<sup>74</sup>.

(c) En el caso de las empresas del Estado, la ley señala que se les aplicará cuando ésta se refiera a ellos "expresamente". Esto se traduce en que la única norma que le es aplicable es el artículo décimo de la ley, que establece el sometimiento a los arts. 3 y 4, como reglas de principios, y luego establece una norma de transparencia activa idónea para las empresas públicas.

(d) Por último, los demás organismos estatales, esencialmente los independientes señalados en la Constitución se regulan en estas materias sólo por sus leyes orgánicas constitucionales.

La distinción recién planteada es relevante, porque el Consejo para la Transparencia, organismos que se encuentra a cargo de velar por la aplicación de la ley señalada, sólo tiene competencia para "fiscalizar el cumplimiento de las normas de transparencia y publicidad de los órganos de la Administración del Estado" (art. 32).

---

<sup>74</sup> Vid. STC Rol N° 1051 que profundiza en la categoría de organismos constitucionalmente autónomos y la existencia de un sistema de autogobierno para garantizar el acceso a la información pública.

Finalmente, la LAIP confirma este criterio, pues estableció en su artículo tercero una modificación al inciso segundo del art. 16 de la LBPA, en lo relativo al principio de transparencia y de publicidad, señalando precisamente que el acceso corresponde al acto administrativo (en general), así como a sus fundamentos y el procedimiento que sirvió para su elaboración.

Art. 16. Principio de Transparencia y Publicidad. El procedimiento administrativo se realizará con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él.

En consecuencia, salvo las excepciones establecidas en la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado y en otras disposiciones legales aprobadas con quórum calificado, son públicos los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, así como sus fundamentos y documentos en que éstos se contengan, y los procedimientos que utilicen en su elaboración o dictación.

En síntesis, para que exista derecho de acceso a los fundamentos y al procedimiento, debe existir un acto administrativo dictado que permita acceder a la información, que finalmente se encuentra en el expediente administrativo y que sirve de base al acto terminal en donde deben constar los fundamentos de la decisión<sup>75.76</sup>

---

<sup>75</sup> LBPA. **Artículo 18. 3.** Todo el procedimiento administrativo deberá constar en un expediente, escrito o electrónico, en el que se asentarán los documentos presentados por los interesados, por terceros y por otros órganos públicos, con expresión de la fecha y hora de su recepción, respetando su orden de ingreso. Asimismo, se incorporarán las actuaciones y los documentos y resoluciones que el órgano administrativo remita a los interesados, a terceros o a otros órganos públicos y las notificaciones y comunicaciones a que éstas den lugar, con expresión de la fecha y hora de su envío, en estricto orden de ocurrencia o egreso.

(inc. 4º). Además, deberá llevarse un registro actualizado, escrito o electrónico, al que tendrán acceso permanente los interesados, en el que consten las actuaciones señaladas en el inciso precedente, con indicación de la fecha y hora de su presentación, ocurrencia o envío.

LBPA. **Artículo 41. 1.** Contenido de la resolución final. La resolución que ponga fin al procedimiento decidirá las cuestiones planteadas por los interesados.

(inc. 4º). Las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada. Expresarán, además, los recursos que contra la misma procedan, órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

(inc. f). La aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma.

Por este motivo la jurisprudencia administrativa ha sostenido en el Dictamen N° 24887, de 2009, que “tratándose de actos administrativos, deben indicarse en su texto, de manera expresa, los motivos o razones que sirven de fundamento a la decisión que en ellos se adopta, en armonía con lo prescrito en los artículos 13 de la ley N°18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; 16 y 41, inciso 4º, de la ley N°19.880, que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los órganos de la Administración del Estado.”.

<sup>76</sup> Es posible, como se explicará también, acceder al acto trámite y al procedimiento adjetivo o secundario que lo funda.

## **VI. LA TESIS DE LA CONTRALORÍA: SEGÚN LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY DE TRANSPARENCIA EL ACTO ADMINISTRATIVO ES EL EJE DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN.**

Si bien la LAIP entró en vigencia en Abril del 2009, la Contraloría definió los contornos del derecho de acceso regulado por la ley, ratificando los aspectos mencionados con anterioridad, es decir, que el derecho de acceso se construye desde el acto administrativo y los documentos que le sirven de complemento directo y esencial, al cual accede el procedimiento que le sirvió de base<sup>77</sup>.

En efecto, el órgano contralor ha indicado que mientras no exista acto administrativo, no se puede acceder a los documentos que potencialmente serán fundamento directo y esencial:

(...) la función pública debe ejercerse con transparencia, asistiéndole a los interesados el derecho a requerir al jefe de servicio respectivo los documentos que sirvan de sustento o complemento directo y esencial de los actos administrativos, criterio que se ve confirmado por la reiterada jurisprudencia de esta Contraloría General.

Asimismo, debe dejarse constancia que los interesados pueden tener acceso a las ofertas técnicas y económicas presentadas por los participantes a una licitación pública, una vez dictado el acto administrativo que resuelve la adjudicación de la propuesta, considerando que las ofertas técnicas o económicas de que se trata no constituyen actos administrativos, pero sirven de antecedente para la dictación del decreto o resolución que adjudique la propuesta, como tales, son documentos que pueden conocer quienes tengan interés en los mismos, en la oportunidad señalada<sup>78</sup>.

Por tal motivo ha insistido en la correlación entre el acto y el procedimiento administrativo, así como el correlativo derecho de acceso en tanto exista acto dictado.

(...) el artículo 4° de la ley N° 19.880, señala que el procedimiento administrativo está sometido a los principios de transparencia y publicidad y el artículo 17, letra d) del mismo texto legal previene que las personas tienen derecho a acceder a los actos y sus documentos, en los términos previstos en la ley, definiendo en sus artículos 3° y 18, el acto administrativo y el procedimiento administrativo respectivamente.

Sin embargo, en el caso de que se trata no ha procedido acceder a la petición del recurrente, en orden a que se le proporcione una copia de la denuncia que formulara un particular solicitando se realice una investigación en la Municipalidad (...), como quiera que aquélla constituye el inicio de un acto administrativo cuyo procedimiento no está afinado, siendo sólo el punto de partida de una investigación o sumario administrativo que ha comenzado a instruir este Organismo en ese municipio, con ocasión de hechos denunciados<sup>79</sup>.

Del mismo modo ha señalado, que una vez dictado el acto administrativo, no existe derecho de acceso o bien no constituyen documentos del procedimiento, los borradores de opiniones previas a la dictación del acto administrativo final.

---

<sup>77</sup> En este sentido ver Dictámenes Nros 17.866, 10.743, 8.466, del 2008.

<sup>78</sup> Dictamen N° 31451, de 2008.

<sup>79</sup> Dictamen N° 5403, de 2009.

No procede solicitud de copias de informes elaborados por funcionarios de esta Contraloría y de los antecedentes que habrían sido considerados en emisión de dictamen. Ello, porque son borradores o elementos de juicio de carácter interno, que no contienen en sí mismos, una decisión sobre las materias sustantivas que deben ser resueltas a través de pronunciamientos formales de esta Contraloría General. De esta forma, no constituyen actos administrativos decisorios ni, propiamente, documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, en los términos previstos en el inc. 2 del art. 8 de la Constitución Política<sup>80</sup>.

Tampoco existe derecho de acceso a la información, cuando hay un procedimiento administrativo en curso, del cual emana actos intermedios no finiquitados como es un preinforme de auditoría.

(...) el Preinforme de Observaciones constituye un documento intermedio, relativo a una fiscalización inconclusa y, por lo mismo, no corresponde a la opinión final de la Contraloría General de la República ni a un acto administrativo terminal, lo cual explica su naturaleza confidencial, correspondiendo privativamente al alcalde determinar a qué funcionarios da conocimiento del mismo, fundamentalmente para efectos de preparar su respuesta<sup>81</sup>.

Por lo mismo, el momento en que se puede tener acceso a la información es desde la dictación del acto administrativo, sean terminales o de trámite, aunque éstos se encuentren en trámite de toma de razón, pues este último procedimiento está destinado a dar eficacia al acto administrativo dictado.

(...) la publicidad y transparencia de los actos administrativos, sean de trámite o terminales, constituyen un principio general de orden público consagrado en el ordenamiento jurídico que permite a los interesados en determinada actuación tener acceso a las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen sus declaraciones de voluntad, sin que la normativa reseñada establezca distinciones ni más limitaciones que las señaladas en la disposición constitucional anotada.

Siendo ello así, la autoridad se encuentra obligada a proporcionar a los interesados copias de los actos que emita en ejercicio de sus potestades públicas, aún en el caso de aquellos sujetos a toma de razón cuyo trámite ante este órgano Fiscalizador se encuentre pendiente (...) <sup>82</sup>.

En consecuencia, ha señalado, el derecho de acceso a la información sólo existe en la medida que existan decisiones formales de la Administración (acto administrativo).

Sobre este punto, cabe destacar que la publicidad y la transparencia de los actos administrativos, constituyen un principio general de orden público consagrado en el ordenamiento jurídico, el cual impone a los órganos de la Administración del Estado el deber de franquear a los interesados el acceso a las decisiones formales que emitan<sup>83</sup>.

---

<sup>80</sup> Dictamen N° 22500, de 2008.

<sup>81</sup> Dictamen N° 18.474, de 2009.

<sup>82</sup> Dictamen N° 7355, de 2007. En idéntico sentido Dictámenes Nros 50273, 52916 y 57558, de 2008.

<sup>83</sup> Dictamen N° 42.511, de 2008. Una vez realizada la precitada afirmación, el órgano contralor razona del siguiente modo:

“En este sentido, corresponde consignar que el inciso segundo del artículo 8° de la Constitución Política de la República, incorporado por la ley N° 20.050, prevé que "son públicos los actos y resoluciones de los

Atendido lo anterior, es dable señalar que según lo manifestado por esta Entidad de Fiscalización en el dictamen N° 18.474, del año en curso, un informe final es el documento que contiene el resultado de la fiscalización practicada, es decir, constituye un acto administrativo y, por lo mismo, resulta ser de carácter público (...) <sup>84</sup>.

De este modo, los terceros ajenos al procedimiento administrativo sólo tienen acceso a los actos administrativos y sus documentos, una vez que el procedimiento se encuentra terminado, no así el interesado legítimo que puede conocer permanentemente.

(...) esta Contraloría General cumple con señalar que, en atención a lo previsto en los artículos 8° de la Carta Fundamental, 13 de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, 4°, 11, 16, 17 y 21 de la ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los órganos de la Administración del Estado, las personas - incluidos los terceros ajenos al procedimiento que les dio origen - tienen el derecho a acceder a los actos administrativos cuya tramitación se encuentre finalizada, en tanto que los interesados en un procedimiento administrativo

---

órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen", y añade, que "sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional", en concordancia con lo cual el decreto con fuerza de ley N° 1/19.653, de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.575, orgánica constitucional de bases generales de la administración del Estado, así como la ley N° 19.880, sobre bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, establecen, en el inciso tercero del artículo 13° y en el inciso segundo del artículo 16°, respectivamente, que son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial.

A mayor abundamiento, es útil tener en cuenta que la ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública -que fue publicada en el Diario Oficial el 20 de agosto de 2008, y que de conformidad con su artículo transitorio entrará en vigencia ocho meses luego de dicha data-, 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 su ejercicio y amparo, así como las excepciones a la publicidad de la información, estableciendo en su artículo 3° que "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".

Asimismo, cabe hacer presente que su artículo 4° impone a las autoridades que indica y a los funcionarios de la Administración del Estado, el deber de dar estricto cumplimiento al principio de transparencia de la función pública, disponiendo que éste consiste "en respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información", en tanto que sus artículos 5° y 10° previenen que en virtud del mismo "los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos", con las excepciones que indica, y que "toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado", en la forma y condiciones que ese texto legal establece."

<sup>84</sup> Dictamen N° 60024, de 2009.



pueden obtener copias de los diversos documentos que rolan en el expediente respectivo, si acreditan dicha calidad de conformidad con el artículo 21 ya mencionado<sup>85</sup>.

Como se ha visto, la Contraloría ha construido desde la vigencia de la Ley N° 19.653 (1999) el argumento de que el derecho de acceso se construye desde el acto administrativo y de ahí hacia los documentos y el procedimiento que le sirvieron de base. Con la dictación de la LBPA (2003), manteniendo el criterio señalado ha sostenido que los “interesados legítimos” tienen derecho a conocer permanentemente durante el procedimiento (art. 17, letra a), dejando a los terceros con la legitimidad de acceder a la información, una vez que el acto administrativo se encuentre dictado. Este criterio de distinción es el que ha mantenido consistentemente tras la reforma constitucional de 2005 y la dictación de la LAIP.

## **VII. LOS ALCANCES DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS, ASÍ COMO DE SUS FUNDAMENTOS, DOCUMENTOS Y PROCEDIMIENTO.**

Despejado, entonces, que pese a la aparente amplitud de la información a la cual se tiene acceso por parte de la ley, el eje sobre el cual éste se encuentra construido es el acto administrativo (como figura terminal del procedimiento) y los documentos que le sirven de fundamento e incorporados al procedimiento, y precisado que ese fue el entendido sobre el cual se construyó la precitada ley, según la historia fidedigna, es necesario ahora que precisemos qué vamos a entender por la figura del “acto administrativo” para luego, ver los impactos que esto tiene.

Como hemos señalado, la Constitución establece un mandato explícito para la dictación de una ley que fije “las bases de los procedimientos que rigen los actos de la administración pública” (art. 63 N° 18). Fue recién el año 2003 que dicha ley se dictó (Ley N° 19.880), y en ella se reguló íntegramente el contenido y extensión del acto administrativo.

---

<sup>85</sup> Dictamen N° 17583, de 2008. En idéntico sentido los Dictámenes Nros 33438 y 57558, de 2008, Nros 34185 y 50792, de 2009.

Con mayor énfasis ha señalado en el Dictamen N° 5542, de 2009, que:

“De las normas reseñadas se desprende que el ordenamiento jurídico le confiere a quienes tienen la condición de interesados, el derecho a tomar conocimiento del estado de tramitación del procedimiento, en cualquier momento, incluso antes de haberse dictado el decreto o resolución que lo afina, lo que incluye, por expresa disposición legal, el derecho a obtener copia de los instrumentos que den origen a un acto administrativo final (...).

Enseguida, cabe manifestar que atendido que los actos administrativos y documentos emitidos con motivo del ejercicio de la función realizada por la secretaría regional ministerial del ramo al fiscalizar escuelas de conductores, no han sido declaradas con carácter secreto o reservado por una ley de quórum calificado, las decisiones formales que emita dicho órgano en que se contengan manifestaciones de voluntad y los documentos que les sirvan de sustento, deben regirse por los principios de transparencia y publicidad antes descritos, por lo que no se advierte irregularidad administrativa en la publicación en la página web del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones de los procesos que se refieran a fiscalizaciones afinadas.”

En efecto, una de las cuestiones de mayor discusión en el Derecho Administrativo durante largos años ha sido la teoría general del acto administrativo. Es cierto lo que sostienen muchos que existen tantas definiciones de acto administrativo, como énfasis los autores desean utilizar<sup>86</sup>.

Tradicionalmente la jurisprudencia de la Contraloría ha vinculado el concepto de acto administrativo al de actividad formal de la Administración en términos amplios. En efecto, ha sostenido que puede señalarse que “acto administrativo es toda declaración de voluntad general o particular de un órgano administrativo, *en función de una potestad administrativa* y que tiene por finalidad decidir o emitir juicios sobre derechos, deberes e intereses de las entidades administrativas o de particulares frente a él”<sup>87</sup>.

Hasta estos últimos años la legislación nacional había optado por omitir una definición conceptual sobre acto administrativo<sup>88</sup>. Sin embargo, con la dictación del hoy derogado D.S. N° 26, de 2001, que estableció el reglamento el secreto y reserva de los actos y documentos administrativos, se dispuso de una definición con el claro objeto de restringir el concepto de acto, vinculándolo exclusivamente como declaración de voluntad, vinculada a una potestad pública.

Esta es la herencia que recibe la Ley de Procedimiento, quien define el acto administrativo en idénticos términos que lo hacía el D.S N° 26. En efecto, dispone que las “decisiones escritas que adopte la Administración se expresarán por medio de actos administrativos”, para luego precisar que “se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública” (artículo 3°)<sup>89</sup>. Sin embargo, a continuación extiende el concepto de acto administrativo, al indicar que “constituyen, también, actos administrativos los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias.”.

---

<sup>86</sup> Vid. Pantoja Bauzá, R., *Concepto de Acto Administrativo*, Edit. Jurídica de Chile, 1960, (Seminario de Derecho Público N° 6); Silva Cimma, E., ob. cit., p. 25 – 26; Escola, H. J., *Legalidad, eficacia y Poder Judicial*, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 64 - 70.

<sup>87</sup> Dictámenes N° 5.380, de 2000; 29549, de 2000.

<sup>88</sup> Durante la discusión legislativa existió conciencia que esta era la primera vez que el legislador iba a definir el acto administrativo, por lo cual se buscó un contenido lo más amplio posible. Las Comisiones unidas (Constitución y Gobierno del Senado) dejaron expresamente establecido que “ésta es la primera oportunidad en que una norma de rango legal define el acto administrativo, los agentes que lo generan y su ámbito de aplicación dentro de la Administración con un criterio amplio; es decir, concibiendo tales actos no sólo los decretos y resoluciones sino otras manifestaciones de voluntad de la autoridad ejecutiva, como son las declaraciones de juicio –dictámenes– constancia o conocimiento (informes), que pueden traer aparejadas diversas consecuencias jurídicas.”. Nuevo informe de las Comisiones de Gobierno, Descentralización y Regionalización y de Constitución, legislación, justicia y reglamento, Unidas, recaído en el proyecto de ley que fija las bases de procedimientos que rigen los actos de la Administración del Estado (Boletín N° 2594-06), en Diario de Sesiones del Senado, sesión Ordinaria 22°, 14 de agosto de 2001, Anexo de Documentos, p. 29.

<sup>89</sup> Vid. Cordero Vega, L. *El Procedimiento Administrativo*, ob. cit., pp.50 y 51.

Esta forma de definir el acto, tiene las siguientes consecuencias:

- (a) El acto administrativo sólo puede abarcar las decisiones de la Administración que se expresan o se deben expresarse por escrito<sup>90</sup>. En otros términos, para la Ley de Procedimiento no constituye un acto administrativo las ejecuciones materiales<sup>91</sup>.
- (b) Para la LBPA sólo existe acto administrativo cuando se decide, es decir, cuando se adopta una resolución sobre una cuestión o un asunto determinado<sup>92</sup>.
- (c) Pero también hay acto administrativo, en las decisiones formales que se traducen en actos de constancia, declaración, juicio o conocimiento, en otros términos aquellos que no involucran una decisión concreta.
- (d) Para la jurisprudencia administrativa estas decisiones deben ser unilaterales, de manera que no es posible que un acto administrativo tenga un medio o forma de terminación convencional<sup>93</sup>, salvo los casos de contratos administrativos.
- (d) Esto implica que el acto es una decisión formal, es decir, sometida a un conjunto de ritualidades en su elaboración y una manifestación externa en contenido.
- (e) El acto administrativo puede ser de general o particular aplicación, de carácter normativo o resolutivo particular, en aplicación de una potestad reglada o discrecional. Lo anterior implica que quedan sujetos a la Ley de Procedimiento desde una simple autorización sanitaria hasta la dictación de un reglamento, autónomo o de ejecución, del Presidente de la República<sup>94</sup>.
- (i) El acto administrativo se sustenta en un procedimiento, este a su vez un expediente y este último está compuesto por un conjunto de documentos de la Administración y de los interesados. Cuando se perfecciona el derecho de acceso, el interesado puede acceder a toda la cadena de información que sirvió de sustento al acto administrativo<sup>95</sup>.

No se debe olvidar que el perfeccionamiento del derecho de acceso bajo la luz de la LBPA, supone la exigibilidad de la información, es decir, la existencia previa de la

---

<sup>90</sup> Cfr. Dictamen N° 52086, de 2004.

<sup>91</sup> “Pablo Sánchez Díaz de Essar S.A. con I. Municipalidad de Temuco”, Corte Suprema, 22.07.2010, Rol N° 6.567-2008.

<sup>92</sup> Por esta razón si lo que se aprueba o rechaza es una actividad privada sometida a regulación administrativa “la actuación terminal que apruebe o rechace los proyectos, o sus alteraciones, un acto de esa naturaleza (administrativo), entonces procede que revista la forma establecida por la ley”, es decir, como decreto o resolución. Dictamen N° 34541, de 2005.

<sup>93</sup> Dictamen N° 10026, de 2005.

<sup>94</sup> Dictamen N° 39.979, de 19.07.2010.

<sup>95</sup> En el Dictamen N° 14317, de 2009, la Contraloría sostuvo que “(...) conforme al artículo 16 de la ley N° 19.880, esta Entidad de Control debe proporcionar copias de los instrumentos relacionados con sus pronunciamientos, dado que éstos sirven de sustento o complemento directo y esencial para la emisión de los informes que se le solicitan, por lo que, como tales, son antecedentes que pueden ser conocidos por quienes tengan interés en ellos.”.

decisión para luego acceder al contenido de la totalidad de la información que le sirve de fundamento.

## **VIII. ¿QUÉ SUCEDE ENTONCES ENTRE LA LBPA Y LAIP? EXISTE UNA MULTIDIMENSIONALIDAD EN RELACIÓN A LA INFORMACIÓN SUJETA A ACCESO.**

### **A. Las consecuencias de la LBPA hacia la LAIP, en materia de acto administrativo: el acto administrativo en sentido amplio.**

Como se ha señalado, pese a la restricción antes enunciada en la definición de acto administrativo, la LBPA amplió los límites restrictivos considerando actos administrativos a un conjunto de actuaciones que deben incorporarse en la actividad formal de la Administración. En efecto, la ley considera también actos administrativos a “los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias” (artículo 3º). Esto significa que se considera acto administrativo, pese a no decidir o resolver cuestiones concretas, aquella actividad expresada formalmente por la Administración en las cuales manifiesta opiniones, informa sobre situaciones o certifica determinados aspectos en el ejercicio de sus competencias.

El efecto extensivo de estos actos para LBPA es que su contenido queda sometido a sus normas y principios, y en consecuencia también a la LAIP. En otros términos, no sólo hay acto administrativo en una resolución, sino que también en un informe, dictamen, certificado, etc., y respecto de todos ellos (en su calidad de actos administrativos) existe derecho de acceso.

Por otro lado, para efectos del procedimiento administrativo es posible distinguir entre los actos administrativos terminales y los actos trámite. Entendemos por actos administrativos terminales aquellos que ponen fin al procedimiento administrativo por resolver la cuestión de fondo para lo cual se ha instruido. En otros términos es acto terminal la resolución final que decide sobre las cuestiones planteadas en la necesidad del procedimiento. En cambio son actos trámites todos aquellos que insertados en un procedimiento administrativo sirven como antecedentes o requisitos para la dictación del acto final<sup>96</sup>. La distinción tiene una finalidad de acotamiento para la oportunidad y momento en que son susceptibles de ser impugnados los actos administrativos. En efecto, los actos trámites sólo son susceptibles de ser impugnados cuando impliquen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión (artículo 15).

---

<sup>96</sup> Esta distinción ya había sido realizada por la jurisprudencia a propósito del reclamo de ilegalidad municipal. En efecto, había sostenido que las acciones que son reclamables a través de esta acción son las “resoluciones”, es decir, aquellas que deciden el fondo del asunto y no aquellas de mero trámite, pues éstas son aquellas que sin pronunciarse sobre el fondo, ordenan trámites tendientes a allegar antecedentes para decidir lo solicitado, por un tercero, con un conocimiento más pleno y cabal del asunto. Corte de Apelaciones de Santiago, RDJ T. LXXXVI (1989), N° 3, Rol N° 3509-89.

Este aspecto, también tiene relevancia para la aplicación del la LAIP, porque sobre los denominados “actos trámite”, se aplica también el derecho de acceso, en la medida que también constituyen actos administrativos, en donde la distinción aplicada por la LBPA es sólo en relación al derecho a la impugnación y no el derecho de acceso, de manera tal que constituyen actos accesibles a menos que se encuentren en alguna de las hipótesis del artículo 21 N° 1 de la LAIP, en tanto forman parte de un proceso deliberativo en curso.

De este modo queda suficientemente claro que la figura del acto administrativo (en todas sus hipótesis) y partir de ahí sus procedimientos, fundamentos y documentos directos y esenciales, son los criterios básicos sobre los cuales descansa la LAIP, sin perjuicio de lo que indicaremos sobre la denominación “información” a continuación.

### **B. Pero, ¿qué hacemos con el inciso segundo del artículo 5°? La legalización de mayor información.**

Pese a las conclusiones a las cuales hemos arribado y que en algún sentido parecerían consistentes con lo señalado, existe una disposición en la ley que aparentemente amplía la información y puede tener efectos insospechados. En efecto, el artículo 5° de la LAIP, luego de ajustarse al estándar constitucional del derecho de acceso (el acto y sus documentos, fundamentos y procedimiento), dispone de un inciso segundo que, concordado con el principio, podría llegar a suponer que el acceso a la información es a todo tipo de información y en cualquier momento.

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.

La verdad es que esta norma ha legalizado el derecho de acceso, no cubierto por el supuesto constitucional, como una regla de *accountability* amplia, en la medida que declara de acceso público también toda otra información que no provenga de los “actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”, que es lo que mandata el art. 8 de la CPR.

Una interpretación armónica, que permite una visión de consistencia regulatoria, supone considerar que existe mucha información en manos de la Administración que no llegará nunca a la dictación de un acto administrativo y, en consecuencia, que no tendrán un procedimiento o fundamento asociado<sup>97</sup>.

---

<sup>97</sup> Esta circunstancia es especialmente compleja en el Derecho español, que como se ha comentado exige que el procedimiento administrativo esté terminado. Como señala Rams Ramos, ob. cit., p. 429, parece que la formulación del precepto lleva a entender que los mismos quedan excluidos del acceso, puesto que se reconoce el derecho de acceso precisamente por entender que los documentos solicitados referentes a las diligencias informativas y actuaciones de información preliminares forman parte de un procedimiento y no porque se trate de documentos que deban archivarse, de manera que parece que sólo los documentos que afectivamente forman parte del procedimiento administrativo concreto son susceptibles de ser accesibles, independientemente de que se trate de un procedimiento conducente a una declaración de voluntad de la Administración o no.

Es lo que sucede, por ejemplo, con el resultado de un Estudio encomendado por la Administración o las estadísticas que los organismos administrativos deben elaborar para el desarrollo de sus actividades.

La primera hipótesis es la consecuencia o resultado de un acto y procedimiento (que realizó la licitación y contrató), el segundo corresponde al ejercicio habitual de la función administrativa.

Esta cuestión es relevante, porque dado el contenido y redacción de la disposición, a lo que se tiene acceso es a los documentos que disponen de esa información y en tal condición, es previsible sostener que mediante su aplicación se produzcan controversias semejantes a las del Derecho comparado en donde la respuesta a la pregunta ¿cuándo existe el documento?, es central para definir el derecho de acceso<sup>98</sup>.

Sin embargo, esta norma de clausura de la “información pública” supone prescindir de la distinción entre acceso y conocimiento, pues transforma ese tipo de antecedentes siempre como una hipótesis de acceso.

## **IX. LA SUPLETORIEDAD DE LA LBPA Y SUS ALCANCES CONCRETOS EN LA LAIP.**

### **A. El objetivo de la supletoriedad y sus estándares de aplicación.**

Como se sabe, tradicionalmente la ordenación de las relaciones internormativas en sistemas jurídicos complejos como los que vivimos en la actualidad, exigen el establecimiento de un conjunto de reglas y principios que permitan, en un ordenamiento jurídico supuestamente coherente como se afirma, la convivencia de muy diversas y complejas estructuras normativas. Regularmente se convoca para ello al principio de jerarquía<sup>99</sup>, el principio de competencia<sup>100</sup> y el de supletoriedad.

---

Por otro lado Sánchez Morón, ob. cit., p. 459, afirma que no se entiende por qué se ha de vedar la información sobre estudios, informes u otros documentos preparatorios ya definitivos que se aporten, por ejemplo, aprobar un reglamento o un plan de la Administración que se esté elaborando y que puedan ser de interés objetivo para el público (la STS de 17 de febrero de 2004 admite, precisamente, el acceso a este tipo de documentos en materia de medio ambiente). En cualquier caso, la alusión a los procedimientos terminados no limita el acceso a documentos que no se integran en un expediente formalizado, sino que formen parte de otras actuaciones y que obren en poder de la Administración.

<sup>98</sup> Como recuerda Fernández Ramos, ob. cit., pp. 81 a 83, el derecho de acceso consagrado en la regulación Francesa, al igual que el sistema norteamericano, presupone la existencia de un documento, es decir, una materialización. Al igual que la regulación norteamericana requiere de la existencia física del documento, pues las informaciones no consignadas o reproducidas no constituyen un documento y, por tanto, no son susceptibles de ser objeto de libertad de acceso. Relacionado con lo anterior, la jurisprudencia de ambos países converge en el sentido de precisar que el documento debe existir en el momento de la solicitud de la comunicación, de modo que los particulares no pueden exigir a la Administración efectuar un trabajo de síntesis o de confección del documento –elaboración de estadísticas, por ejemplo–. Asimismo, no es posible solicitar documentos de producción futura, de tal modo que la petición se convertiría en una “suscripción”.

<sup>99</sup> En el que prefiere la norma de estructura superior, cuestión especialmente enfatizada por el constitucionalismo de la segunda parte del siglo XX.

Lo que está en juego en estos tres principios no es necesariamente la validez de una norma, regularmente posterior, que afecta a las anteriores y que en consecuencia obliga a considerar la derogación de las previas, sino cómo es posible definir un marco conceptual que permita la convivencia de esa complejidad normativa con criterios de selección idóneos.

Tal es el contexto de la supletoriedad de Ley de Procedimiento Administrativo, como se ha explicado en la primera parte del presente informe, sin perjuicio de lo cual nos interesa realizar precisiones adicionales con el objeto de poder arribar a conclusiones útiles para el Consejo de la Transparencia.

La supletoriedad de la Ley de Procedimiento tradicionalmente es explicada en el sentido de que sus principios y normas son aplicables en todos aquellos procedimientos que actualmente tiene la Administración, posean o no regulación legal, así como los procedimientos sectoriales que se regularán en el futuro. Los que tengan regulación de ley, se les aplicará preferentemente en lo específico la norma especial<sup>101 102</sup>, pues su objetivo último era evitar un efecto derogatorio genérico<sup>103</sup>.

La cláusula de supletoriedad no es una de “derecho transitorio”, es decir constituye una “cláusula de cierre” tendiente a asegurar la existencia de un Derecho y garantías aplicables en los procedimientos administrativos especiales. La supletoriedad no está destinada a resolver antinomias jurídicas, por el contrario es un efecto del carácter de “bases” de la ley de procedimiento. En efecto, la Ley N° 19.880, siguiendo el criterio formal y material de la Constitución (art. 63 N° 18) impone una delimitación entre los subsistemas procedimentales sectoriales, conforme a los cuales estos aparecen claramente como sistemas parciales y necesariamente fragmentarios, en cuanto referidos a materias concretas y tasadas, en tanto el ordenamiento provisto por la ley de procedimiento otorga un bloque normativo central a las regulaciones sectoriales.

---

<sup>100</sup> Desarrollado para explicar y resolver los conflictos normativos que el principio de jerarquía no puede satisfactoriamente resolver.

Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Administrativo y Público General, T.II*, Iustel, 2006, p. 235. Las relaciones internormativas en el interior del ordenamiento principal y de los ordenamientos secundarios están presididas por el principio de jerarquía. Las relaciones interordinamentales que afectan a normas generadas en el seno de ordenamientos distintos, están ordinariamente disciplinadas por el principio de competencia.

<sup>101</sup> Esta es una de las cuestiones que mayor preocupación generó durante la discusión legislativa en la sala del Senado, existiendo finalmente claridad de que “este procedimiento general va a regir en defecto de procedimiento especiales actualmente establecidos, que mantienen su vigencia”. Sesión ordinaria N° 4°, miércoles 3 de octubre de 2001, *Diario de Sesiones del Senado*, p. 172 – 197.

<sup>102</sup> La jurisprudencia administrativa ha dicho que si existe una norma específica que regula una materia concreta, se prefiere ésta que la de la Ley de Procedimiento por tener esta última carácter supletorio. Dictámenes Nros. 33306, 48869, 48940 , 54531, de 2004; 4.321, 39.348, de 2007; 3.441, 14.643, 62.496, de 2008; 3.012, 5.387, 33.796, de 2009.

<sup>103</sup> Este es el sentido de la historia fidedigna del precepto, como consta en la sesión ordinaria N° 4, 2001, del Senado, *ibidem*. En este sentido se pronuncia dictámenes N° 48869, de 2004, Nros. 1896 y 6184, de 2005.

De lo dicho se sigue que el procedimiento administrativo de “bases” es un depósito instrumental jurídico en el que el legislador sectorial o el instructor de cada procedimiento encuentra las herramientas procedimentales necesarias para la finalidad concreta perseguida en los distintos sectores materiales.

En este marco (el de un procedimiento de bases y común), el legislador proveerá de regulaciones especiales aplicables por razón de la materia, pero sin que la especialidad signifique derogación o excepción a la normativa “común”, sino selección entre opciones previstas en ella en función del objeto del procedimiento, atribución de competencias a órganos determinados, concreción de términos o plazos, y, en definitiva, adaptación del procedimiento tipo a las características de la materia regulada. Esta consideración del procedimiento “básico” no implica, pues, que todas las garantías sean aplicables a todos los procedimientos, pero sí deben serlo las que sean necesarias o exigibles en función del fin perseguido en cada caso, es decir, del objeto del procedimiento (no es lo mismo, pedir un certificado o información, que solicitar una concesión o la aplicación de una sanción).

De este modo es fácil comprender el principio de la supletoriedad, si se entiende que es un efecto natural y obvio de la categoría de “bases” de la Ley de Procedimiento.

Por esta razón, hemos sostenido que podemos hablar de tres grados o niveles de supletoriedad<sup>104</sup>:

(a) La *supletoriedad de primer grado* se dará cuando el legislador no regule un procedimiento específico para un acto administrativo, así como su régimen jurídico aplicable<sup>105</sup>. Esta circunstancia sucederá no sólo en el caso de omisión legal, sino también en aquellos casos en donde exista regulación reglamentaria del procedimiento, pues en este caso se viola la “reserva de ley” del procedimiento administrativo frente a lo cual se aplica íntegramente el procedimiento de “bases” o “tipo”<sup>106</sup>.

(b) La *supletoriedad de segundo grado* se dará cuando el legislador regule parcialmente un procedimiento administrativo o bien esa regulación abarque parte del régimen jurídico

---

<sup>104</sup> Cordero Vega, L., “La supletoriedad en la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo”, en *Acto y Procedimiento*, VVAA, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2007, p. 64.

<sup>105</sup> La jurisprudencia ha indicado, por ejemplo que “para solicitar los permisos y comisiones de servicio antes mencionados, será necesario [ante la ausencia de regulación específica] respetar los principios que se contemplan en Ley N° 19.880, sobre procedimiento administrativo”. Dictamen N° 34207, de 2005.

<sup>106</sup> La jurisprudencia ha señalado que “al respecto, como cuestión básica y preliminar, debe establecerse que la supletoriedad de la ley N° 19.880, que limita la aplicación de sus disposiciones a aquellos aspectos o materias no previstos en la normativa sectorial, concierne únicamente a los procedimientos establecidos en una ley, comoquiera que el inciso primero del artículo 1° de ese cuerpo legal da tal alcance supletorio sólo “en caso de que la ley establezca procedimientos administrativos especiales”. Por lo mismo, si tales procedimientos se encuentran establecidos en reglamentos, no cabe que en ellos se limite o restrinja la aplicación de la ley N° 19.880, por motivo de supletoriedad.”. Dictamen N° 39.348, de 2007. En el mismo sentido dictámenes N° 42639, de 2007; 20944 y 28936, de 2008; N° 44851, de 2009.



del acto<sup>107</sup>. En otras palabras, el carácter supletorio, importa aplicar la Ley N° 19.880 cuando es necesario integrar un procedimiento en el cual falta algún aspecto de la regulación básica en la tramitación de los procedimientos administrativos o del régimen jurídico de los actos administrativos.

Sin embargo, el requisito fundamental establecido por la jurisprudencia administrativa para que opere esta forma de supletoriedad es que “ella sea conciliable con la naturaleza del respectivo procedimiento especial, toda vez que su objetivo es solucionar los vacíos que éste presente, sin que pueda afectar o entorpecer el normal desarrollo de las etapas o mecanismos que dicho procedimiento contempla para el cumplimiento de la finalidad particular que le asigna la ley”.<sup>108</sup>

(c) El *tercer grado de supletoriedad*, se da en el caso en que se hubiese regulado completa y agotadoramente el procedimiento y el régimen jurídico del acto, es decir, desde el inicio de su elaboración hasta su extinción y revisión (que es lo que regula la ley de procedimiento). En tal caso parece razonable suponer que el desplazamiento de las normas específicas pareciera ser total, en su calidad de reglas primariamente aplicables; esto no obstante que atendido el mandato constitucional (art. 63 N° 18) el conjunto del sistema normativo de la Ley N° 19.880 podrá y deberá seguir siendo utilizado a título de derecho supletorio, como fuente última de normas de ejecución reglamentaria, criterios interpretativos y principios generales aptos para resolver casos concretos, por que las instituciones centrales y las regulaciones matrices del régimen jurídico común de

---

<sup>107</sup> Por ejemplo, si la ley no contempla normas de notificación (Dictamen N° 37747, de 2003, 38121, 2007 y 37663, de 2008), si no establece la forma en que se contabilizan los plazos (Dictamen N° 3825, de 2005; 3441, de 2008), carece de normas para comparecer mediante apoderado (Dictamen N° 54711, de 2004), o no existen regulaciones de principios generales como en compras públicas (Dictámenes Nros. 3888, de 2004 y N° 23798, de 2005).

<sup>108</sup> Dictámenes N° 33255, de 2004 ; 3825 y 31414, de 2005; 11564, 15492, 17329, 31063, 44314, 53303, de 2007; 36734 y 60435, de 2008; 32762, de 2009.

El dictamen N° 60435, de 2008, resume bien este criterio al indicar:

“Precisado lo anterior, se debe señalar que según lo dispuesto en el artículo 1° de la ley N° 19.880, las normas contenidas en ella se aplican a todos los procedimientos administrativos que desarrollan los órganos de la Administración, salvo que la ley establezca procesos especiales, en cuyo evento este cuerpo normativo rige con carácter supletorio, lo que ocurrirá en la medida que la materia sobre la cual versa la norma de esa ley de bases, que pretende aplicarse, no haya sido prevista en dicho procedimiento particular.

Asimismo, junto con el supuesto antes señalado, es necesario que la aplicación supletoria en comento sea conciliable con la naturaleza del respectivo proceso especial, toda vez que su objetivo es solucionar los vacíos que éste presente, sin que pueda afectar o entorpecer el normal desarrollo de las etapas y mecanismos que contempla para el cumplimiento de la finalidad particular que la ley le asigna (...)”.

Por esta razón no es admisible, a juicio de la jurisprudencia, instruir a los Jefes de Servicio para que en los sumarios administrativo o en las investigaciones sumarias, se aplique la Ley de Procedimiento en relación a los denunciados, de manera que estos tuviesen acceso al contenido del expediente disciplinario, toda vez que los preceptos de la precitada ley no le son aplicables, al existir normativa específica que la reglamenta, y que determina claramente quienes tienen la calidad de interesado al interior de estos. Dictamen N° 6184, de 2005.

los actos administrativos en el Derecho chileno se encuentran precisamente en aquel cuerpo normativo<sup>109</sup>.

Analizado los aspectos asociados a las hipótesis de operación de la supletoriedad de la LBPA, debemos enfrentar ahora la manera en que esos criterios se aplican al procedimiento de acceso a la información pública.

## **B. La LAIP y los estándares de aplicación de la supletoriedad de la LBPA.**

### **1. El marco general**

En el caso del acceso a la información pública estamos en presencia de un procedimiento administrativo, pues constituye un conjunto de actos trámite, de la Administración y de los interesados, destinados a la obtención de un acto administrativo terminal, que permite el acceso a la información pública o bien lo deniega por razones fundadas<sup>110</sup>.

Definido que lo que estamos en presencia es de un procedimiento administrativo, la pregunta razonable es ¿cuál es el marco normativo que le es aplicable?

Como hemos sostenido en el cuerpo de este informe, la LBPA es el marco básico y general sobre el cual descansan la dictación de los actos administrativos, en tanto garantía básica y común que se otorga a los particulares en sus relaciones con el Estado.

Sin embargo, y tal como se ha explicado, cuando existe un procedimiento administrativo especial regulado por ley, la LBPA sólo se aplicará con carácter de supletorio en aquellas materias en que la norma especial no disponga de regulación y, en la medida que la supletoriedad sea compatible con el procedimiento de que se trate, sin que pueda afectar el normal desarrollo de las etapas o mecanismos que el

---

<sup>109</sup> Sobre la forma de ver este criterio de la supletoriedad ver Santamaría Pastor, J., *Principios de Derecho Administrativo General*, T.I., Iustel, Madrid, 2004, pp. 191 y 192.

La jurisprudencia administrativa ha recogido esta idea, al señalar en el dictamen N° 36234, de 2007, que “(...) conviene precisar que la aplicación supletoria de la ley N°19.880 involucra tanto a los principios previstos en ese texto legal, como a las regulaciones concretas del procedimiento administrativo general previsto en él, éstas últimas en la medida que sean conciliables con la naturaleza y propósitos del procedimiento especial.”.

<sup>110</sup> Ver art. 18 de LBPA. Por su parte el Decreto Supremo N° 13, de 2009, que establece el Reglamento de la Ley N° 20285 sobre Acceso a la Información Pública, regula en el Título III lo que denomina “Procedimiento Administrativo del Derecho de Acceso a la Información”.

En el Dictámenes N°36234, de 2007, la jurisprudencia califica que se debe ajustar a un procedimiento administrativo el trámite de fiscalización de una empresa.

De igual modo, en el caso del Dictamen N° 42134, de 2009, califica de acto administrativo el aviso de cesación de la relación laboral de un Municipio con un trabajador, por lo que debe someterse a las normas del procedimiento administrativo y notificarlo de conformidad a la LBPA.

procedimiento especial contempla para el cumplimiento de la finalidad particular de la ley respectiva, pues en tal caso debe prescindirse de la supletoriedad regulada.

A continuación analizaremos los supuestos sobre los cuales descansa el procedimiento de acceso a la información en diversas materias, a título meramente ilustrativo, relacionándolos con las del procedimiento administrativo general, de manera de establecer un test que permita resolver razonablemente los problemas de supletoriedad que se puedan presentar.

Tema	LBPA	LAIP
<b>Legitimados para iniciar el procedimiento.</b>	El procedimiento se puede iniciar de oficio o a petición de los interesados <sup>111</sup> (titulares de derechos e intereses legítimos).	El procedimiento sólo se puede iniciar a petición de parte, bastando un simple interés <sup>112</sup> .
<b>Legitimados para participar del procedimiento</b>	Además de quien lo promueve y el que sin promoverlo tenga derechos o intereses legítimos que pueden ser afectados <sup>113</sup> .	Sólo el tercero titular de un derecho, debidamente emplazado (art. 20)
<b>Apoderados</b>	Se puede actuar por medio de ellos <sup>114</sup> .	No existe regulación.
<b>Plazos</b>	Recepción (24 horas), mero trámite (48 horas), emisión de informe (10 días), instrucción (20 días, contados desde la certificación que está en condiciones de resolverse), plazo máximo (6 meses). Requiere solicitar el silencio negativo, para acceder a la jurisdicción. La contabilización de los plazos es de días hábiles, expresamente regulados (son inhábiles sábados, domingos y festivos) <sup>115</sup> .	Sólo regula el plazo de instrucción (20 días hábiles, con prórroga de 10 días). El plazo se contabiliza desde la presentación) Vencido el plazo hay acceso al reclamo administrativo (amparo de acceso a la información). La mención a los plazos es sólo de días hábiles, sin señalar como se computan <sup>116</sup> .

<sup>111</sup> Art. 21 N° 1 LBPA

<sup>112</sup> Art. 10 LAIP.

<sup>113</sup> Art. 21 N° 2 y 3 LBPA.

<sup>114</sup> Art. 22 LBPA

<sup>115</sup> Arts. 24, 26 y 27 LBPA

<sup>116</sup> Arts. 14 y 24 LAIP.

<b>Iniciación</b>	De oficio o a solicitud de parte, dependiendo del procedimiento y el acto.  Dispone de norma que reenvía a la regulación sectorial para declarar el desistimiento en caso de no cumplir los requisitos de la presentación <sup>117</sup> .	Siempre a solicitud del interesado, con norma de corrección obligatoria bajo apercibimiento de tenerlo por “desistido” <sup>118</sup> .
<b>Medidas provisionales</b>	Regula su contenido y procedencia <sup>119</sup> .	No existe regulación.
<b>Instrucción</b>	Normas de trámite, incluida la prueba y el valor de los informes <sup>120</sup> .	Regulación de plazo para acceder o denegar, sin indicación de normas sobre prueba o solicitud de informes <sup>121</sup> .
<b>Audiencia obligatoria a los afectados</b>	Sólo en los casos de invalidación y recursos administrativos <sup>122</sup> .	Al tercero que puede afectar sus derechos <sup>123</sup> .
<b>Finalización</b>	Regula el contenido del acto terminal, incluida la regulación de las cuestiones accesorias, la imposibilidad de la <i>reformatio in pejus</i> y el estándar de motivación <sup>124</sup> .	Depende de la denegación o el acceso. En la denegación, las causales y el contenido del acto se encuentra tasado <sup>125</sup> .  En el caso del acceso el contenido del acto se regula <sup>126</sup> .
<b>Recursos</b>	Recurso de reposición y jerárquico	Existe recurso administrativo especial, que dispone, además de un procedimiento administrativo específico <sup>127</sup> .

<sup>117</sup> Arts. 28 y 31 LBPA

<sup>118</sup> Arts. 12 LAIP.

<sup>119</sup> Art. 32 LBPA.

<sup>120</sup> Arts. 34 al 38 LBPA.

<sup>121</sup> Art. 14 LAIP.

<sup>122</sup> Arts. 53 y 55 LBPA.

<sup>123</sup> Art. 20 LAIP.

<sup>124</sup> Art. 41 LBPA.

<sup>125</sup> Arts. 16, 20, 21 y 22 LAIP.

<sup>126</sup> Arts. 17 y 19 LAIP.

<sup>127</sup> Arts. 24 – 27 LAIP.

		Se regula procedimiento jurisdiccional específico <sup>128</sup> .
<b>Revisión</b>	Invalidación, revocación, recurso de revisión <sup>129</sup> .	No dispone de norma.
<b>Notificaciones</b>	Actos de particular aplicación, notificación. De general aplicación o a personas indeterminadas, publicación en el Diario Oficial <sup>130</sup> .	Sólo dispone de normas de comunicación al solicitante por vía electrónica. Para los demás casos, las notificaciones se realizan de conformidad a las normas del procedimiento de notificación y notificación tácita de LBPA <sup>131</sup> .  Notificación en caso de recursos, por carta certificada <sup>132</sup> .

## 2. Criterios.

De este modo, siguiendo las pautas señaladas con anterioridad, podemos distinguir los siguientes criterios o etapas de la supletoriedad de la LBPA en la LAIP.

**a) Primer criterio: Hay norma legal expresa que regula el procedimiento, y en consecuencia se aplica la LAIP.**

Es lo que sucede, por ejemplo, con las normas sobre legitimación. En efecto, en relación al inicio de parte, la legitimación de la LAIP va más allá del interesado legítimo de la LBPA, bastando el simple interés. Sin embargo, en el caso de la participación de los interesados que no iniciaron el procedimiento, ésta legitimación de la LAIP sólo corresponde a quien tiene un “derecho” susceptible de ser afectado por la decisión, es decir, lo restringe al directamente afectado. Con los estándares explicados, siempre se aplicará la LAIP, por constituir la norma acabada que regula la etapa del procedimiento respectivo<sup>133</sup>.

<sup>128</sup> Arts. 28 – 30 LAIP.

<sup>129</sup> Arts. 53, 60 y 61 LBPA

<sup>130</sup> Arts. 45, 46, 47 y 48 LBPA.

<sup>131</sup> Art. 12 LAIP.

<sup>132</sup> Art. 25 LAIP.

<sup>133</sup> Esta misma hipótesis, dado que corresponde al criterio, debe entenderse extensiva a los plazos (número), pero no a la forma de contabilización.

**b) Segundo criterio: No hay norma legal expresa que regule la etapa del procedimiento y hay compatibilidad con la naturaleza del procedimiento administrativo de acceso.**

En tal caso se aplica supletoriamente la LBPA, pues la aplicación supletoria de ella no desnaturaliza el procedimiento de acceso. Es lo que sucede, por ejemplo, en materia de contabilización de plazos, dado que la LAIP sólo se refiere a días hábiles, sin señalar la forma en que estos se contabilizan; asimismo, se encuentra dentro de esta hipótesis la comparecencia por medio de apoderado, tanto para el solicitante como para el tercero a quien se le da audiencia para ejercer su derecho de oposición. En esta categoría, deben entenderse las normas de notificación del acto administrativo, especialmente, en materia de personas “cuyo paradero fuere ignorado”, pues en tal caso se aplica la “publicación sustitutoria”<sup>134</sup>.

**c) Tercer criterio: No hay norma legal expresa que regule la etapa del procedimiento, pero la aplicación supletoria es incompatible con el procedimiento de acceso.**

En tal caso no es posible aplicar la LBPA, porque si se aplicara desnaturalizaría el procedimiento, afectando su finalidad regulatoria. Es el caso, en nuestra opinión, de las medidas provisionales, pues esta es una institución destinada a garantizar los resultados del acto administrativo<sup>135</sup>, que no es aplicable en sus objetivos al perseguido en la LAIP.

**d) Cuarto criterio. No hay norma legal que regule el procedimiento, se aplica íntegramente la LBPA. No hay supletoriedad.**

Esta cuarta hipótesis no se da en el procedimiento de acceso a la información, pues precisamente la ley lo regula como procedimiento especial. Se hace referencia en esta parte a este criterio, para disponer de los cuatro que deben considerarse al momento de delimitar los efectos de la supletoriedad de la LBPA, por parte del operador legal.

De este modo, en nuestra opinión, considerando los aspectos normativos, jurisprudenciales y dogmáticos sostenidos en el presente informe, es posible con el objeto de delimitar adecuadamente los contornos de la aplicación de la LBPA en la LAIP, aplicar para cada una de las hipótesis de interés el *test* de los cuatro criterios señalados con anterioridad.

Analizado los aspectos generales de aplicación de la supletoriedad, abordaremos ahora una hipótesis concreta que corresponde a la participación de los terceros susceptibles de ser afectados por el procedimiento de acceso a la información.

---

<sup>134</sup> Art. 45 inciso final LBPA. No obstante lo anterior, los actos administrativos que afectaren a personas cuyo paradero fuere ignorado, deberán publicarse en el Diario Oficial.

<sup>135</sup> Vid. Cordero Vega, L., *El Procedimiento Administrativo*, Lexis Nexis, 2003, p. 117.

## X. LA EXTENSIÓN Y RELACIONES DE LEGITIMACIÓN ENTRE LA LAIP Y LBPA.

Como hemos señalado la naturaleza de regulación básica y uniforme para la dictación de los actos administrativos de la LBPA, es la que otorga la naturaleza de régimen jurídico común a la dictación de los actos de la Administración y su procedimiento.

Como se indicó en el cuerpo del presente informe la LBPA se aplica con carácter supletorio en el caso de las normas sectoriales que establezcan o dispongan de procedimientos administrativos especiales, como podría suceder con la LAIP.

En síntesis, es la LBPA la supletoria de la LAIP y no a la inversa, en tanto en la primera se regula la existencia de los actos. Es la primera la que establece de un régimen jurídico común al cual deben someterse la dictación de los actos administrativos (p.e. el de solicitud de acceso a la información), de manera que la LBPA se aplicará con carácter de supletoria cuando la segunda no disponga de un marco regulatorio específico. Lo anterior, no alcanza la hipótesis de la solicitud de información que no accede a un acto o un procedimientos, cuestión que analizaremos más adelante.

Sin embargo, una cuestión diferente es resolver la interrogante de ¿qué sucede cuando un “interesado legítimo” en un procedimiento administrativo, en ejercicio de sus derechos de interesado, pide acceder a documentos del expediente y no le son entregados? Tal interrogante la trataremos de resolver en las etapas que siguen, sin embargo debemos resolver algunas cuestiones previas con la aplicación de la LBPA.

### A. Momentos temporales o la extensión de la legitimación.

#### 1. El contexto de la regulación chilena. El antecedente regulatorio del Derecho español.

Como se explicó en la primera parte de este informe la LAIP tiene su origen un mensaje del Ejecutivo que tenía por objeto abordar el silencio administrativo, como un indicador de eficiencia de la gestión administrativa. Como explicamos, también, en su tramitación se convirtió en una ley de Procedimiento Administrativo cuya influencia principal es la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común Española de 1992 (LRJPAC), que a su vez impactó decididamente en la legislación latinoamericana y por supuesto en la chilena.

Si se analiza en términos comparados, se podrá apreciar como el legislador chileno recogió la distinción normativa de la LRJPAC, entre el “derecho a conocer” del interesado y el “derecho de acceso” de los terceros.

LBPA	LRJPAC
Artículo 17. Derechos de las personas. Las personas, en sus relaciones con la Administración, tienen derecho a:	Artículo 35. Derechos de los ciudadanos. Los ciudadanos, en sus relaciones con las Administraciones Públicas, tienen los siguientes derechos:
a) Conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener	A) A conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y

copia autorizada de los documentos que rolan en el expediente y la devolución de los originales, salvo que por mandato legal o reglamentario éstos deban ser acompañados a los autos, a su costa;	obtener copias de documentos contenidos en ellos.
d) Acceder a los actos administrativos y sus documentos, en los términos previstos en la ley;	H) Al acceso a los registros y archivos de las Administraciones Públicas en los términos previstos en la Constitución y en ésta u otras Leyes.

Pero a su vez, la LRJPAC estableció en su artículo 37 la regulación del Derecho de Acceso estableciendo la condición sobre la cual se perfecciona el derecho, es decir, aquella asociada al procedimiento administrativo terminado. La norma señala que:

Artículo 37. Derecho de acceso a Archivos y Registros.

1. Los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud.

La literatura española ha explicado esta situación, afirmando que esta distinción proviene del dilema entre eficiencia y garantía. Se indica que el permitir el acceso a la información por parte de terceros mientras el procedimiento está en curso puede afectar la eficiencia de la actuación administrativa. Se critica la disposición<sup>136</sup> señalada en la circunstancia de que la distinción es muy rígida, pues al distinguir entre procedimiento terminado o no, impide evaluar hipótesis en que sin afectar a la

---

<sup>136</sup> Para una síntesis de las críticas y las respuestas a ellas ver Rams Ramos, L., *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*, Editorial Reus, Madrid, 2008, pp. 418 a 422.

Por su parte Sánchez Morón, *Derecho Administrativo. Parte General*. Tecnos, 2005, p. 458 y 459, señala que por lo que se refiere a la exigencia de que correspondan a los expedientes terminados, es preciso ponerla en relación con el derecho que otorga el art. 35 a) a quienes tengan la condición de interesados en un procedimiento de obtener copias de los documentos contenidos en ellos. Por tanto, cuando se trate de documentos que formen parte de un procedimiento formalizado, esto es, de una encadenación de actuaciones administrativas y de las partes para la adopción de una decisión, el derecho de acceso estaría restringido a quienes son parte en ese procedimiento mientras no se ha terminado y sólo se reconocería a cualquier ciudadano una vez finalizado. Se trata de una regla limitativa y por ello generalmente criticada, que tampoco se contempla en la legislación europea ni en la Ley N° 38/1995. Ésta permite denegar el acceso a documentos o datos inconclusos (además de las comunicaciones y deliberaciones internas de la Administración Pública), como por ejemplo, un proyecto de dictamen o datos estadísticos sin elaborar. Pero no se entiende por qué se ha de vedar la información sobre estudios, informes u otros documentos preparatorios ya definitivos que se aporten, por ejemplo, aprobar un reglamento o un plan de la Administración que se esté elaborando y que puedan ser de interés objetivo para el público (la STS de 17 de febrero de 2004 admite, precisamente, el acceso a este tipo de documentos en materia de medio ambiente). En cualquier caso, la alusión a los procedimientos terminados no limita el acceso a documentos que no se integran en un expediente formalizado, sino que formen parte de otras actuaciones y que obren en poder de la Administración.



eficiencia, se pueda acceder a la información pública mientras el procedimiento se encuentre en curso<sup>137</sup>.

Esta distinción rígida ha llevado a algunos a sostener la necesidad de encontrar un criterio interpretativo, que busque tener acceso a la información aunque el procedimiento no se encuentre finiquitado, en la medida que mucha de la información en manos del Estado no accedería a expediente administrativo alguno.

## **2. La manera conceptual de entender el acceso como perfeccionamiento del derecho: la diferencia entre interesado legítimo (la garantía) y simple interesado.**

Como hemos señalado con anterioridad tradicionalmente nuestra jurisprudencia ha distinguido entre el derecho a conocer del interesado legítimo, del derecho a acceder del simple interesado, pues el primero es siempre “un sujeto del procedimiento administrativo”, de manera que tiene posiciones jurídicas protegidas. Esa distinción la ha realizado sobre un eje articulador: el acto administrativo y su procedimiento.

La razón de esa distinción tiene dos fuentes: (a) la Ley 19.653, de 1999, se construyó sobre el acto administrativo y sus documentos que le sirven de complemento directo y esencial<sup>138</sup>; (b) la dictación de la Ley de Procedimiento Administrativo, de 2003, que recogiendo la regulación española distinguió entre derecho a conocer (del interesado) del derecho al acceso (de los terceros).

Esa distinción deriva de la explicación clásica en orden al por qué nos preocupamos tanto del interesado legítimo. La razón tiene que ver con una elemental garantía de debido procedimiento administrativo, en la medida que el afectado o el posible afectado con una decisión administrativa tenga el derecho a controvertir y aportar antecedentes a la Administración durante el procedimiento de elaboración del acto administrativo<sup>139</sup>,

---

<sup>137</sup> Como señala Fernández Ramos, ob. cit., pp. 440 y 441, Parece oportuno recordar brevemente cómo se resuelve este eventual conflicto de entre el principio de eficacia y el de publicidad en el derecho comparado. Se ha analizado que el principio de eficacia de la acción administrativa puede justificar la suspensión del derecho de acceso durante la tramitación del procedimiento con objeto de evitar que el acceso perjudique la adecuada instrucción del mismo en aquellos casos en los que la difusión de las diferentes opciones consideradas o ideas estudiadas, antes de que se haya producido la decisión final, pueda afectar el contenido de ésta, en detrimento de la autonomía –inherente a la responsabilidad correspondiente- de que han de gozarlos organismos en el ejercicio de sus legítimas competencias. Ahora bien, salvo en Derecho francés –aspecto que es criticado por la doctrina-, esta limitación no opera automáticamente, sino que es preciso que ese perjuicio se produzca precisamente en cada caso, lo cual exige una adecuada ponderación de los intereses en presencia. Además, dada la naturaleza del principio de eficacia como interés en juego, nada impide que la Administración pueda disponer del mismo, admitiendo el acceso por parte de terceros a los expedientes en curso, tal como se contempla en el modelo norteamericano como en el italiano.

<sup>138</sup> Lo que exigió definir normativamente el acto administrativo a través del DS N° 26, de 2001, en el criterio más restringido.

<sup>139</sup> Como clásicamente explica Santamaría Pastor, *Principios de Derecho Administrativo General*, T.II., 2ª ed, 2009, pp. 42 y 43, las potestades administrativas que se ejercen por el cauce del procedimiento tienen siempre unos destinatarios, personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, en cuya esfera incidirá el

cuestión que deriva sustancialmente del “principio de la contradictoriedad”<sup>140</sup> de la LBPA. Tal situación se denomina con diversos modos en el derecho comparado, principio de “audiencia” en España, los derechos de defensa (*droit de la défense*) en Francia la “participación de los interesados” (*partecipazione degli interessati*) en Italia, o “el derecho a una audiencia justa” (*the right to a fair hearing*) en el Reino Unido, por citar algunos ejemplos, y constituye un aspecto capital y esencial en la inteligencia del procedimiento administrativo<sup>141</sup>.

Por tal razón, la literatura señala que el derecho de los interesados en cada procedimiento administrativo concreto, a conocer el contenido del expediente en cualquier momento, deriva de la propia posición procesal que en él ocupa, y que le corresponde en función del criterio de legitimación previsto en el ordenamiento. Notas que no son comunes con el derecho de acceso que nos ocupa, que posee una trascendencia específica respecto de la propia de los derechos de los interesados en el procedimiento. La justificación de este derecho (de acceso), deriva como consecuencia necesaria del principio de control pleno de la actuación administrativa<sup>142</sup>.

Por tal motivo, la jurisprudencia administrativa señaló que la condición de interesado es la que permite hacer efectiva la defensa de derechos frente a la Administración.

(...) el artículo 17 de la ley N° 19.880, disposición fundamental en esta materia, al especificar cuáles son los derechos que las personas tienen en sus relaciones con la

---

acto que le ponga fin. La ley de procedimiento, siguiendo una convención terminológica habitual, llama a todas estas personas “interesados”, por cuanto todo el que desee participar formalmente en un procedimiento debe ostentar, al menos, un interés legítimo en él; esto es, sólo en la medida que su esfera jurídica se vea o pueda verse afectada por la decisión que se adopte.

Por tal razón existe consenso más que arraigado que el interés legítimo es más que interés directo, en tanto supone una titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializa de prosperar ésta. Es decir, la relación entre el sujeto y el objeto de la pretensión, con la que se define la legitimación activa, comporta el que la anulación del acto que se recurre, sea en vía administrativa o jurisdiccional, produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro para el legitimado, pero cierto. Vid. Rams Ramos, ob. cit., pp. 368 y 369.

<sup>140</sup> Artículo 10. Principio de contradictoriedad. Los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio.

Los interesados podrán, en todo momento, alegar defectos de tramitación, especialmente los que supongan paralización, infracción de los plazos señalados o la omisión de trámites que pueden ser subsanados antes de la resolución definitiva del asunto. Dichas alegaciones podrán dar lugar, si hubiere razones para ello, a la exigencia de la correspondiente responsabilidad disciplinaria.

Los interesados podrán, en todo caso, actuar asistidos de asesor cuando lo consideren conveniente en defensa de sus intereses.

En cualquier caso, el órgano instructor adoptará las medidas necesarias para lograr el pleno respeto a los principios de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento.

<sup>141</sup> Cierco, ob. cit., 23.

<sup>142</sup> Mestre Delgado, J., Derecho de Acceso a los Archivos y Registros Administrativos, en *Diccionario de Derecho Administrativo*, T. I (Dir. Santiago Muñoz Machado), 2005, p. 854

Administración, incluye el de conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados -en su letra a)-, y el de formular alegaciones y aportar documentos que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente,-en su letra f)<sup>143</sup>.

Hay derecho de acceso sobre el acto (aunque sea de trámite), pero el interesado legítimo tiene el derecho permanente a participar. En efecto, Contraloría ha sostenido que:

En relación con la situación planteada, cumple con manifestar que, a la luz del ordenamiento jurídico aplicable sobre la materia, la jurisprudencia administrativa de esta Entidad de Control -vgr., la contenida en los dictámenes N°s. 55.331, de 2004 y 38.095, de 2005- ha sostenido que el legislador ha distinguido entre el acceso a los actos administrativos terminales, por una parte, y el conocimiento de los documentos que integran un expediente destinado a producir un acto administrativo, por otra, en términos tales que se ha previsto una regulación distinta para cada uno de estos dos casos.

Precisa dicha jurisprudencia que, mientras los artículos 13 de la ley N° 18.575, y 16 y 17, letra d), de la ley N° 19.880, regulan especialmente la transparencia y publicidad de los actos administrativos y la de los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, otorgando en general a las personas -incluidos los terceros ajenos al procedimiento que les dio origen-, el derecho a acceder a los mismos una vez que se encuentre finalizada la tramitación de aquéllos, los artículos 17, letra a), y 21 de la ley N° 19.880 confieren, de manera específica, a quienes tengan la condición de "interesados" en un procedimiento administrativo el derecho a tomar conocimiento del estado de la tramitación del procedimiento, en cualquier momento y, consecuentemente, aún antes de haberse dictado el decreto o resolución pertinente. Este derecho importa, por expresa disposición de la ley, la facultad de obtener copia autorizada de aquellos instrumentos asentados en el expediente destinado a producir un acto administrativo terminal<sup>144</sup>.

De este modo, es posible sostener que en el caso del Derecho Administrativo chileno, dado el marco regulatorio, el derecho de acceso a la información se perfecciona sobre la base de un acto administrativo dictado, de modo que a partir de ahí se accede a sus documentos, fundamentos y procedimiento, tal como se ha explicado extensamente en el presente informe.

Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en el Derecho Administrativo Español, fuente de nuestra regulación, el derecho de acceso no se condiciona a la terminación del procedimiento administrativo, de manera que es posible acceder a los actos administrativos trámite, tal como lo ha señalado la jurisprudencia y lo hemos explicado en el cuerpo del presente informe.

### **3. ¿Puede el interesado legítimo de la LBPA recurrir a la LAIP para resguardar sus derechos?**

Una última interrogante que es necesaria despejar es si un interesado legítimo que participa en el procedimiento administrativo en su condición de tal y en aplicación de la

---

<sup>143</sup> Dictamen N° 32234, de 2007.

<sup>144</sup> Dictamen N° 38735, de 2008.

letra a) del art. 17 de la LBPA, solicitando información, puede solicitar tutela al amparo de la LAIP.

En nuestra opinión ello es posible. El derecho del interesado legítimo, está explicado por su condición de tal, en la medida que la condición subjetiva susceptible de ser afectada explica el sistema de derechos de los cuales dispone al interior del procedimiento administrativo, respecto de los cuales la Administración debe dar protección y respeto, en la medida que como se recordó el procedimiento es una base común de derechos de los ciudadanos frente a la Administración.

Por tal motivo, si un interesado legítimo, durante la participación en un procedimiento administrativo, solicita tener acceso a información que no se le puede negar, ese interesado puede ejercer su legítimo derecho amparado en el marco general de transparencia, así por lo demás lo ha resuelto la jurisprudencia administrativa. En efecto, esta ha señalado que el interesado legítimo que tiene derecho a acceder a la información durante todo el procedimiento, se puede amparar en el artículo 8° de la CPR y 10 de la LAIP, sobre todo cuando debe ejercer sus derechos en un procedimiento impugnatorio:

“Al respecto, es menester indicar que, de conformidad al dictamen N° 34.185, de 2009, de este Ente Fiscalizador, el artículo 6°, inciso segundo, del citado decreto N° 69, de 2004, prevé que las actas y todos los antecedentes deben estar a disposición de los concursantes durante el plazo establecido para la reclamación, vale decir, aquél a que se refiere el artículo 160 de la ley N° 18.834, y que ello, además, resulta concordante con lo dispuesto en el artículo 8° de la Constitución Política de la República, y el artículo 10 de la ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública” (Dictamen N° 44.511, de 2009)<sup>145</sup>.

La Contraloría, también ha sostenido que un interesado puede solicitar los antecedentes que se encuentran en un procedimiento de dictaminación, fundándolo en el art. 8° de la CPR, pero en la condición de legitimado en la letra a) del art. 17 de la LBPA.

(...)

Sobre el particular, cabe anotar, en primer término, que el artículo 8° de la Constitución Política de la República, dispone que son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

(...)

A su vez, el artículo 17, letra a), de la citada ley N° 19.880, dispone, en lo pertinente, que las personas que tienen la calidad de interesados -como ocurre en la especie-, tienen derecho a conocer, en cualquier momento, el estado de tramitación de los procedimientos en los que sean parte y obtener copia autorizada de los documentos que rolan en el expediente.

De lo expuesto se infiere, que la publicidad y transparencia de los actos administrativos, sean de trámite o terminales, constituyen un principio de orden público consagrado en el

---

<sup>145</sup> Igual criterio se siguió en el Dictamen N° 21640, de 2009, referido a una concesión eléctrica.

ordenamiento jurídico que permite a los interesados en determinada actuación tener acceso a las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado (...).

Siendo ello así, la autoridad se encuentra obligada a proporcionar a los solicitantes copia de los actos que emita en el ejercicio de sus funciones públicas y de los documentos que le sirven de sustento, razón por la cual, el documento requerido por el peticionario quedará en la Oficina de Partes de esta Contraloría General para su retiro por éste, una vez ingresado el valor correspondiente a las fotocopias de áquel, según lo señala el aludido artículo 17 de la ley N° 19.880<sup>146</sup>.

De este modo, cuando en condición de interesado legítimo deseo acceder a información en manos del Estado, ese interesado puede hacer uso de su derecho de acceso, ocupando el sistema normativo de la LAIP, incluida la potestad de sanción en contra del jefe superior del servicio que niega la información.

La razón es simple. El interesado legítimo al interior del procedimiento administrativo, es un sujeto del procedimiento, titular de una situación activa susceptible de protección (art. 21 LBPA), que forma parte del proceso decisor de la Administración y en consecuencia invoca una causa para participar en él. En tal virtud tiene siempre mejor título jurídico que un simple interesado. Este último, es un sujeto que puede no tener título legítimo (no hay derecho o interés directo afectado), y que no requiere de causa para acceder a la información pública.

Sin embargo, teniendo mejor título el primero, la LBPA carece de instrumentos directos para hacer exigible el cumplimiento del “derecho a conocer”, de manera tal que puede recurrir a una herramienta general, incausada, como lo es la LAIP, para que por dicha vía (algo más extensa) pueda acceder a la información, pero esta vez con un mecanismo de garantía directa: el amparo y el Consejo.

Así las cosas, la ausencia de un sistema de cumplimiento de derechos al interior de la LBPA, genera un subsidio cruzado desde la LAIP con el objeto de poder conocer el contenido de determinada información.

## **XI. LOS TERCEROS Y SU PARTICIPACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO DE LA LAIP: LOS DILEMAS DE SU PARTICIPACIÓN Y EL ROL DEL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA.**

### **A. Un contexto general.**

Si bien no forma parte del presente informe en derecho el evaluar y analizar las causales de denegación específicas cuando se afecten derechos de terceros, para poder responder razonablemente las interrogantes planteadas, me parece indispensable realizar algunas consideraciones.

En general en el Derecho comparado se ha venido dando una dinámica permanente vinculada al derecho de acceso y la afectación de derechos de terceros. Este debate se

---

<sup>146</sup> Dictamen N° 50273, de 2008. En idéntico sentido Dictamen N° 52916, de 2008 y N° 40968, de 2007.

encuentra con mucha habitualidad en las relaciones entre “publicidad y privacidad” en el acceso a la información pública.

Como acreditamos en la primera parte del informe, la existencia de Leyes de Acceso de modo directo e indirecto se han vinculado a las Leyes de Protección de Datos Personales. *Directo*, pues en una buena cantidad de países la Agencia Pública a cargo de la aplicación de la ley de acceso, es la misma para la protección de los datos personales, producto de una evolución legislativa en los últimos años<sup>147</sup>; en las *indirectas* la protección de datos personales es una de las causales estándares que autorizan a denegar la información, dando origen a un debate sobre los criterios de ponderación o justificación de prevalencia del interés público<sup>148</sup>.

---

<sup>147</sup> Es el caso de EEUU se creó la *Office Information and Privacy (OIP)*, dependiente del Departamento de Justicia; en el caso de Francia la *Commission d' acces aux documents administratifs (CADA)*; en el caso de Alemania el *Comisario Federal para la Libertad de Información y para la Protección de Datos (BfDI)*; en el caso reciente de Reino Unido la *Information Commissioner*.

En el caso de instituciones separadas, se destaca Canadá con un *Comisario para la información y Comisario para la protección de la vida privada* y el caso de Italia entre la *Commissione per l' accesso y el garante per la protezione dei dati personali*.

<sup>148</sup> Como se sabe en el Derecho Norteamericano la protección del secreto en interés de terceros presenta dos grandes vertientes: por una lado, la protección del secreto a la vida privada y de otro, la protección del secreto industrial. La FOIA autoriza la retención de los expedientes de personal, historias médicas y “dossiers similares” –tales como los expedientes disciplinarios, según la jurisprudencia- cuya divulgación constituiría una intrusión manifiestamente injustificada en la vida privada de una persona. En estas condiciones el solicitante debe establecer el carácter prevalente del interés público a la transparencia. En cambio, si se trata meramente de una curiosidad personal o de un interés comercial prevalece el interés a la protección de la vida privada. En cuanto a la participación del tercero que afecte el documento solicitado, la FOIA originalmente no disponía de regulación y fue sólo bajo la administración de Reagan que se dictó una Executive Order (1987), con el objeto de comunicar a las empresas principalmente las solicitudes, otorgándoles un plazo razonable para su oposición.

En el caso del Derecho Francés la Ley 78 – 753 garantiza el derecho de acceso a los documentos administrativos de carácter “no nominativos”, de modo que no existe tal derecho respecto de los documentos de carácter “nominativos”. Además, se admite la exclusión del derecho de acceso a los documentos administrativos cuya comunicación pueda atentar al secreto de la vida privada, de los expedientes personales y médicos, así como el secreto en materia comercial e industrial. Una cuestión que resulta esencial, es que para la jurisprudencia francesa se entiende que tienen la calidad de documentos “nominativos” aquellos que contienen una apreciación o un juicio de valor sobre una persona física nominalmente designada o fácilmente identificable, así como los que comportan informaciones de orden personal, que se refieren al comportamiento de las personas concretas y que, de un modo u otro, la divulgación de dicho comportamiento podría causar un perjuicio, como por ejemplo un expediente escolar o un informe social.

En el caso del Derecho alemán no ha existido una Ley Federal de Acceso hasta el año 2005 y entró en vigencia el enero de 2006. Junto con excepciones basadas en la protección de diversos intereses públicos, del proceso de toma de decisiones, de la propiedad intelectual y de los secretos comerciales e industriales, se contempla en regulaciones de excepción relativa a los datos personales de un tercero, sólo se concederá el acceso cuando el interés del solicitante en la información prevalezca sobre el interés del afectado digno de protección o éste haya dado su consentimiento. Los datos especialmente protegidos, en el sentido de la normativa sobre protección de datos, sólo serán comunicados si el tercero ha dado su consentimiento expreso.

Se sostiene, considerando el marco general de países señalados en su oportunidad, que en ellos existe una conexión expresa entre la normativa reguladora de datos y del derecho de acceso, que se resuelve en la aplicación en tanto *lex specialis* de esta última en los casos de solicitudes de información personal realizadas por terceros. La excepción la constituyen los casos en que el solicitante es el propio afectado, en que la normativa de aplicación es la de protección de datos<sup>149</sup>.

Así también, en las diversas regulaciones analizadas, se pone de manifiesto que en el potencial conflicto entre publicidad y privacidad de la información administrativa, debe prevalecer como regla general la primera cuando se trata de acceder a información relevante para conocer la corrección de la actuación administrativa relativa no a la vida privada de las personas sino a las relaciones entre el poder público y sus propios empleados, contratistas, agentes, beneficiarios de subvenciones, permisos, etc. Las técnicas para llegar a ese resultado son diversas. En unos casos, este tipo de información se excluye *ex lege* del concepto de dato personal a los efectos de la aplicación de la normativa sobre acceso; entre otros la exclusión o el otorgamiento de un escaso peso en la ponderación es fruto de la interpretación de las autoridades de control y judiciales. Cuando la información se refiera a terceras personas en un vínculo especial de intensidad con la Administración, es necesario igualmente ponderar entre el interés público de la divulgación de la información y el interés privado en el mantenimiento de la reserva. En la mayoría de los sistemas se veda el acceso a los datos especialmente protegidos (protección de datos) o íntimos en sentido clásico, a los que solo se puede acceder por vía de requerimiento judicial en el seno de un proceso<sup>150</sup>.

Considerando estos aspectos, es necesario adentrarse ahora en la regulación nacional.

## **B. El contexto de la protección de los “derechos de terceros” en la LAIP.**

### **1. La oposición de terceros.**

#### **a) Marco regulatorio.**

De conformidad a la LAIP, dos son las razones en virtud de las cuales es posible denegar la información: (a) oposición de terceros; (b) causales de secreto o reserva. En efecto, el artículo 16 realiza la distinción del siguiente modo:

Artículo 16.- La autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, requerido, estará obligado a proporcionar la información que se le solicite, salvo que concurra la oposición regulada en el artículo 20 o alguna de las causales de secreto o reserva que establece la ley.

A su vez, el artículo 20 regula expresamente el derecho a la oposición.

---

Para una revisión comparada detallada ver Guichot, E., *Publicidad y Privacidad de la Información Administrativa*, Thomson - Civitas, 2009; Fernández Ramos, ob. cit. y Rams Ramos, ob. cit.

<sup>149</sup> Guichot, E., ob. cit., p. 162.

<sup>150</sup> Idem.

Artículo 20.- Cuando la solicitud de acceso se refiera a documentos o antecedentes que contengan información que pueda afectar los derechos de terceros, la autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, requerido, dentro del plazo de dos días hábiles, contado desde la recepción de la solicitud que cumpla con los requisitos, deberá comunicar mediante carta certificada, a la o las personas a que se refiere o afecta la información correspondiente, la facultad que les asiste para oponerse a la entrega de los documentos solicitados, adjuntando copia del requerimiento respectivo.

Los terceros afectados podrán ejercer su derecho de oposición dentro del plazo de tres días hábiles contado desde la fecha de notificación. La oposición deberá presentarse por escrito y requerirá expresión de causa.

Deducida la oposición en tiempo y forma, el órgano requerido quedará impedido de proporcionar la documentación o antecedentes solicitados, salvo resolución en contrario del Consejo, dictada conforme al procedimiento que establece esta ley.

En caso de no deducirse la oposición, se entenderá que el tercero afectado accede a la publicidad de dicha información.

Como se sabe esta norma fue incorporada, conjuntamente con la indicación sustitutiva del Ejecutivo, en la Cámara de Diputados. La razón de su incorporación fue acoger las críticas que se habían formulado a la regulación anterior de la LOCBGAE, en cuanto a que bastaba la mera oposición del particular, sin expresión de causa, para que se produjera la denegación de acceso y por la otra que la causal de oposición debía referirse a derechos y no a intereses<sup>151</sup>. Por tal motivo se eliminó del texto la expresión intereses y se exigió que la oposición fuera fundada.

Sin embargo, a diferencia del Derecho comparado en donde existe un debate en orden a los criterios que justifican afectar los derechos de terceros, basados en un criterio o estándar de “interés público”, el legislador chileno pareciera preferir siempre la publicidad<sup>152</sup>. En efecto, la norma del art. 20 dispone de una regla estricta de consentimiento que afecta al tercero, en la medida que si dentro del plazo legal conferido no se opone “se entenderá que el tercero afectado accede a la publicidad de dicha información”.

Pero sobre este punto es importante resaltar, que lo que presume la ley es el “consentimiento”, de lo que no se sigue que producto de ello se declare la información como pública, pues ello dependerá el estatuto jurídico en concreto del derecho de que se trate, como se verá.

---

<sup>151</sup> Así lo reconocía la jurisprudencia administrativa, por ejemplo ver por varios dictamen N° 61635, en donde sostuvo que “(...) según el inciso octavo del citado artículo 13 de la ley N° 18.575, deducida la oposición en tiempo y forma, el organismo requerido quedaba impedido de proporcionar la documentación o antecedentes solicitados, salvo resolución judicial en contrario, dictada conforme al procedimiento que establecía el artículo 14 de dicho cuerpo legal.”.

<sup>152</sup> Cuestión que se ve ría reforzada por los principios de relevancia y máxima divulgación establecidos en el art. 11 de la LAIP.



**b) La condición procedimental: la audiencia previa y el tipo de interesado.**

La norma del artículo 20 se encuentra esencialmente estructurada sobre la base de que si lo solicitado puede afectar “derechos de terceros”, la autoridad administrativa antes de resolver la petición debe obligatoriamente “comunicar mediante carta certificada, a la o las personas a que se refiere o afecta la información correspondiente” con el objeto de que puedan hacer efectivo su derecho de oposición.

El trámite es esencial y obligatorio, cuestión que se refleja en las exigencias en orden al plazo de notificación, el plazo de oposición y el efecto de la omisión de ella.

Técnicamente lo que la LAIP exige a los organismos administrativos es el denominado trámite de audiencia previa a favor de un tercero ajeno al procedimiento de acceso, que dado el contenido de él se puede ver afectado en sus “derechos”. En otros términos exige esta audiencia al directamente afectado por la eventual publicidad<sup>153</sup>, de modo que en adelante pasa a investir la calidad de interesado que comparece al procedimiento.

Pero ¿por qué es tan relevante la calificación de este trámite como audiencia previa? Porque, como explicaré, tras él se encuentra uno de los grandes asertos del procedimiento administrativo.

En la literatura clásica del Derecho Administrativo el trámite de audiencia previa, es uno de los trámites más esenciales del desarrollo del procedimiento, en la medida que él representa una condición esencial, verdadero *minimum* sin el cual no puede decirse que exista realmente procedimiento en sentido propio<sup>154</sup>. Esta cuestión es especialmente relevante en los actos administrativo que puedan imponer condiciones gravosas o desventajosas para los ciudadanos. Por tal motivo, existe consenso respecto sobre que través de él es posible hacer efectivo el derecho a las alegaciones al interior del procedimiento administrativo<sup>155</sup>.

Esta cuestión es importante, porque en aquellos casos en que el trámite de la audiencia previa es preceptivo (obligatorio), su condición de garantía esencial y primaria de los interesados justifica, en principio, que su omisión se considere habitualmente como causa de nulidad de la resolución final<sup>156</sup>.

Como se afirma, existe una funcionalidad bifronte en el trámite de audiencia, en cuanto mecanismo de de garantía de los particulares a la par que como fuente de información necesaria para resolver de modo ajustado a las circunstancias concretas del caso en cuestión. Sin embargo, la consolidación de la indefensión como clave de bóveda en el

---

<sup>153</sup> Que la LBPA considera en el art. 21 N° 2. En tanto señala que tienen la calidad de interesado legítimo en el procedimiento administrativo “Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte”.

<sup>154</sup> García de Enterría E, Fernández, T.R, *Curso de Derecho Administrativo, T.II.*, Civitas, 8va edición, 2002, p. 502.

<sup>155</sup> Ver en este sentido Tardio Pato, J.A., “audiencia”, en *Diccionario de Derecho Administrativo*, T.I., Iustel, 2005, pp. 263 a 270

<sup>156</sup> García de Enterría E, Fernández, T.R, ob. Cit.

enjuiciamiento de la anulabilidad del acto administrativo ha provocado que la visión defensiva de la audiencia prime por encima de su dimensión instructora<sup>157</sup>.

En el caso de la LBPA la audiencia previa no es, a diferencia de buena parte de los sistemas comparados, obligatoria en todos los procedimientos e hipótesis. Sin embargo, en los casos en que esta se encuentra establecida con carácter obligatorio es esencialmente en aquellos vinculados a la protección y garantía de derechos al interior del procedimiento. Por tal motivo, este trámite es esencial y obligatorio en dos casos: (a) en el procedimiento de invalidación<sup>158</sup>; (b) interposición de recursos administrativos, a quienes han participado del procedimiento<sup>159</sup>.

De manera que, cuando la exigencia de audiencia previa es preceptiva, el vicio de forma afecta la validez del acto administrativo<sup>160</sup>, siendo, además, causal del recurso extraordinario de revisión del acto administrativo terminal<sup>161</sup>.

Así las cosas, la exigencia de notificación previa al tercero, es claramente una hipótesis de audiencia del interesado con fines defensivos<sup>162</sup>. Del carácter de audiencia clásica contiene la condición de que el particular se entera por parte de la Administración del procedimiento administrativo y su contenido (la solicitud de acceso), con el objeto de que dentro del plazo legal pueda realizar sus observaciones (sujeto al apercibimiento de

---

<sup>157</sup> Cierco Seira, C., *La participación de los interesados en el procedimiento administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2002, pp. 233 y 234.

<sup>158</sup> Artículo 53. Invalidación. La autoridad administrativa podrá, de oficio o a petición de parte, invalidar los actos contrarios a derecho, previa audiencia del interesado, siempre que lo haga dentro de los dos años contados desde la notificación o publicación del acto.

<sup>159</sup> Artículo 55. Notificación a terceros. Se notificará a los interesados que hubieren participado en el procedimiento, la interposición de los recursos, para que en el plazo de cinco días aleguen cuanto consideren procedente en defensa de sus intereses.

<sup>160</sup> Artículo 13. Principio de la no formalización. El procedimiento debe desarrollarse con sencillez y eficacia, de modo que las formalidades que se exijan sean aquéllas indispensables para dejar constancia indubitada de lo actuado y evitar perjuicios a los particulares.

El vicio de procedimiento o de forma sólo afecta la validez del acto administrativo cuando recae en algún requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y genera perjuicio al interesado.

La Administración podrá subsanar los vicios de que adolezcan los actos que emita, siempre que con ello no se afectaren intereses de terceros.

<sup>161</sup> Artículo 60. En contra de los actos administrativos firmes podrá interponerse el recurso de revisión ante el superior jerárquico, si lo hubiere o, en su defecto, ante la autoridad que lo hubiere dictado, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias.

a) Que la resolución se hubiere dictado sin el debido emplazamiento;

<sup>162</sup> La jurisprudencia administrativa ha señalado que “(...) la notificación es una actuación que implica poner en conocimiento de una persona un acto administrativo que ha sido dictado por un órgano de la Administración del Estado, respecto de un trámite o en un procedimiento administrativo, ya sea con el objeto de dárselo a conocer simplemente o para que, dentro de un determinado plazo, haga valer sus derechos.”. Dictamen N° 38121, de 2007.

consentimiento de la ley). Del carácter defensivo, más allá del derecho a formular las alegaciones, el supuesto legal es que si el tercero se opone por escrito y con expresión de causa, la autoridad administrativa queda impedida absolutamente de entregar la información, salvo la decisión del Consejo para la Transparencia, que una vez que el asunto se encuentra sujeto a su resolución, además, considerando esta calidad, se encuentra obligado a notificarlo pues ya compareció en el procedimiento administrativo de acceso<sup>163</sup>.

De este modo, la omisión de este trámite afecta la validez del acto administrativo, pues no obstante ser un vicio de forma, es un trámite esencial (la ley lo exige perentoriamente), que genera un perjuicio al interesado (se divulga información que le afecta sus derechos), generando entonces una causal de invalidación, nulidad y revisión del acto administrativo que otorga la información, comprometiendo eventualmente la responsabilidad patrimonial del Estado, si producto de la omisión de ese trámite esencial (ilegalidad constitutiva de falta de servicio) se produce perjuicio patrimonial.

La hipótesis anterior no se da y, en consecuencia, no existe vicio de forma invalidante en dos casos: (a) si no obstante omitirse la notificación del tercero, la autoridad administrativa actúa de oficio en la denegación de la información por aplicación de la causal de secreto o reserva del N° 2 del art. 21, como se explicará, pues en tal caso no existe perjuicio para el interesado pese al vicio de forma, porque la información que lo podía afectar igualmente no se reveló; (b) si no obstante existir un derecho de un tercero, este no se encuentra sujeto a protección por divulgación, es decir, que estructuralmente son públicos, de modo que no es posible la generación efectiva de daño, de manera que pese a la oposición efectiva no es posible denegar la información. Es en esta hipótesis también, en la que se encuentra los casos en que el propio Consejo ya ha declarado que un determinado acto, documento o información es de acceso público, de manera tal que no se produce infracción por la omisión de la notificación al tercero eventualmente afectado.

### **c) Notificación: la supletoriedad de la LBPA.**

El artículo 20 establece que al “tercero” se le “deberá comunicar mediante carta certificada”, otorgándole un plazo de tres días hábiles para realizar sus observaciones.

Es necesario resolver, un conjunto de interrogantes asociada a esta norma, especialmente vinculada a sus efectos.

El artículo 20 no dispone de un sistema de notificación, pero en cambio otras normas de la LAIP sí, las que remiten en lo que corresponde a la LBPA. En efecto, el inciso final del artículo 12 señala:

El peticionario podrá expresar en la solicitud, su voluntad de ser notificado mediante comunicación electrónica para todas las actuaciones y resoluciones del procedimiento administrativo de acceso a la información, indicando para ello, bajo su responsabilidad, una dirección de correo electrónico habilitada. En los demás casos, las notificaciones a que haya

---

<sup>163</sup> Art. 25 LAIP. Esta norma debe interpretarse en términos sistemáticos con el art. 55 LBPA, que obliga a notificar de la interposición de recursos a los terceros que comparecieron en el procedimiento

lugar en el procedimiento se efectuarán conforme a las reglas de los artículos 46 y 47 de la ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos.

La norma señalada, reenvía a la LBPA el régimen de notificaciones, por lo cual es aún más diáfana la hipótesis de supletoriedad, que no afecta la naturaleza del procedimiento administrativo especial. Esta cuestión se ve reforzada por el contenido y redacción del art. 37 del Reglamento de la Ley de Acceso a la Información, que ordena la lógica de la norma legal, en cuanto señala:

Artículo 37.- Notificación. Las notificaciones a que haya lugar en el procedimiento se efectuarán conforme a las reglas de los artículos 46 y 47 de la ley N° 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de la Administración del Estado, salvo que el peticionario haya expresado en su solicitud, su voluntad de ser notificado mediante comunicación electrónica para todas las actuaciones y resoluciones del procedimiento administrativo de acceso a la información, indicando para ello, bajo su responsabilidad, una dirección de correo electrónico habilitada.

En este contexto, abordaremos la situación de las personas cuyo paradero fuere ignorado. Como lo hemos sostenido en el cuerpo del presente informe, el marco normativo de las notificaciones en el procedimiento administrativo de acceso, es de aquellos del segundo criterio del *test*, es decir, en que no existe norma, pero la aplicación supletoria de la LBPA no afecta la naturaleza del procedimiento administrativo. Dado que la notificación tiene para el tercero un carácter preceptivo, lo que afectaría la validez del acto si no se notifica y otorga audiencia al tercero, se debe recurrir a la norma del inciso final del art. 45 de la LBPA que establece la “publicación sustitutoria o notificación edictal”, es decir, su publicación en el Diario Oficial, la que por disposición del art. 48 de la LBPA sólo se puede realizar los días 1 ó 15 de cada mes<sup>164</sup>.

## **2. La causal de denegación del art. 21 N° 2.**

Como se sabe, la norma del art. 21 N° 2, permite denegar total o parcialmente el acceso a la información:

“Cuando la publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de la vida privada o derechos de carácter comercial o económico.”.

Conceptualmente se podría concluir para algunos, realizando interpretación lineal del artículo 20 y del N° 2 del art. 21, que cuando hay derechos de terceros sólo se puede denegar la información por oposición del interesado y no de oficio por parte de la Administración.

Esta interpretación debe descartarse porque: (a) el artículo 16 distingue la denegación por oposición del tercero o por aplicación de las causales del art. 21; (b) olvida una elemental obligación de los órganos administrativos, cuál es el garantizar el imperio de la ley, bajo apercibimiento de invalidar el acto contrario a derecho, en aquellos casos en donde existe norma legal expresa que protege el derecho; (c) el Consejo para la

---

<sup>164</sup> La característica de esta forma de comunicación es que la publicación sustituirá a la notificación, produciendo los mismos efectos.

Transparencia es el organismo encargado por ley de velar por el adecuado cumplimiento de la Ley N° 19.628, de protección de datos de carácter personal; (d) en el caso de los datos de carácter personal existe una regla de especialidad de protección del derecho.

Como lo hemos señalado con anterioridad, la hipótesis de protección de “derechos de las personas”, en tanto causal denegatoria de acceso a la información, es constitucionalmente legítima en la medida que responde a una de las causales tasadas del art. 8° de la Constitución. Como se sabe, consta en la historia fidedigna de la ley que el tratamiento de la oposición del tercero, respondía a un objetivo defensivo sujeto a expresión de causa, de manera de evitar el arbitrio de la mera negación de la información, exigiendo que lo tutelado fueran “derechos” y no “simples intereses”<sup>165</sup>. Sin embargo, la causal del N° 2 del art. 21 de la LAIP, supone el establecimiento de un estándar de “declaratoria de secreto o reserva” por parte del Jefe de servicio, cuando se afectan especialmente los derechos de terceros asociados a “seguridad, salud, vida privada o de carácter comercial o económico”, diferente a la oposición con expresión de causa del tercero, que puede abarcar hipótesis diversas a las protegidas especialmente por el N° 2 del art. 21.

En efecto, existen hipótesis en que existiendo derechos de terceros interesados, la Administración podría denegar la información de oficio, en cumplimiento de la causal señalada en el N° 2 del art. 21. Lo anterior sucede cuando es la propia ley quien impone un mandato prohibitivo para revelar información privada en manos del Estado. Tal cosa sucederá, por ejemplo, respecto de los datos de la vida privada de las personas que tengan el carácter de sensibles y los que provengan del tratamiento de los mismos por organismos públicos (Ley 19.618), o bien los protegidos por la Ley de Propiedad Industrial, tales como los secretos empresariales y los datos de carácter no divulgados en materia sanitaria (DFL N° 3, de 2006, Minecon, arts 86 a 89). Esto es lógico pues en tales hipótesis el mandato prohibitivo de la ley, irroga el deber de tutela de los órganos administrativos, con indiferencia del procedimiento de oposición regulado por la ley<sup>166</sup>, lo que se compadece, además, con la naturaleza de impulsión de oficio que rige el procedimiento administrativo en general<sup>167</sup>.

Pero, además, en el caso de los datos de carácter personal la LAIP, siguiendo el criterio de diseño institucional que convoca a la ponderación de derechos, otorga al Consejo para la Transparencia atribuciones para “velar por el adecuado cumplimiento de la ley de protección de datos de carácter personal” (Ley N° 19.628). La potestad de velar

---

<sup>165</sup> Cosa que enfatiza el art. 7° N° 2, del Reglamento de la Ley de Acceso a la Información Pública.

<sup>166</sup> La jurisprudencia administrativa de antiguo a señalado que la autoridad administrativa tiene el poder – deber de invalidar los actos contrario a derecho. Ha dicho “la autoridad administrativa, en virtud de la potestad invalidatoria consagrada en el artículo 53 de la ley N° 19.880 -que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado-, se encuentra en el deber de invalidar los actos contrarios a derecho, con la finalidad de restablecer el orden jurídico quebrantado”. Ver, entre otros, dictámenes Nros 26002, de 2006; 3441, de 2008; 2793, de 2009.

<sup>167</sup> Art. 7° LBPA.

supone, el ejercicio de atribuciones para vigilar el adecuado cumplimiento de la precitada ley precisamente por parte de “los organismos de la Administración del Estado”, sujetos pasivos también de la obligación del derecho de acceso a la información<sup>168</sup>. En ejercicio de tal atribución, el Consejo puede actuar de oficio e incluso solicitar a los precitados organismos que den cumplimiento a la Ley de Datos Personales, lo que supone también ejercer sus potestades de protección precisamente en el procedimiento adjudicativo de acceso a la información, en la medida que resuelve denegar el acceso porque existe una hipótesis de secreto o reserva o bien detectando un vicio del procedimiento administrativo de acceso<sup>169</sup>, ordena se ejerza la potestad de invalidación del acto<sup>170</sup> o se ejerza la potestad de subsanación de los vicios del procedimiento<sup>171</sup>.

Finalmente, como sucede en buena parte del Derecho comparado, cuando existe controversia entre acceso a la información y la protección de la vida privada o datos personales, se aplica como estándar de protección estos últimos, por su condición de regulación de protección de carácter especial. En efecto, si se considera la regulación de la Ley N° 19.628, se podrá apreciar que el consentimiento requerido a las personas para el tratamiento de datos, cuando ello es posible (es decir, con exclusión de los sensibles) requiere de “autorización expresa” y que conste por “escrito” (art. 4°), por lo cual si los datos solicitados corresponden a esta categoría, el principio de especialidad de la protección supone considerar que la norma del art. 20 de la LAIP, en tanto supone el consentimiento, no es posible de aplicar a los “derechos de terceros” que provienen de

---

<sup>168</sup> Esta es la tesis del Consejo para la Transparencia en la Decisión de Amparo N° A211 – 09, sin embargo no comparto que el considerando 27 señale que la causal de denegación es la del N° 21 N° 5 (que la ley lo declare secreto o reservado), pues en tal caso esa declaratoria está mediada por la aplicación del N° 2 del mismo artículo.

<sup>169</sup> Debemos recordar que la norma que entrega esta atribución al Consejo es precaria, que fue incorporada en el trámite legislativo en la Comisión Mixta, tratando de homologar el desarrollo institucional ocurrido en el Derecho comparado en los últimos años, es decir, que una misma agencia, regularmente independiente, concentra las atribuciones en materia de acceso a la información y datos personales, de manera de realizar razonablemente la ponderación que corresponda.

Sin embargo, salvo la competencia señalada al Consejo para la Transparencia carece de instrumentos directos para la protección de datos personales en hipótesis concretas, quedando intervenir en los casos de violación a la Ley de Datos Personales en las hipótesis adjudicativas que se refieran al acceso a la información.

<sup>170</sup> Que sólo corresponde a quien tiene la potestad sobre el acto administrativo, de manera que el Consejo no la puede ejercer directamente.

Sin embargo, en el caso de la Decisión de Amparo rol A91 – 09, ejerció la potestad de oficio para retrotraer, acogiendo condicionalmente el acceso como consta de las letras d) y e) del considerando 10. Por otro lado, en el caso de la Decisión de Amparo N° A10-09, tomo la decisión de no revelar determinada información (RUT), por no haberse notificado a los terceros posibles de ser afectados.

<sup>171</sup> Art. 13, inciso final, LBPA. La Administración podrá subsanar los vicios que adolezcan los actos que emita, siempre que con ello no se afectaren intereses de terceros.

la regulación de datos personales, y en tal virtud la autoridad administrativa siempre podrá actuar de oficio, por las razones señaladas.

## **XII. CONCLUSIONES.**

1ª Por mandato constitucional (art. 7º y 63 Nº 18), es necesaria la existencia de un régimen jurídico común y básico que se exige para la dictación de los actos de la Administración, de manera que las regulaciones sectoriales que regulan procedimientos (destinados a la dictación de un acto administrativo) invisten la calidad de especiales frente a la Ley Nº 19.880, que tiene por esencia una finalidad supletoria.

2ª Como se ha acreditado en el presente informe las leyes de transparencia y acceso a la información han sido construidas históricamente para otorgarle el derecho a los ciudadanos de acceder a la información que se encuentra en poder del Estado, sin imponer exigencia mayores para acceder a su contenido. El objeto de las leyes de acceso a la información es proveer de mecanismos que garanticen dicho acceso, salvo en las materias en donde la Constitución y la ley señala que existe un genuino interés para proteger la confidencialidad de determinada información, según su contenido o momento, y la protección de la privacidad de los ciudadanos.

Sin embargo, estas leyes, como lo demuestra la experiencia comparada, en la mayoría de las ocasiones han sido posteriores a las Leyes de Procedimiento Administrativo y, en algunos casos, coetáneas o posteriores a las Leyes de Protección de la Privacidad.

3ª Como se explicó en el presente informe en buena parte de los países que dispusieron de leyes de procedimiento administrativo, fueron estas las que establecieron el derecho de acceso a la información que se encontraba en manos del Estado, considerando , especialmente, el derecho de los interesados para acceder al expediente administrativo con el objeto de hacer efectivos sus derechos. Sin embargo, entre nosotros la regulación de acceso a la información pública fue anterior (1999) a la de procedimiento administrativo (2003), por lo que ésta última considero el marco regulatorio existente.

4ª. En el caso nacional es posible distinguir en la historia de la regulación nacional en materia de acceso a la información pública cinco momentos: (1) Hasta antes de diciembre de 1999; (2) Desde la dictación de la Ley de Probidad Nº 19.653, pero sin el DS Nº 26 de 2001 (Diciembre 1999 – abril 2001); (3) Con la Ley de Probidad Administrativa y el DS Nº 26 de 2001 (mayo 2001 – enero 2006); (4) Desde la dictación de la reforma constitucional de 2005 (Agosto 2005 – Abril 2009); (5) Desde la vigencia de la LAIP (Abril 2009 en adelante). Las cuatro primeras, siempre descansaron sobre la base del derecho de acceso en relación a los actos administrativos y los documentos que le sirven de sustento directo y esencial.

5ª. Esto explica que el modelo del artículo 8º de la CPR y del artículo 5.2 de la LAIP se estructurara sobre la base de que para que exista derecho de acceso a los fundamentos y al procedimiento, debe existir un acto administrativo dictado que permita acceder a la información, que finalmente se encuentra en el expediente administrativo y que sirve de base al acto terminal en donde deben constar los fundamentos de la decisión.

Esta tesis fue la promovida por la CGR al indicar que el derecho de acceso se construía desde el acto administrativo y los documentos que le sirven de complemento directo y esencial, al cual accede el procedimiento que le sirvió de base.

6ª. Pese a las conclusiones a las cuales hemos arribado, existe una disposición en la ley que aparentemente amplía la información y puede tener efectos insospechados. En efecto, el artículo 5º de la LAIP, luego de ajustarse al estándar constitucional del derecho de acceso (el acto y sus documentos, fundamentos y procedimiento), dispone de un inciso segundo que, concordado con el principio, podría llegar a suponer que el acceso a la información es a todo tipo de información y en cualquier momento.

Esta norma ha legalizado el derecho de acceso, no cubierto por el supuesto constitucional, como una regla de *accountability* amplia, en la medida que declara de acceso público también toda otra información que no provenga de los “actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”, que es lo que mandata el art. 8 de la CPR.

7ª. En estas condiciones se sostiene en el presente informe que es la LBPA la supletoria de la LAIP y no a la inversa, en tanto en la primera se regula la existencia de los actos. Es la primera la que establece de un régimen jurídico común al cual deben someterse la dictación de los actos administrativos (p.e. el de solicitud de acceso a la información), de manera que la LBPA se aplicará con carácter de supletoria cuando la segunda no disponga de un marco regulatorio específico.

8ª. Por su parte, la Contraloría ha construido desde la vigencia de la Ley N° 19.653 (1999) el argumento de que el derecho de acceso se construye desde el acto administrativo y de ahí hacia los documentos y el procedimiento que le sirvieron de base. Con la dictación de la LBPA (2003), manteniendo el criterio señalado ha sostenido que los “interesados legítimos” tienen derecho a conocer permanentemente durante el procedimiento (art. 17, letra a), dejando a los terceros con la legitimidad de acceder a la información, una vez que el acto administrativo se encuentre dictado. Este criterio de distinción es que ha mantenido consistentemente tras la reforma constitucional de 2005.

Esta norma se construyó sobre la base de la distinción que aplicaba la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común Española de 1992 (LRJPAC), al distinguir entre el “derecho de acceso” en el procedimiento (del interesado legítimo) y el “derecho a conocer” una vez terminado (del simple interesado).

9ª. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en el Derecho Administrativo Español, el derecho de acceso no se condiciona a la terminación del procedimiento administrativo.

Por tal motivo, si un interesado legítimo, durante la participación en un procedimiento administrativo, solicita tener acceso a información que no se le puede negar, ese interesado ejercer su legítimo derecho amparado en el marco general de transparencia. La jurisprudencia ha señalado que el interesado legítimo que tiene derecho a acceder a la información durante todo el procedimiento, se puede amparar en el artículo 8º de la



CPR y 10 de la LAIP, sobre todo cuando debe ejercer sus derechos en un procedimiento impugnatorio.

10<sup>a</sup> Así las cosas, el interesado legítimo al interior del procedimiento administrativo, es un sujeto del procedimiento, titular de una situación activa susceptible de protección (art. 21 LBPA), que forma parte del proceso decisor de la Administración y en consecuencia invoca una causa para participar en él. En tal virtud tiene siempre mejor título jurídico que un simple interesado. Este último, es un sujeto que puede no tener título legítimo (no hay derecho o interés directo afectado), y que no requiere de causa para acceder a la información pública.

11<sup>a</sup>. Por otro lado, en relación a la aplicación de las normas de notificación de la LBPA, la exigencia de la LAIP de notificación previa al tercero, es claramente una hipótesis de audiencia del interesado con fines defensivos. De este modo, la omisión de este trámite afecta la validez del acto administrativo, pues no obstante ser un vicio de forma, es un trámite esencial (la ley lo exige perentoriamente), que genera un perjuicio al interesado (se divulga información que le afecta sus derechos), generando entonces una causal de invalidación, nulidad y revisión del acto administrativo que otorga la información.

12<sup>a</sup>. Sin embargo, la hipótesis anterior no se da y, en consecuencia, no existe vicio de forma invalidante en dos casos: (a) si no obstante omitirse la notificación del tercero, la autoridad administrativa actúa de oficio en la denegación de la información por aplicación de la causal de secreto o reserva del N° 2 del art. 21, pues en tal caso no existe perjuicio para el interesado pese al vicio de forma, porque la información que lo podía afectar igualmente no se reveló; (b) si no obstante existir un derecho de un tercero, este no se encuentra sujeto a protección por divulgación, es decir, que estructuralmente son públicos, de modo que no es posible la generación efectiva de daño, de manera que pese a la oposición efectiva no es posible denegar la información. Es en esta hipótesis también, en la que se encuentra los casos en que el propio Consejo ya ha declarado que un determinado acto, documento o información es de acceso público, de manera tal que no se produce infracción por la omisión de la notificación al tercero eventualmente afectado.

13<sup>a</sup>. Finalmente, dado el contenido y redacción del artículo 20 y del N° 2 del artículo 21, no es admisible sostener que cuando hay derechos de terceros sólo se puede denegar la información por oposición del interesado y no de oficio por parte de la Administración.

Esta interpretación no es posible porque: (a) el artículo 16 distingue la denegación por oposición del tercero o por aplicación de las causales del art. 21; (b) olvida una elemental obligación de los órganos administrativos, cuál es el garantizar el imperio de la ley, bajo apercibimiento de invalidar el acto contrario a derecho, en aquellos casos en donde existe norma legal expresa que protege el derecho; (c) el Consejo para la Transparencia es el organismo encargado por ley de velar por el adecuado cumplimiento de la Ley N° 19.628, de protección de datos de carácter personal; (d) en el caso de los datos de carácter personal existe una regla de especialidad de protección del derecho.

Es lo que puedo informar a ustedes en esta primera entrega. Quedo a vuestra disposición para aclarar y ampliar cualquier aspecto relacionado con el presente informe.

Saluda atentamente,

**Luis Cordero Vega**  
**Doctor en Derecho**  
**Profesor de Derecho Administrativo**  
**Facultad de Derecho Universidad de Chile.**

Santiago, 18 de Diciembre de 2009

INFORME EN DERECHO

CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS DE LA LEY N° 20.285  
QUE EXIGEN INFORMAR LAS REMUNERACIONES  
DE LOS TRABAJADORES DIRECTIVOS  
DE LAS EMPRESAS DEL ESTADO

PROF. DR. EDUARDO CAAMAÑO ROJO\*  
VALPARAÍSO, DICIEMBRE DE 2010

---

\* Abogado, Doctor en Derecho, Universität zu Köln, Alemania, Profesor de Derecho del Trabajo, Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, eduardo.caamano@ucv.cl.

## INDICE

I. Introducción	3
II. La publicidad y la transparencia como Bases de la Institucionalidad en Chile	4
1. Los principios de probidad y publicidad en la Constitución Política de la República	4
2. Aspectos generales de la Ley sobre Acceso a la Información Pública	7
III. Los derechos fundamentales y su proyección en materia laboral	13
1. Consideraciones previas	13
2. La “ciudadanía en la empresa”: La teoría de la Drittwirkung y el Derecho del Trabajo	15
2.1. La eficacia de los derechos fundamentales al interior de la empresa	18
3. Fundamento constitucional de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones laborales	21
4. Los derechos fundamentales de los trabajadores como un límite al poder de dirección del empleador	23
5. El deber de confidencialidad del empleador	26
IV. La obligación de informar las remuneraciones de ciertos trabajadores de las empresas del Estado: la Ley sobre Acceso a la Información Pública versus el Código del Trabajo	29
1. El deber de transparencia activa en las empresas del Estado: algunos comentarios en torno al artículo 10 letra h) de la LAIP	29
2. El acceso a la información sobre remuneraciones de ciertos trabajadores de empresas públicas: una interpretación desde el Derecho del Trabajo	32
2.1. La admisibilidad del acceso a la información sobre remuneraciones en base al principio de proporcionalidad	38
V. Conclusiones	41
VI. Bibliografía	43

## I. INTRODUCCIÓN

El acceso a información pública es una herramienta de creciente importancia a nivel mundial para mejorar la transparencia y probidad de la gestión estatal. Esto es así, pues inhibe y disuade malas prácticas, motiva desempeños probos y eficientes y favorece el control social respecto de los actos de la Administración. Es, finalmente, parte sustantiva de la libertad de expresión y de la participación ciudadana en cuanto permite a las personas participar en el debate público debidamente informadas.<sup>1</sup>

En relación con el reconocimiento normativo de la transparencia y de la publicidad de la información de las entidades públicas, el Estado de Chile ha dado un paso muy significativo a partir de la reforma constitucional del año 2005, pues ha considerado a estos dos principios claves en el funcionamiento del sistema democrático como bases de la institucionalidad. Esta nueva estructuración del Estado de Derecho abre a favor de los ciudadanos una nueva dimensión de participación y de control e inaugura, al mismo tiempo, una etapa más evolucionada para el funcionamiento de nuestras instituciones. Con todo, como todo cambio trascendental en las instituciones, la reforma presenta también desafíos y problemas de diversa índole que deberán ser resueltos por las entidades competentes, tales como el recientemente creado Consejo para la Transparencia, los Tribunales Superiores de Justicia, la Contraloría General de la República o el Tribunal Constitucional, con el fin de ir consolidando y adecuando el quehacer del Estado con el indispensable escrutinio ciudadano.

Entre los problemas que ha presentado el nuevo orden legal acerca de la transparencia y del acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado se encuentra precisamente el alcance que el derecho a la información puede tener respecto de las condiciones laborales y, en particular, sobre el monto de las remuneraciones de ciertos funcionarios regidos por el Código del Trabajo que prestan servicios en las empresas del Estado. Esto es así, pues nos encontramos con un área relativamente difusa entre las normas y principios propios del Derecho Público y Administrativo, conforme a los cuales encauzan su quehacer las entidades de la Administración, las normas de Derecho Privado que rigen la actuación de las empresas del Estado, como asimismo, con los principios e instituciones del Derecho del Trabajo, expresados normativamente en el Código del Trabajo, matizados, a su vez, por el reconocimiento que tienen los derechos fundamentales del trabajador en cuanto persona frente al empleador.

---

<sup>1</sup> Comisión de Expertos nombrado por la Presidenta Michelle Bachelet, Informe Final, 2006, p. 1.

En especial, el estudio que se realizará a partir de los acápite siguientes pretende dilucidar la constitucionalidad de la norma del artículo 10 letra h) de la Ley N° 20.285 que obliga a informar las remuneraciones de los cargos directivos de las empresas creadas por ley,<sup>2</sup> de las empresas del Estado y de las sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio, en relación con la disposición del artículo 154 bis del Código del Trabajo que obliga al empleador a mantener reserva de los datos privados de los trabajadores, entre los cuales pueden contarse las remuneraciones u otras condiciones contractuales laborales. En definitiva, se trata de aclarar la forma en que se puede solucionar el conflicto entre el artículo 10 de la Ley N° 20.285, expresión del principio de transparencia y del derecho fundamental a acceder a la información pública, con el artículo 154 bis del Código del Trabajo, el cual representa una aplicación concreta de la garantía constitucional del artículo 19 N° 4 de la Constitución sobre respeto a la vida privada.

## II. LA PUBLICIDAD Y LA TRANSPARENCIA COMO BASES DE LA INSTITUCIONALIDAD EN CHILE

### 1. LOS PRINCIPIOS DE PROBIDAD Y PUBLICIDAD EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA

La reforma introducida a la Constitución Política de la República (CPR) por la Ley N° 20.050 de 2005 vino a darle un importante reforzamiento a las Bases de Institucionalidad consagradas en la primera parte de la Carta Fundamental, toda vez que le dio rango constitucional a dos principios que hasta esa fecha sólo tenían un rango legal, sin perjuicio de darle nueva vida al artículo 8, el cual poseía una triste memoria en la historia de nuestro sistema democrático por su restrictiva y reaccionaria redacción en el texto original de la CPR.<sup>3</sup> En efecto, en virtud de la reforma señalada, el nuevo texto del artículo 8 de la CPR le da un sentido renovado a las Bases de la Institucionalidad al reconocer explícitamente en sus incisos 1 y 2 el principio de probidad y el de publicidad y transparencia de la actuación de los órganos de la Administración del Estado, cualquiera sean éstos,<sup>4</sup> en los siguientes términos:

---

<sup>2</sup> Este es el caso, por ejemplo, de Televisión Nacional de Chile. Esta empresa del Estado fue creada por la Ley N° 19.132, publicada en el Diario Oficial de fecha 8 de abril de 1992.

<sup>3</sup> El texto original del artículo 8 de la CPR, derogado por la Ley N° 18.825 establecía la denominada “defensa del orden institucional”, el cual conllevaba claras limitaciones al ejercicio de las libertades políticas y al normal funcionamiento de una institucionalidad plenamente democrática.

<sup>4</sup> Véase: Fernández González, Miguel Angel, El principio constitucional de publicidad, p. 4, texto disponible en: [www.derecho.uchile.cl/.../el\\_principio\\_constitucional\\_de\\_publicidad.pdf](http://www.derecho.uchile.cl/.../el_principio_constitucional_de_publicidad.pdf) (consultado el 3 de diciembre de 2010).

“El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.

Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquellos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.”

El inciso 1 establece el principio de probidad de la función pública, el que se encontraba antes reconocido sólo respecto de la Administración en el artículo 52 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado. Por su parte, el principio de publicidad y transparencia es reconocido en el inciso 2 del texto citado y se extiende no sólo a los actos y resoluciones de los órganos del Estado, sino también a los fundamentos y procedimientos que éstos utilicen. A juicio del profesor Bermúdez,<sup>5</sup> la publicidad de los fundamentos y del procedimiento de los actos administrativos se explica principalmente por la necesidad de los administrados de conocer los motivos de hecho, de derecho y la forma con base a la cual la Administración adoptó la decisión, todo lo cual constituye una exigencia del debido proceso respecto de los interesados en el procedimiento administrativo, siendo la base para el ejercicio del derecho a la tutela jurisdiccional e impugnación del acto administrativo.<sup>6</sup>

Ahora bien, no obstante el carácter general en que se encuentran redactadas estas disposiciones, no cabe duda que tienen un importante sentido irradiador e inspirador de todo el ordenamiento jurídico nacional y, en lo que respecta concretamente al principio de publicidad y transparencia, cabe destacar, en palabras

---

<sup>5</sup> Bermúdez Soto, Jorge, Derecho Administrativo General, Editorial Abeledo Perrot, Santiago, Chile, 2010, p. 337.

<sup>6</sup> Cabe hacer presente que la norma del artículo 8 de la CPR es concordante con lo dispuesto por el artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, el cual se refiere a la Información Pública y prescribe que: “Habida cuenta de la necesidad de combatir la corrupción, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará las medidas que sean necesarias para aumentar la transparencia en su administración pública, incluso en lo relativo a su organización, funcionamiento y procesos de adopción de decisiones, cuando proceda. Esas medidas podrán incluir entre otras cosas: a) La instauración de procedimientos y reglamentaciones que permitan al público en general obtener, cuando proceda, información sobre la organización, el funcionamiento y los procesos de adopción de decisiones de sus administración pública y, con el debido respeto a la protección de la intimidad y de los datos personales, sobre las decisiones y actos jurídicos que incumban al público; b) La simplificación de los procedimientos administrativos, cuando proceda, a fin de facilitar el acceso del público a las autoridades encargadas de la adopción de decisiones; y c) La publicación de información, lo que podrá incluir informes periódicos sobre los riesgos de corrupción en su administración pública”.

de Cea,<sup>7</sup> que esa cualidad de las actuaciones de los servidores públicos consiste en que las personas naturales y jurídicas, sin discriminación alguna, puedan acceder a los actos y resoluciones, a sus antecedentes y fundamentos, así como a los procedimientos utilizados para llevarlos a cabo o, en su caso, los motivos para abstenerse de hacerlo. Por tal razón, el autor mencionado considera que la transparencia es la visibilidad de aquellas conductas, rasgo que pugna con la opacidad, el ocultamiento y la manipulación de datos o informaciones que dejan a los ciudadanos ignorantes o, como mínimo, insuficientemente enterados de las decisiones públicas, sea o no que los afecten de modo directo y concreto.<sup>8</sup>

Corroborar lo anterior Cordero,<sup>9</sup> al sostener que esta forma de concebir la publicidad de la actividad estatal es la única que la hace compatible con la lógica de un Estado democrático que exige de sus autoridades y organismos actuar no sólo de conformidad a la ley, sino que a los programas propuestos por el diseño institucional, de manera que sea posible la deliberación pública como espacio de legitimidad y garantía de las competencias públicas y la protección de derechos. De igual forma, según este autor, es cierto que el acceso a la información cumple un rol clave en las decisiones que adoptan los sujetos, de modo que su existencia es una condición elemental para la maximización de beneficios en un horizonte intemporal. En estas circunstancias, es conocido que la carencia de información es un caso típico de fallas de mercado, que trasladadas al Estado constituyen evidentemente fallas de Estado. Lo anterior se traduce en que los funcionarios estatales pueden fácilmente tomar decisiones oportunistas lesionando indebidamente los derechos de los ciudadanos. De este modo, la disponibilidad de información no sólo debe considerar los aspectos del escrutinio público al cual están sujetas las autoridades, sino también las condiciones que generan las burocracias, para que los ciudadanos decidan confiadamente sus propios proyectos de vida, sin esperar comportamientos caprichosos. Por esta razón, es consistente el argumento de que la información pública es un “bien público”, que exige al Estado un rol clave en su provisión.

---

<sup>7</sup> Cea Egaña, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo I, 2ª edición, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile, 2008, p. 267.

<sup>8</sup> Véase también: Latorre Cruz, Carolina, *El principio de transparencia de la función pública y el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado*, Memoria para optar al grado de licenciada en ciencias jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2010, p. 8.

<sup>9</sup> Cordero Vega, Luis, *Efectos de la reforma constitucional en materia de acceso a la información pública*, Trabajo presentado en las XXXVI Jornadas de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2006, documento disponible en: [www.derecho.uchile.cl/jornadasdp/.../Luis%20Cordero%20V.pdf](http://www.derecho.uchile.cl/jornadasdp/.../Luis%20Cordero%20V.pdf) (consultado el 3 de diciembre de 2010).



No obstante lo expuesto, atendido que la norma constitucional del artículo 8 establece tan sólo las bases generales del principio de publicidad y transparencia, más allá de haber reforzado el contenido de normas legales preexistentes al dotar al principio de la máxima jerarquía dentro de nuestro ordenamiento jurídico, se hacía necesario precisar y dar rango sustantivo a su contenido. Esta necesidad se vio materializada a través de la dictación de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, “verdadera revolución en el enfoque sobre la transparencia administrativa”,<sup>10</sup> la que será comentada en sus aspectos fundamentales en el acápite siguiente.

## 2. ASPECTOS GENERALES SOBRE LA LEY DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

La Ley N° 20.285, publicada en el Diario Oficial de fecha 20 de agosto de 2008, constituye un importante incentivo para la protección de la intangibilidad del patrimonio público por la vía del control social, sin perjuicio de que representa, además, un elemento clave en la construcción del Estado de Derecho chileno, desde el momento que permitirá la mejor y más fundada protección de los derechos de las personas.<sup>11</sup> En lo que atañe a la materia objeto de este informe, cabe señalar que la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública (LAIP) aprobó en su artículo 1 la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado (LdT), a través de la cual se desarrolla normativamente el principio de publicidad y transparencia consagrado en el artículo 8 de la CPR.

En lo que respecta a su ámbito de aplicación, el artículo 2 de la LdT dispone que sus disposiciones serán aplicables a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones, los gobiernos regionales, las municipalidades, las fuerzas armadas, de orden y seguridad pública y a los órganos y servicios creados para el cumplimiento de la función administrativa. De igual manera, se aplican sus normas a la Contraloría General de la República y al Banco Central con las particularidades y precisiones dispuestas por la LAIP, así como a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio.

Por su parte, el artículo 4 de la LdT, marca el derrotero que debe seguir su aplicación al disponer que: “Las autoridades, cualquiera que sea la denominación con que las designen la Constitución y las leyes, y

---

<sup>10</sup> En este sentido: Rajevic Mosler, Enrique, La jurisprudencia inicial del Consejo para la Transparencia, en Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, N° 22, diciembre 2009, disponible en: [www.cde.cl](http://www.cde.cl).

<sup>11</sup> Bermúdez Soto, Jorge, Derecho Administrativo General, ob. cit., p. 340.

los funcionarios de la Administración del Estado, deberán dar estricto cumplimiento al principio de transparencia de la función pública.” A continuación, el inciso 2 de este artículo define al *principio de la transparencia de la función pública*, señalando que éste consiste en “en respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley.”

Cabe destacar, a su vez, la pauta que marca el artículo 5 incisos 1 y 2 de la LdT al hacer suya la norma del artículo 8 inciso 2 de la CPR, estableciendo que: “En virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado. (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.”

La disposición citada, con un contenido programático y orientador de la actuación de la Administración del Estado, cobra un alcance de derecho subjetivo público gracias a lo dispuesto por el artículo 10 de la LdT, conforme al cual: “Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley. (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.”

Ahora bien, en la configuración operativa del principio de la transparencia, la LAIP asume dos vías complementarias, distinguiéndose entre:

- a) Transparencia Activa: la que se traduce en el deber de la Administración del Estado de mantener a disposición permanente del público, a través de sus sitios electrónicos,<sup>12</sup> una serie de

---

<sup>12</sup> En relación con la publicación de la información en internet, el artículo 7 inciso 2 señala que: “La información anterior deberá incorporarse en los sitios electrónicos en forma completa y actualizada, y de un modo que permita su fácil

antecedentes que permiten el control social,<sup>13</sup> los que se encuentran determinados en el artículo 7 de la LdT.<sup>14</sup> Entre estos antecedentes que deben colocarse a disposición de cualquier persona destaca para la materia que es objeto de este informe, la publicación de la planta del personal y el personal a contrata y a honorarios, con las correspondientes remuneraciones (artículo 7 letra d).

En concordancia con lo dispuesto por el artículo 7 letra d de la LdT, el artículo 51 letra d del Reglamento de esta ley replica en su primera parte la obligación de transparencia activa sobre el personal recién mencionada y desarrolla el contenido de la exigencia, disponiendo que para los efectos de lo dispuesto en la presente letra, cada organismo de la Administración del Estado deberá incluir en el respectivo sitio electrónico un listado con la individualización de sus funcionarios de planta y a contrata y las personas contratadas a honorarios y las que se desempeñen en virtud de un contrato de trabajo. Asimismo, para los funcionarios de planta y a contrata, cada organismo deberá consignar en el respectivo sitio electrónico la escala de remuneraciones que le corresponda, la que deberá tener una correlación con las plantas y grados o cargos con jornadas que deberán contemplarse en el listado de funcionarios señalados precedentemente. En la referida escala, se consignará la remuneración bruta mensualizada que equivale a la suma mensual de las remuneraciones y asignaciones que, para cada grado o cargo con jornadas, tiene derecho a percibir el funcionario en razón de su empleo o función en forma habitual y permanente. En el caso de las remuneraciones que no sean pagadas mensualmente, deberá calcularse un promedio mensual para cada grado o cargo con jornadas. Lo dispuesto precedentemente será igualmente aplicable para las personas contratadas a honorarios o en virtud de un contrato de trabajo cuando se encuentren asimiladas a algún grado de la escala respectiva. Para aquellas personas contratadas sobre la base de honorarios a suma alzada y, cuando corresponda, para las personas que se desempeñen en virtud de un contrato de trabajo, se deberá consignar el monto de sus honorarios o remuneraciones mensuales, permanentes y brutas, establecidas por contrato.

---

identificación y un acceso expedito. Aquellos órganos y servicios que no cuenten con sitios electrónicos propios, mantendrán esta información en el medio electrónico del ministerio del cual dependen o se relacionen con el Ejecutivo, sin perjuicio de lo cual serán responsables de preparar la automatización, presentación y contenido de la información que les corresponda.”

<sup>13</sup> En este sentido: Bermúdez Soto, Jorge, Derecho Administrativo General, ob. cit., p. 341.

<sup>14</sup> En relación con esta obligación, el artículo 50 del Reglamento de la Ley N° 20.285 prescribe que: "Los órganos de la Administración del Estado señalados en el inciso 1° del artículo 2° deberán mantener a disposición permanente del público, a través de sus sitios electrónicos, los antecedentes a que se refiere el artículo siguiente. Tales antecedentes deberán actualizarse, al menos, dentro de los primeros diez días de cada mes."

b) Transparencia Pasiva: esta vía se concreta en la posibilidad que posee cualquier ciudadano para solicitar información a la Administración Pública, conforme al derecho consagrado en el artículo 10 de la ley, el cual se regirá por los principios de relevancia, libertad de información, apertura o transparencia, divisibilidad, facilitación, no discriminación, oportunidad, control, responsabilidad y gratuidad, definidos en el artículo 11 de la LdT. Como lo señala Pfeffer,<sup>15</sup> el derecho a la obtención de información por parte de los órganos de la Administración del Estado resulta clave, pues sin ella no puede ejercitarse plenamente el derecho a la libertad de expresión como un mecanismo efectivo de participación ciudadana y de control democrático de la gestión gubernamental.

Así, entonces, de conformidad con el artículo 10 de este texto legal, las personas pueden solicitar y recibir información, comprendiendo ello el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales. Lo importante de destacar en relación con este derecho es que el Consejo para la Transparencia creado por la LdT ha reconocido en diversas decisiones, como es el caso de la A11-09, de fecha 14 de agosto de 2009, que el acceso a la información pública es un derecho fundamental, con lo cual ha hecho suyas las disposiciones y los principios establecidos por instrumentos internacionales, como es el caso de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el año 2000.<sup>16</sup>

En la misma línea, ya antes de la decisión citada, el Tribunal Constitucional<sup>17</sup> había resuelto que: “...el derecho de acceso a la información pública se encuentra reconocido en la Carta Fundamental como un mecanismo esencial para la vigencia plena 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. Al mismo tiempo, la publicidad de los actos de tales órganos, garantizada, entre otros mecanismos, por el derecho de acceso a la información pública, constituye un soporte básico para el adecuado ejercicio y defensa de los derechos fundamentales de las personas que, eventualmente, puedan resultar lesionados como consecuencia de una actuación o de una omisión proveniente de los mismos”; agregando que “...acorde a la

---

<sup>15</sup> Pfeffer Urquiaga, Emilio, Reformas Constitucionales 2005, Editorial Jurídica De Chile, Santiago, Chile, 2005, p. 29.

<sup>16</sup> Sobre la materia: Rajevec Mosler, Enrique, La jurisprudencia inicial del Consejo para la Transparencia, ob. cit., p. 41-42.

<sup>17</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Rol N° 634-2006, considerando noveno y décimo.

naturaleza de derecho reconocido por la Constitución que tiene el acceso a la información pública, aunque lo sea de forma implícita, la propia Carta Fundamental ha reservado a la ley y, específicamente, a una ley de quórum calificado, el establecimiento de las causales de secreto o de reserva que, haciendo excepción a la vigencia irrestricta del principio de publicidad en la actuación de los órganos del Estado, permiten limitarlo vedando, consecuentemente, el acceso a la información requerida”.

Por otra parte, cabe tener en consideración que el derecho de los ciudadanos a obtener información por parte de los diversos órganos o entidades que integran la Administración del Estado no es absoluto, toda vez que, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 21 de la LdT, existen causales que permiten denegar - total o parcialmente - las solicitudes de información. Con todo, según se verá, son situaciones excepcionales que no alteran el principio rector de este texto legal, cual es el de la transparencia.<sup>18</sup>

Las causales para la denegación de las peticiones de información son cinco, a saber:

- cuando la publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido.<sup>19</sup>
- Cuando la 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. Esta causal viene a reiterar la regla prevista por el artículo 20 de la LdT, conforme a la cual, si la solicitud de acceso se refiere a documentos o antecedentes que contengan información que pueda afectar los derechos de terceros, la autoridad o jefatura del órgano o servicio de la Administración del Estado requerido, dentro del plazo de dos días hábiles, contado desde la recepción de la solicitud que cumpla con los requisitos, deberá comunicar mediante carta certificada, a la o las personas a que se refiere o afecta la información

---

<sup>18</sup> En relación con las causales de reserva de la información véase: Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, Informe de Derechos Humanos 2009, Santiago, Chile, 2009, p. 149-151.

<sup>19</sup> De acuerdo al numeral 1 del artículo 21 de la LdT esta causal se puede materializar, particularmente: a) Si es en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito o se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales. b) Tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sean adoptadas. c) Tratándose de requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales.

correspondiente, la facultad que les asiste para oponerse a la entrega de los documentos solicitados, adjuntando copia del requerimiento respectivo.<sup>20</sup>

- Cuando la publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación, particularmente, si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública.
- Cuando la 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.
- Cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8 de la CPR.

Para concluir, cabe señalar que el artículo 24 de la LdT reconoce a las personas el derecho a recurrir al Consejo para la Transparencia solicitando amparo al derecho de acceso a la información pública cuando haya vencido el plazo señalado en el artículo 14 (20 días hábiles prorrogables por 10 días) para la entrega de la información requerida, o bien, cuando la petición haya sido denegada. Como lo plantea Bermúdez,<sup>21</sup> uno de los aspectos interesantes del amparo es lo que dice relación con el alcance del derecho, pues éste alcanza no sólo a la Administración del Estado que se encuentra sometida a la ley, sino que también se aplicarán las disposiciones que la ley expresamente señale a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y sociedades en las que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio. En tal sentido, manifiesta el autor citado, el acceso a la información administrativa, amparado por esta vía, permitirá a la ciudadanía conocer el estado y situación del patrimonio público tanto de la Administración del Estado, como de la denominada administración invisible.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> De conformidad con los incisos 2, 3 y 4 del artículo 20 de la LAIP, los terceros afectados podrán ejercer su derecho de oposición dentro del plazo de tres días hábiles contado desde la fecha de notificación. La oposición deberá presentarse por escrito y requerirá expresión de causa. Deducida la oposición en tiempo y forma, el órgano requerido quedará impedido de proporcionar la documentación o antecedentes solicitados, salvo resolución en contrario del Consejo, dictada conforme al procedimiento que establece esta ley. En caso de no deducirse la oposición, se entenderá que el tercero afectado accede a la publicidad de dicha información.

<sup>21</sup> Bermúdez Soto, Jorge, Derecho Administrativo General, ob. cit., p. 343-344.

<sup>22</sup> Algunos ejemplos en este sentido son las decisiones de reclamo pronunciadas por el Consejo de Transparencia N° R12-09, de fecha 14 de agosto de 2009, y R15-09, de 17 de septiembre de 2009, ambas relativas a la obligación que pesa sobre Televisión Nacional de Chile – TVN – como empresa del estado, de sujetarse a las obligaciones impuestas por la LAIP y proporcionar información relativa a las remuneraciones de sus trabajadores que ocupan cargos directivos. En la misma línea:

Finalmente, en el evento en que el Consejo para la Transparencia deniegue el acceso a la información dentro de los 15 días corridos, contados desde la notificación de la reclamada, se consagra en los artículos 28 y siguientes de la LdT un contencioso-administrativo especial denominado “recurso de ilegalidad”, cuyo conocimiento ha quedado entregado a Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante. De esta manera, se reconoce y regula un amparo jurisdiccional del derecho de acceso a la información, lo que es concordante con su calificación jurídica de derecho fundamental.

### III. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU PROYECCIÓN EN MATERIA LABORAL

En los acápite siguientes se efectuará una exposición general sobre el alcance que los derechos fundamentales denominados inespecíficos, por tener que ver con la persona misma del trabajador, tienen en el ámbito de las relaciones laborales. De esta manera, se busca establecer con claridad el escenario normativo que se presenta para los trabajadores de las empresas del Estado regidos por el Código del Trabajo y poder determinar el alcance que tiene respecto de ellos el deber de transparencia activa que involucra a las remuneraciones percibidas por ciertos trabajadores de cargos directivos, frente al deber de confidencialidad del empleador (artículo 154 bis del mismo cuerpo legal) y el derecho fundamental reconocido por el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República.

#### 1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Entre las múltiples innovaciones y transformaciones que han tenido lugar en el mundo del trabajo durante las últimas décadas, destaca de manera muy especial el cambio de enfoque recaído en la visión del trabajador como contraparte de la relación jurídica laboral. Desde esta perspectiva, el desarrollo, difusión y posterior asunción de una concepción del trabajador como un sujeto dotado de un haz de derechos fundamentales inherentes a su condición de persona y cuya proyección o posibilidad de ejercicio abarca todas las esferas de su vida, ha tenido una importantísima repercusión en la forma de entender las instituciones y principios propios del Derecho del Trabajo.

En efecto, a partir del reconocimiento de lo que la doctrina<sup>23</sup> ha denominado la “ciudadanía en la empresa”, esto es, la aceptación que el espacio privado en el que se desarrollan las relaciones laborales – la empresa – no es un ámbito marginado del respeto, protección y ejercicio de aquellas garantías propias de todo ser humano por el sólo hecho de ser tal, se abre una nueva dimensión para la tutela de los derechos de los trabajadores. De esta manera, se busca conciliar los intereses particulares de los actores sociales y los principios propios de una economía de libre mercado, con los principios y valores inspirados en la libertad, dignidad, equidad e igualdad de oportunidades implícitos en los derechos esenciales que la Carta Fundamental asegura a todas las personas, con lo cual es posible construir un modelo más justo y solidario de relaciones de producción y trabajo.

Por lo tanto, en la actualidad, se puede entender que la protección del trabajador se materializa por una doble vía. Por un lado, se mantiene la tutela tradicional contenida en el ordenamiento jurídico laboral, manifestada, en el ámbito de las relaciones contractuales individuales, en el otorgamiento de un conjunto de derechos mínimos irrenunciables a favor del trabajador que limitan la autonomía de la voluntad de las partes del contrato de trabajo y, en el ámbito de las relaciones colectivas, mediante el reconocimiento de la autotutela colectiva expresada en el ejercicio de la libertad sindical. Por otro lado, la aceptación de la ciudadanía laboral agrega todo el abanico de protección a la esfera individual de las personas que conllevan los derechos fundamentales consagrados tanto en la Constitución Política de la República, como en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile, los que se van a erigir como un límite natural al ejercicio de los poderes empresariales, como a su vez, en valores orientadores e integradores de la normativa laboral tradicional.

Ahora bien, Chile no ha estado al margen de esta nueva corriente de pensamiento y es así como en el último tiempo la concepción de la ciudadanía en la empresa ha encontrado una decidida aceptación por la doctrina iuslaboralista nacional y, en particular, de manera muy destacada, por los dictámenes de la Dirección del Trabajo,<sup>24</sup> los que han hecho posible la configuración de una verdadera jurisprudencia sobre el tema y, en concreto, han llevado al terreno práctico y cotidiano de las relaciones laborales los

---

<sup>23</sup> Entre otros: Gamonal Contreras, Sergio, Ciudadanía en la empresa o los derechos fundamentales inespecíficos, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 2004; Caamaño Rojo, Eduardo, El derecho a la no discriminación en el empleo, Editorial Lexis Nexis, Santiago, Chile, 2005.

<sup>24</sup> En particular, cabe destacar el dictamen de la Dirección del Trabajo N° 2856/162, de 30 de agosto de 2002 que fija el sentido y alcance del artículo 5 inciso 1 del CdT, como asimismo, los dictámenes N° 3704/134, de fecha 11 de agosto de 2004, que fija el sentido y alcance los incisos 2, 3 y 4 del artículo 2 del Código del Trabajo, N° 4822/207, de fecha 11 de noviembre de 2003, entre otros.



planteamientos de la teoría que acepta la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Sin perjuicio de lo anterior, no puede desconocerse que las principales reformas legales introducidas al ordenamiento jurídico laboral desde hace algún tiempo a esta parte, han plasmado normativamente el reconocimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores en cuanto personas (v. gr. la libertad de expresión, el derecho a la intimidad, el respeto a la dignidad, etc.) en el desarrollo de la actividad laboral, los que han pasado a erigirse como un claro límite al ejercicio de las facultades que la misma ley reconoce al empleador, según lo dispone expresamente el actual artículo 5 inciso 1 del Código del Trabajo.

## 2. “LA CIUDADANÍA EN LA EMPRESA”: LA TEORÍA DE LA DRITTWIRKUNG Y EL DERECHO DEL TRABAJO

El Derecho del Trabajo contemporáneo ha experimentado una notoria evolución dogmática jurídica en el último tiempo, lo que, en gran medida, ha tenido lugar a partir de la explicitación del reconocimiento del trabajador como titular de derechos que emanan de su propia esencia como ser humano y que, en tal carácter, se proyectan naturalmente en el ejercicio de su actividad laboral y, en concreto, en la empresa, como ámbito específico en el que éste presta sus servicios. Con todo, es importante aclarar que esta nueva concepción en el Derecho del Trabajo no se construye en torno a los derechos ya contemplados en la Constitución con el carácter de fundamentales respecto del trabajador<sup>25</sup> (por ejemplo, el derecho de sindicación), sino que en base a los derechos anteriores a su condición de contraparte de una relación laboral, es decir, aquellos que le corresponden como persona y ciudadano. De esta manera, entonces, se hace posible generar un cambio en la forma de entender las relaciones laborales al interior de la empresa, lo que permite, según lo plantea el profesor Supiot,<sup>26</sup> configurar dos facetas para la cuestión de las libertades públicas en la empresa. Por un lado, bajo su aspecto colectivo, las libertades públicas conducen a dibujar en el seno de la empresa áreas de autonomía que escapan al poder dirección del empresario (v. gr. el sindicato y la autonomía frente al empleador como atributo de la libertad sindical) y,

---

<sup>25</sup> En relación con estos derechos fundamentales se señala que: “el vínculo contractual laboral añadirá al trabajador el disfrute de nuevos derechos, amparados constitucionalmente, cuya significación y ejercicio sólo se actualiza en conexión con las relaciones individuales y colectivas de trabajo, manteniendo incólumes los que por su condición de persona ya ostentaba. Estos últimos preexisten al establecimiento del vínculo contractual; no es éste el que los origina, aunque en él tengan manifestaciones específicas.” En este sentido, Pedrajas, Abdón, Despido y derechos fundamentales, Editorial Trotta, Madrid, España, 1992, p. 15.

<sup>26</sup> Supiot, Alain, Crítica del Derecho del Trabajo, Colección Informes y Estudios N° 11, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, España, 1996, p. 176.

por otro lado, bajo su aspecto individual, las libertades públicas en la empresa tienden a salvaguardar las libertades del trabajador de los excesos del vínculo de subordinación.

Por lo tanto, salvo ciertas mínimas adaptaciones orientadas a compatibilizar los intereses de empleadores y trabajadores, la nueva configuración dogmática del Derecho del Trabajo permite concluir que los derechos fundamentales de que son titulares las personas mantienen su vigencia durante todo el iter contractual laboral, con lo cual ha sido posible reconocer que la titularidad de derechos esenciales del trabajador en cuanto persona no es contrapuesta con su calidad de parte de un contrato de trabajo y, consecuentemente, se le debe garantizar la posibilidad de ejercerlos en el ámbito de la empresa y en el desarrollo concreto y material de la relación de trabajo. En efecto, como sostiene López,<sup>27</sup> la relación laboral en que un empleador manda y un trabajador obedece, otorga al primero, en tanto jefe, facultades o poderes jurídicos para ordenar y dirigir la prestación contratada y, al segundo, en tanto subordinado, el deber de cumplir dichas órdenes. Se trata de un poder privado para dirigir el trabajo; un poder jurídico sobre la persona del trabajador sólo referido a la correcta realización del trabajo y no extensible a otros aspectos de la vida del trabajador, pues incluso respecto de la ejecución del trabajo no es ilimitado, ya que debe detenerse allí donde empiezan los derechos que en tanto persona detenta el trabajador. En consecuencia, el sometimiento remunerado a la autoridad de un empleador para ganarse la vida no impide, limita ni atenúa los derechos fundamentales del trabajador.

En concordancia con lo precedentemente expuesto, es importante poner de manifiesto que será sobre todo en el plano laboral donde el tema de la eficacia de los derechos fundamentales cobrará una vigencia mayor, lo que se explica, porque la relación laboral posee un elemento particular que la diferencia de las otras relaciones jurídicas entre particulares, cual es, el vínculo de subordinación<sup>28</sup> del trabajador frente a su empleador, de lo que se deriva que el empleador detente un poder particular frente al trabajador (de dirección y control), que es reconocido y amparado por el propio sistema jurídico. Se rompe, entonces, la posición de equivalencia presente en las demás relaciones jurídicas de Derecho Privado por la existencia de un elemento de jerarquía entre el trabajador subordinado y su empleador, que es más bien propio de las relaciones de Derecho Público.<sup>29</sup> Además, este elemento

---

<sup>27</sup> López, Diego, Los derechos fundamentales en el trabajo: garantía de libertad y dignidad de las personas que trabajan, en Tems Laborales de la Dirección del Trabajo N° 22, noviembre 2004, p. 1.

<sup>28</sup> En detalle: Ugarte Cataldo, José Luis, La subordinación en el Derecho Laboral chileno, Editorial Legal Publishing, Santiago, Chile, 2009.

<sup>29</sup> En lo que respecta a los elementos que permiten establecer la existencia de un vínculo de subordinación, cabe señalar que, tanto la doctrina como la jurisprudencia, normalmente consideran como tales a los siguientes: la continuidad y permanencia

esencial de la relación jurídica laboral va a ser precisamente el punto de partida de las tensiones entre el reconocimiento de los poderes del empresario y de los derechos fundamentales del trabajador, en cuanto persona y ciudadano, en el ámbito concreto de la empresa.

Por otra parte, en lo que respecta al reconocimiento en Chile del efecto irradiador de los derechos fundamentales en el ámbito laboral, cabe hacer presente que estamos frente a un tema que ha pasado a ocupar un lugar preponderante desde fines de la década de los noventa, particularmente, en la literatura iuslaboralista.<sup>30</sup> En todo caso, en el plano del desarrollo material de las relaciones laborales, la aceptación de esta nueva visión del trabajador en el Derecho del Trabajo ha sido mucho más lenta, pero se ha ido posicionando indiscutidamente gracias al importantísimo papel desempeñado por la Dirección del Trabajo mediante su jurisprudencia administrativa,<sup>31</sup> la que se ha convertido en la entidad precursora en la promoción de los derechos fundamentales de los trabajadores como ejes vertebradores de la actual legislación laboral. Además, en la actual configuración de nuestro ordenamiento jurídico laboral no se puede obviar la significativa innovación que sobre el tema supuso la reforma introducida al Código del Trabajo (CdT) por la Ley N° 19.759, la que permitió explicitar normativamente la eficacia de los derechos fundamentales del trabajador en la empresa.

---

de los servicios prestados; la obligación de asistencia del trabajador; el cumplimiento de un horario de trabajo; la sujeción a instrucciones u órdenes; la ausencia de riesgos económicos vinculados a los resultados de la actividad empresarial; la concurrencia al lugar de trabajo; la supervigilancia o supervisión directa; la inserción en la organización del empleador, la retribución a través de un salario, el hecho que el material y los equipos utilizados para desempeñar el trabajo no sean de propiedad del trabajador, etc. Sobre el tema: Rojas, Irene, Manual de Derecho del Trabajo, Editorial Lexis Nexis, Santiago, Chile, 2004, p. 27; Ugarte, José Luis, El nuevo Derecho del Trabajo, Editorial Lexis Nexis, Santiago, Chile, 2007, p. 21 s.

<sup>30</sup> Véase: Lizama, Luis, Ugarte, José Luis, Interpretación y derechos fundamentales en la empresa, Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago, Chile, 1998, p. 149 s.; Ugarte, José Luis, El nuevo Derecho del Trabajo, ob. cit., p. 115 s. Véase también: Melis Valencia, Christian, Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales, Editorial Legal Publishing, Santiago, Chile, 2010; Ugarte Cataldo, José Luis, Tutela de derechos fundamentales del empleador, Editorial Legal Publishing, Santiago, Chile, 2009.

<sup>31</sup> Así cabe destacar, por ejemplo, que ocho años antes de la reforma laboral introducida por la Ley N° 19.759, la Dirección del Trabajo mediante el dictamen N° 4842/300, de fecha 15 de septiembre de 1993, resolvió "que resulta lícito que el empleador plantee medidas de control y revisión, pero es necesario que tales medidas se integren en sistemas que sean compatibles con el respeto de la honra y dignidad de los trabajadores y en función de este objetivo se requiere que los sistemas de prevención sean técnicos y despersonalizados y que, por ende, se apliquen mediante mecanismos automáticos y de sorteo, que eviten que su operación o funcionamiento se produzca frente a presunciones de actos o conductas ilícitas concretas". Con pronunciamientos como este se fue construyendo paulatinamente una jurisprudencia acerca de la función limitadora que los derechos fundamentales del trabajador tienen respecto del ejercicio de los poderes del empleador y se fijaron los criterios que deben orientar la implementación de medidas de control, cuyo reconocimiento normativo explícito en la actualidad es posible encontrarlo en el artículo 154 inciso final del Código del Trabajo.

## 2.1. LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL INTERIOR DE LA EMPRESA

La teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales (Theorie der Drittwirkung der Grundrechte) fue desarrollada en Alemania por Hans Carl Nipperdey en 1954, siendo aceptada por la jurisprudencia del Tribunal Federal del Trabajo y, posteriormente, por el Tribunal Constitucional de ese país. Ahora bien, la doctrina de la Drittwirkung plantea el pleno reconocimiento de los derechos fundamentales en el ámbito privado de las personas, es decir, en sus relaciones con terceros. Esto supone, entonces, que estos derechos rigen como derechos subjetivos incondicionales en las relaciones jurídicas entre privados, siendo oponibles, por tanto, no sólo a los poderes públicos, sino también a las personas privadas, desarrollando así una eficacia horizontal.<sup>32</sup> Se produce de esta manera una notoria evolución frente a la concepción tradicional del constitucionalismo liberal, conforme a la cual los derechos fundamentales son concebidos como medios de defensa frente al poder del Estado en contraposición a un Estado absoluto, esto es, se entiende a los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos cuya eficacia directa queda constreñida al ámbito de los poderes públicos (legislativo, ejecutivo y judicial).<sup>33</sup> Sin embargo, la teoría de la Drittwirkung cambia sustancialmente el postulado anterior, en virtud de la comprobación fáctica de la existencia cada vez más extendida de entes sociales privados que ejercen cuotas significativas de poder, de tal forma que ya no es sólo el Estado quien puede ejercer un poder capaz de amenazar los derechos fundamentales de las personas, sino que son también los mismos sujetos o las organizaciones creadas al amparo del Derecho Privado los que pueden afectar el pleno ejercicio de estas libertades.<sup>34</sup>

En efecto, como lo señala Pedrajas,<sup>35</sup> al producirse el tránsito del Estado liberal al Estado Social de Derecho, aparece de manifiesto que la igualdad formal resulta insuficiente, y que la deseable igualdad material en la que haya un pleno disfrute de los derechos fundamentales se ve, en muchas ocasiones, amenazada por la existencia en la esfera privada de centros de poder no menos importantes que los que les corresponden a los órganos públicos. De esta forma, continúa este autor, junto al viejo Estado agresor de las libertades individuales han aparecido importantes grupos económicos, nacionales y, sobre

---

<sup>32</sup> Melis Valencia, Christian, Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales, ob. cit., p. 11 s.

<sup>33</sup> En igual sentido: Epping, Volker, Grundrechte, Editorial Springer, Berlín, Alemania, 2003, p. 4 s.

<sup>34</sup> En este sentido: Melis, Christian, En torno al contrato de trabajo y los derechos fundamentales (I Parte), en Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo, N° 148, 2001, p. 8 s.

<sup>35</sup> Pedrajas, Abdón, Despido y derechos fundamentales, ob. cit., 22-23.

todo, multinacionales, que detentan de hecho una posición hegemónica respecto de los ciudadanos, y que amenazan con hacer ilusorios muchos de sus derechos fundamentales. Desde la intromisión en la intimidad que permite la moderna tecnología, hasta el control abusivo que sobre las personas se llega a ejercer a través de los excesos en la utilización de la informática, pasando por el inconfesado establecimiento de pautas de conducta a las que, sin tener conciencia de ello, habrán de adaptarse los ciudadanos, el moderno capitalismo vitaliza unos poderes fácticos poco respetuosos, sin duda, con los derechos de los ciudadanos.

Por lo tanto, frente al creciente predominio de la influencia de estos poderes privados es preciso consolidar un reconocimiento de los derechos fundamentales en el plano de las relaciones jurídicas entre privados que haga posible establecer límites claros a su ejercicio y que estén en concordancia con el normal disfrute de las libertades esenciales de las personas. Desde esta perspectiva, el resorte que active las garantías protectoras de los derechos fundamentales no puede descansar en el sujeto trasgresor (público o privado), sino que en la naturaleza de la propia lesión. Así, entonces, la calificación de un derecho como fundamental no debe prejuzgar la cualidad pública o privada de los sujetos obligados, pues lo que verdaderamente importa a la hora de desplegar la protección jurídica es el mal causado y no su origen.<sup>36</sup> Es así, entonces, como se empieza a producir una progresiva y decidida influencia del Derecho Constitucional sobre el Derecho Privado, de forma tal, que las controversias jurídicas entre particulares no se resolverán únicamente en base a las reglas del Derecho Civil o del Trabajo, sino que tomando también en consideración los principios, valores y derechos consagrados en la Carta Fundamental.

De esta forma, conforme al planteamiento desarrollado por la teoría de la *Drittwirkung*, el ámbito de acción de los derechos fundamentales encuentra no sólo en la esfera de lo público su natural desarrollo, sino que se va trasladando al ámbito privado, donde se ubica naturalmente la empresa como el espacio en el que se desenvuelven las relaciones jurídicas entre los trabajadores y el empleador, con un elemento propio y esencial que no se da en otro tipo de relaciones jurídicas entre particulares y que coloca a la persona del trabajador bajo los poderes empresariales. Desde esta perspectiva, en la conformación social que conocemos, los poderes del empresario o la empresa en cuanto poder privado pueden constituir una amenaza real para los derechos de la persona del trabajador; y ello se debe no por considerar tales poderes como intrínseca u ontológicamente insidiosos o perversos sino, más sencillamente, por cuanto

---

<sup>36</sup> Melis Valencia, Christian, En torno al contrato de trabajo y los derechos fundamentales (I Parte), ob. cit., p. 8 s.

la lógica empresarial - sus principios económicos y sus valores normativos - actúa naturalmente como freno a la expresión de aquellos derechos, comprometiendo su desarrollo.

Así entonces, la proyección laboral de la teoría de la *Drittwirkung* apunta a introducir elementos de juicio que permitan resolver esta tensión entre un poder privado y los derechos fundamentales y, sobre todo, la contradicción entre el reconocimiento constitucional de una serie de derechos fundamentales de la persona y su negación o limitación en el ámbito concreto de la empresa. Se pretende dar así una respuesta a una serie de problemas prácticos referidos a la falta de un adecuado reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona en la empresa y a la ulterior reticencia del Derecho del Trabajo en este sentido, que implicaba darle a la empresa un carácter de “feudo”, con sus propias leyes y autoridades internas.<sup>37</sup>

Desde la misma perspectiva, se plantea que: “históricamente, la legitimación de la actuación empresarial encontraba su justificación en la lógica contractual: en tanto que el trabajador aceptaba, mediante el contrato, su posición subordinada, asumía al propio tiempo – abdicando ‘voluntariamente’ de sus derechos personales – el papel preponderante del empresario, que podría desenvolverse en toda su extensión y sin limitaciones dentro de la empresa. El régimen de libertades públicas conquistadas, que constituía la clave de la revolución burguesa, sufría una traumática amputación cuando el trabajador se insertaba en la relación de trabajo, ya que dentro de ésta quedaba sometido a una suerte de poder despótico del empresario, que al regir la empresa podía hacer caso omiso de aquellas libertades, sin que ello provocase extrañeza o rechazo, por cuanto aparecía ‘aceptado’ por el trabajador, mediante el mecanismo contractual legitimador.”<sup>38</sup>

Pues bien, para paliar los efectos de esta restricción de las libertades del trabajador derivada de esa lógica contractualista, la nueva concepción del Derecho del Trabajo surgida a partir de la aceptación de la

---

<sup>37</sup> Atendido lo anterior es que se sostiene que al interior de la empresa “...funciona como presupuesto del ejercicio de los derechos de los trabajadores una cierta lógica contractual entendida unilateralmente (en base a) la apreciación de las exigencias de la producción, la sumisión a las cláusulas que objetivizan el poder empresarial, o el ejercicio regular de las facultades directivas del empresario. La autoridad privada es un hecho técnico y neutral, que a lo sumo viene condicionado o ritualizado, especialmente frente a la acción colectiva, manteniendo siempre sus facultades de dirección de la organización empresarial inmunes a los presupuestos básicos de un sistema democrático. No hay continuidad entre la ciudadanía externa de la empresa y dentro de ella; es más, ambas parecen responder a lógicas antitéticas, pues los derechos fundamentales reconocidos fuera de la empresa son de difícil aplicación en la relación de trabajo, salvo su imposición legal o a través de la negociación colectiva”. En este sentido: Baylos, Arturo, *Derecho del Trabajo: un modelo para armar*, Editorial Trotta, Madrid, España, 1991, p. 99; citado por Lizama, Luis, Ugarte, José Luis, *Interpretación y derechos fundamentales en la empresa*, ob. cit., p. 167-168.

<sup>38</sup> Pedrajas, Abdón, *Despido y derechos fundamentales*, ob. cit., p. 23.

eficacia horizontal de los derechos fundamentales ha permitido que se reconozcan esas libertades al interior de la empresa. Tal reconocimiento ha consistido, ante todo, en evitar que la autoridad patronal usurpe las libertades de fuera de la empresa, circunscribiendo el campo de ejercicio de la misma al ámbito contractual, es decir, a la ejecución del contrato de trabajo. Es así como primeramente se establece la obligación de los empresarios de no extender su poder de dirección a la vida extra profesional del trabajador, ya se trate de su vida privada o de su vida pública.<sup>39</sup>

En resumen, la noción de ciudadanía en la empresa surge a partir del reconocimiento jurisprudencial, doctrinal y legal de que la empresa no es un espacio entregado única y soberanamente al ejercicio de los poderes empresariales, sino que es un ámbito en el que también tiene cabida y pleno reconocimiento la ciudadanía de los sujetos que interactúan en este especial ámbito de la vida social, esto es, la aceptación de la titularidad de un conjunto de derechos fundamentales emanados de su condición de persona, particularmente, derechos civiles y políticos que, en cierta forma quedaban amagados en la relación de trabajo, ya sea por la necesidad de una mejora urgente de las condiciones económicas y de trabajo o por efecto de la exacerbación de la potestad de mando del empleador.<sup>40</sup> Así, entonces, la conversión de los derechos fundamentales de contenido no laboral (v. gr. libertad de expresión, derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación, libertad religiosa, etc.) en verdaderos derechos fundamentales laborales tiene lugar por una doble y simultánea vía: por una parte, en cuanto son trabajadores los sujetos a los que les corresponde la titularidad del derecho y, por otra, porque el derecho se ejerce en una relación jurídica laboral.

### 3. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA EFICACIA HORIZONTAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES LABORALES

En la CPR no es posible encontrar un reconocimiento expreso, de carácter declarativo, sobre la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Sin embargo, la eficacia directa o inmediata de estos derechos es posible inferirla a partir de una interpretación armónica y sistemática de diversas disposiciones de nuestra Carta Fundamental.<sup>41</sup> En este sentido, La Constitución Política ya en su artículo 1, inciso primero, efectúa un reconocimiento expreso de la dignidad humana en relación estrecha con la idea de

---

<sup>39</sup> En este sentido, Supiot, Alain, *Crítica del Derecho del Trabajo*, ob. cit., p. 185.

<sup>40</sup> Gamonal Contreras, Sergio, *Ciudadanía en la empresa o los derechos fundamentales inespecíficos*, ob. cit., p. 14.

<sup>41</sup> En igual sentido, Gamonal Contreras, Sergio, *Los derechos del trabajador en la Constitución chilena*, en *Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, N° 3/2004, pp. 38-41.

libertad e igualdad, al señalar que las personas nacen libres e iguales en dignidad y en derechos, conformándose de esta manera, una verdadera "trilogía ontológica" que determina y da cuerpo al reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales, erigiéndose como factor modelador y fundante de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico.<sup>42</sup>

Por otra parte, corresponde hacer una mención al artículo 6 inciso 2 de la CPR, que consagra el principio de la vinculación directa de la Constitución, y conforme al cual: "Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos (del Estado) como a toda persona, institución o grupo". En dicha norma, se contiene la obligación, para los poderes públicos y también para los ciudadanos, de someterse a la Constitución; es decir, se vincula directamente a los individuos privados al contenido de la Constitución; del cual forma parte, en un lugar de privilegio, la normativa sobre derechos fundamentales sin necesidad de desarrollos legislativos posteriores (autosuficiencia de la norma fundamental).<sup>43</sup>

Sin perjuicio de lo anterior, el reconocimiento en la CPR de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales se ve confirmada por la existencia de derechos y libertades cuyo radio de acción, en virtud de su propia estructura, es tanto el público como el privado (ejemplo: la libertad de expresión, el derecho a la no discriminación, el respeto y la protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia, etc.), mientras que, por el contrario, existen otros derechos que se desenvuelven exclusivamente en el ámbito privado, como es el caso de los derechos y libertades de carácter típicamente laboral (ejemplo: el derecho de sindicación, el derecho a la negociación colectiva o el derecho a desarrollar cualquier actividad económica).<sup>44</sup> Además, este planteamiento se ve reforzado por la consagración en la Constitución de una acción tutelar especial para los derechos fundamentales, como es el caso del recurso de protección contemplado por el artículo 20 de la CPR, el cual procede tanto contra sujetos públicos, como privados frente a la privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de estas garantías. Sin perjuicio de lo anterior, ocupa también un papel preponderante en este sentido el artículo 19 N° 26 de la CPR, conforme al cual se asegura a todas las personas: "La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías

---

<sup>42</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, *Dogmática Constitucional*, Universidad de Talca, Talca, Chile, 1997, p. 113.

<sup>43</sup> Dictamen de la Dirección del Trabajo N° 4541/319, de fecha 22 de septiembre de 1998. De igual manera, dictamen N° 2856/162, de fecha 30 de agosto de 2002.

<sup>44</sup> En igual sentido, Ugarte Cataldo, José Luis, *El nuevo Derecho del Trabajo*, ob. cit., p. 119.



que ésta establezca o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.”

Finalmente, en relación con el tema tratado es posible afirmar que los derechos fundamentales deben entenderse como “los componentes estructurales básicos del conjunto del ordenamiento jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, el fundamento del orden público y de la paz social.”<sup>45</sup>

#### 4. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES COMO UN LÍMITE AL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPLEADOR

Una vez aclarado el planteamiento que reconoce la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y, teniendo en cuenta lo ya señalado acerca de las particularidades de las relaciones jurídicas laborales frente a las relaciones contractuales civiles o comerciales, resulta necesario plantearse acerca del rol o función que la teoría de la *Drittwirkung* representa en el ámbito de la empresa. Sobre este punto, según lo plantea con precisión Melis,<sup>46</sup> cabe manifestar que la primera y, sin duda, la más importante función a asignar a los derechos fundamentales en la empresa es que ellos se erigen como el principal límite a los poderes empresariales.<sup>47</sup> En efecto, el régimen de libertades y derechos consagrados y reconocidos constitucionalmente lleva necesariamente asociado un sistema de límites a los poderes empresariales, debiendo darse primacía a aquellos por sobre éstos.<sup>48</sup>

---

<sup>45</sup> Pedrajas, Abdón, Despido y derechos fundamentales, ob. cit., p. 26.

<sup>46</sup> Melis Valencia, Christian, Derechos fundamentales y empresas: apuntes para una configuración dogmático-jurídica, ob. cit., pp. 105-106.

<sup>47</sup> Esta función de los derechos fundamentales ha sido reconocida por la jurisprudencia de la Dirección del Trabajo desde antes de la reforma legal introducida por la Ley N° 19.759. Es así, como el dictamen N° 287/014, de fecha 11 de enero de 1996, estableció que: “...mientras el sistema jurídico dota al empleador de lo que la doctrina llama el poder de dirección y de disciplina, esto es, de la facultad para dirigir y mantener el orden dentro de la empresa, que de alguna manera es manifestación de los derechos constitucionales de propiedad y de la libertad para desarrollar cualquier actividad económica, dicha facultad se encuentra jurídicamente limitada por las garantías constitucionales dirigidas a proteger la dignidad y honra de las personas.”

<sup>48</sup> En esta misma línea de pensamiento, López, Diego, Los derechos fundamentales en el trabajo, ob. cit., p. 2, manifiesta que: “Todos estos derechos operan como una limitación de los poderes empresariales respecto a la ejecución del trabajo humano; garantizan una contrapartida humana al acuerdo de trabajo por dinero: al considerar al trabajador un sujeto de derechos, necesariamente debe asegurarse que los derechos fundamentales de la persona humana no se pierdan o disminuyan por el hecho de ponerse bajo las órdenes de quien compra un trabajo para utilizarlo en su propio provecho. El acuerdo económico de remuneración a cambio de trabajo no hace menos persona o ciudadano al trabajador. Hay pues, valores no patrimoniales en el intercambio económico del trabajo; el trabajador es titular de derechos y su trabajo no puede utilizarse sino respetando la dignidad humana del prestador. Los derechos fundamentales de la persona humana no pierden vigencia en

En concordancia con lo recién expresado, se señala que esta función limitadora de los derechos fundamentales se desarrolla en el conjunto y en la totalidad de la relación laboral, pues allí donde se ejerzan los poderes empresariales siempre estará presente esta perspectiva limitadora de los derechos fundamentales. Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar que estos límites impuestos a las facultades empresariales operarán en forma negativa, esto es, como prohibición de cualquier actitud que vulnere estas libertades, pero no obligan al empleador a modificar su estructura productiva al tenor de los derechos fundamentales de sus trabajadores para facilitar su ejercicio.<sup>49</sup>

En Chile, luego de la reforma laboral introducida por la Ley N° 19.759, publicada en el Diario Oficial de fecha 5 de octubre de 2001, se reconoció expresamente la función limitadora de los derechos fundamentales en el nuevo texto del inciso 1 del artículo 5 del CdT, el cual dispone que: “El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos.”

Esta función limitadora se desarrolla en el conjunto y en la totalidad de la relación laboral. Allí donde se ejerzan los poderes empresariales siempre estará presente esta perspectiva. Tanto al inicio de la relación laboral o, incluso antes en los procesos de selección del personal, en su desarrollo y en su conclusión, tanto en el ámbito estrictamente laboral (límite interno), en cuanto involucra la conformación esencial del poder empresarial, como fuera de él (límite externo), en cuanto importa una limitación que viene dada por la colisión de derechos y por la preeminencia de los derechos fundamentales.<sup>50</sup>

Con todo, la doctrina laboral,<sup>51</sup> como asimismo los reiterados pronunciamientos de la Dirección del Trabajo<sup>52</sup>, han establecido algunos criterios en torno a la función limitadora de los derechos fundamentales reconocida por el artículo 5 inciso 1 del CdT que cabe tener en consideración:

---

una relación de trabajo; antes bien, garantizan que los trabajadores no se vean reducidos sólo a una función productiva y económica.”

<sup>49</sup> Gamonal Contreras, Sergio, Ciudadanía en la empresa o los derechos fundamentales inespecíficos, ob. cit., p. 23.

<sup>50</sup> Dictamen de la Dirección del Trabajo N° 2856/162, de 30 de agosto de 2002.

<sup>51</sup> Entre otros: Caamaño Rojo, Eduardo, La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales y su reconocimiento por los dictámenes de la Dirección del Trabajo, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, volumen XXVII, Semestre I, 2006, p. 19 s. Véase también: Melis Valencia, Christian, Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales, ob. cit., p. 66 s.; Ugarte Cataldo, José Luis, Tutela de derechos fundamentales del empleador, ob. cit., p. 51 s.

- a) Los derechos fundamentales no son absolutos y reconocen como límites otros bienes u otras garantías constitucionalmente protegidas, así como también, la moral, el orden público y el bien común. Por lo mismo, en el ejercicio de un derecho fundamental puede producirse un conflicto con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, el que se ha de resolver mediante la utilización de mecanismos de ponderación en clave constitucional, puesto que el conflicto si bien tiene su origen o incluso su conformación en el seno de la empresa, trasciende este espacio para ubicarse en sede constitucional. Con todo, cualquier interpretación sobre los eventuales límites a un derecho fundamental ha de llevarse a cabo restrictivamente dada la fuerza expansiva que poseen éstos y que exigen una opción inequívoca por su aplicación plena. Del mismo modo que los derechos fundamentales no son absolutos, los límites que se impongan a su ejercicio, derivados del reconocimiento de otros bienes jurídicos constitucionales, tampoco pueden serlo.
- b) La limitación a las garantías constitucionales por el ejercicio de otro derecho fundamental (v. gr. del empleador) es posible, siempre que, por un lado, se respete el principio de proporcionalidad, que sirve de medida de valoración de su justificación constitucional.<sup>50</sup> Se produce así, un examen de admisibilidad (ponderación) de la restricción que se pretende adoptar basado en la valoración del medio empleado (constricción del derecho fundamental) y el fin deseado (ejercicio del propio derecho). Por otro lado, la limitación a una garantía constitucional basada en el ejercicio de otro derecho fundamental debe estar determinada por el respeto al contenido esencial de la misma, de conformidad a lo establecido por el artículo 19 N° 26 de la CPR.
- c) En la relación laboral, el derecho fundamental del trabajador se inserta, en cuanto a su ejercicio, en el específico ámbito de la organización empresarial, en la que se produce evidentemente una compresión o modulación de su personalidad, lo que responde a la estructura jerárquica de esta organización y a la subordinación como elemento definitorio del vínculo jurídico laboral.
- d) La resolución del conflicto derivado de la tensión entre el ejercicio de un derecho fundamental y el poder empresarial, no debe resolverse en abstracto, sino que en consideración a las circunstancias particulares de caso concreto, ya que será en el análisis fáctico y específico de cada caso en particular, en donde se deberá determinar la virtualidad protectora del derecho fundamental y sus

---

<sup>52</sup> Véase, por ejemplo, los dictámenes de la Dirección del Trabajo N° 2875/72, de fecha 22 de julio de 2003; N° 2328/130, de fecha 19 de julio de 2002 y N° 4822/207, de fecha 11 de noviembre de 2003 sobre la aplicación de medios de control audiovisual al interior de la empresa.

eventuales limitaciones en el ámbito laboral. Por tanto, cualquier limitación de los derechos fundamentales de la persona del trabajador en virtud del ejercicio de los poderes empresariales, sólo resultará ajustada si está justificada constitucionalmente a través del juicio de proporcionalidad y si no afecta el contenido esencial del derecho de que se trata, análisis que ha de verificarse en cada caso en concreto.

Las consideraciones anteriores, resultan entonces de gran relevancia para poder comprender el alcance de la función limitadora de los derechos fundamentales de la persona de los trabajadores frente al ejercicio del poder de dirección del empleador, como asimismo, para construir criterios conforme a los cuales es posible resolver los conflictos que puedan suscitarse entre las partes de una relación laboral respecto de la eventual lesión de estos derechos. Volveremos sobre lo anterior más adelante a propósito de la respuesta al problema central que motiva este informe.

## 5. EL DEBER DE CONFIDENCIALIDAD DEL EMPLEADOR

La Ley N° 19.759 introdujo al CdT la norma del artículo 154 bis, la que prescribe que “El empleador deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral.”<sup>53</sup> Esta disposición se encuentra situada dentro del Título III del Libro I del CdT que se ocupa del Reglamento Interno de la empresa y está naturalmente en la línea de fortalecer el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores.<sup>54</sup>

De una lectura restringida de esta disposición legal se infiere que el legislador busca fortalecer el respeto a la vida privada y a la intimidad del trabajador, garantía constitucional consagrada en el numeral 4 del artículo 19 de la CPR, dado que el empleador, en razón de su posición contractual está en condiciones de conocer una serie de datos privados del trabajador y de su familia, los que podrían resultar de interés

---

<sup>53</sup> En concordancia con esta disposición, el artículo 183-Y del CdT establece que la empresa usuaria “deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral.”

<sup>54</sup> Así se desprende del Mensaje con el cual fue enviado el proyecto de ley que luego daría cuerpo a la reforma laboral de la Ley N° 19.759, el que establece como uno de sus fines el mejoramiento del respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores. Sobre el particular, el Mensaje señala que: “...se ha estimado necesario incluir normas que impliquen un mejoramiento en el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores en la empresa. El gobierno considera que la dignidad de ciudadano de cada trabajador no puede ser sobrepasada por la normativa interna de la empresa bajo ningún pretexto. Ella y sus derechos subsecuentes, tienen su origen no sólo en la Constitución Política de la República, sino que en las normas más básicas del respeto y la convivencia humana. En este punto, hemos querido ser muy claros: los tiempos que vivimos exigen hacernos cargo de la ciudadanía laboral que acompaña a cada persona, sea ésta jefe o subordinado dentro de la empresa. El respeto a dicha dignidad debe ser resguardado por la normativa legal vigente.” Mensaje N° 136/343 de fecha 16 de noviembre de 2000.

para terceros, pudiendo el empleador lucrar con ello, o bien, cuya divulgación pudiera afectar derechos o intereses del trabajador y de su grupo familiar. Por tanto, este deber de confidencialidad tiene su fundamento en la especial vinculación laboral que se genera entre el trabajador y el empleador, lo que le permite a este último poder acceder o disponer de datos privados de sus dependientes. Este es el caso, por ejemplo, del nombre completo del trabajador y de otros miembros de su familia, su fecha de nacimiento, su nacionalidad, su número de cédula de identidad o de RUT, su estado civil, su domicilio, sus datos bancarios, previsionales y tributarios, la composición de su grupo familiar, deudas o situación financiera, afiliación sindical u otros.

Sin perjuicio de lo anterior, ampliando el alcance de la norma con una interpretación armónica con el sentido tutelar propio de los derechos fundamentales, en orden a fortalecer el respeto a la vida privada del trabajador, se puede entender que la información referida al contenido del contrato de trabajo (v. gr. remuneraciones o jornada de trabajo) también estaría cubierta por esta garantía, ya que si bien el empleador es parte del contrato, no puede disponer de ella por comprender también derechos e intereses propios del trabajador. Así, entonces, la norma citada, viene a establecer una barrera en lo que toca a la confidencialidad de los datos privados del trabajador, al dejarlos reducidos al mero ámbito de la empresa, lo que, en razón de lo expuesto en párrafos precedentes, se explica por las particularidades propias de la relación laboral, en concreto, la subordinación del trabajador y el poder de dirección del empleador, lo que es excepcional dentro del marco privado dentro del cual se desarrolla la actividad laboral. En efecto, la desigualdad jerárquica entre las partes del contrato de trabajo y el poder de dirección que posee el empleador, le dan un sentido especial a la necesidad de articular una nueva dimensión de tutela en base a los derechos fundamentales inespecíficos.

Respecto del derecho constitucional al respeto y protección de la vida privada del trabajador, consagrado en el artículo 19 N°4 de la Carta Fundamental, cabe señalar, por otro lado, que la vida privada, objeto de protección por este derecho, ha sido definida como “el conjunto de los asuntos, conductas, documentos, comunicaciones, imágenes o recintos que, el titular del bien jurídico protegido, no desea que sean conocidos por terceros sin su consentimiento previo.”<sup>55</sup> Congruente con la protección que el constituyente brinda a la vida privada, la Ley N° 19.628 sobre protección de la vida privada ha dispuesto que el tratamiento de los datos personales sólo puede efectuarse cuando la referida

---

<sup>55</sup> Cea Egaña, José Luis, Derecho Constitucional Chileno, Tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile, 2004, p. 178.

ley u otras disposiciones legales lo autoricen o el titular consienta expresamente en ello (artículo 4 inciso 1), entendiéndose por *datos personales* los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables (artículo 2 letra f). Asimismo, se sostiene que no pueden ser objeto de tratamiento los datos sensibles (según el artículo 2 letra g), vale decir, aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual, salvo cuando la ley lo autorice, exista consentimiento del titular o sean datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares (artículo 10).<sup>56</sup>

En definitiva, en un análisis restringido a la pura dimensión de aplicación de la legislación laboral, esto es, el sector privado y las relaciones que se suscitan entre trabajadores y empleadores, según lo prescribe el artículo 1 del CdT, es posible sostener de manera indubitada la plena vigencia de los derechos fundamentales inespecíficos de los trabajadores, como asimismo, del deber de confidencialidad y el respeto del derecho a la vida privada del trabajador que pesa sobre el empleador. En todo caso, los derechos fundamentales no suponen un límite absoluto al ejercicio del poder empresarial.<sup>57</sup> De igual manera, cabe resaltar que el artículo 154 bis de este cuerpo legal no le otorga a los datos privados de los trabajadores el carácter de secretos o reservados,<sup>58</sup> por lo que el deber de confidencialidad puede sufrir limitaciones que no impliquen desconocer el contenido esencial de la garantía constitucional consagrada por el artículo 19 N° 4 de la CPR, de acuerdo a lo previsto por el artículo 19 N° 26 del mismo texto constitucional.

Con todo, en un escenario diverso, como es aquel en que se encuentran las empresas públicas o las creadas por ley en razón de su pertenencia a la Administración del Estado y, ante normas de rango superior al CdT como es el artículo 8 de la CPR, desarrollado en lo que al derecho a acceder a la información pública se refiere por las disposiciones de la LAIP y de la LdT, cabe sostener una interpretación distinta que legitima el deber del empleador de divulgar ciertos datos relacionados con las condiciones de trabajo de sus empleadores – como es el caso de las remuneraciones – lo que se

---

<sup>56</sup> En este sentido: dictamen de la Dirección del Trabajo N° 2210/035, de fecha 5 de junio de 2009.

<sup>57</sup> Dictamen de la Dirección del Trabajo N° N° 2856/162, de 30 de agosto de 2002. En el mismo sentido: Melis Valencia, Christian, Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales, ob. cit., p 93 s.

<sup>58</sup> En igual sentido, dictamen de la Contraloría General de la República N° 2404, de fecha 19 de enero de 2004.

desarrollará en los acápite siguientes, a la luz de los principios y criterios que inspiran la noción de la ciudadanía en la empresa en el Derecho del Trabajo.

#### IV. LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR LAS REMUNERACIONES DE CIERTOS TRABAJADORES DE LAS EMPRESAS DEL ESTADO: LA LEY SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA VERSUS EL CÓDIGO DEL TRABAJO

##### 1. EL DEBER DE TRANSPARENCIA ACTIVA EN LAS EMPRESAS DEL ESTADO: ALGUNOS COMENTARIOS EN TORNO ARTÍCULO 10 LETRA H) DE LA LAIP

En relación con las empresas estatales se debe tener en consideración que éstas forman parte de la denominada Administración del Estado, de conformidad con lo previsto por el artículo 1 inciso 2 de la Ley N° 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado.<sup>59</sup> A su vez, se debe tener presente que el artículo 3 de la Ley N° 18.575 establece en su inciso 1 que: “La Administración del Estado está al servicio de la persona humana; su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley, y de la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal.”

Sobre las empresas del Estado, cabe destacar que el profesor Soto Kloss<sup>60</sup> las conceptualiza como organismos administrativos personificados, integrantes de la Administración, que tienen una organización gerencial – a diferencia de los servicios públicos que cuentan con una organización burocrática – y desempeñan una actividad empresarial del Estado, de tipo económico y cuya actividad es la prestación de servicios o la producción de bienes para satisfacer necesidades públicas. Entre las empresas del Estado creadas por ley, cabe citar a modo de ejemplo, a la Empresa de Correos de Chile, Televisión Nacional de Chile, el Banco del estado de Chile, Ferrocarriles del Estado, etc.

---

<sup>59</sup> El artículo 1 inciso 2 de la Ley N° 18.575 dispone que: "La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las *empresas públicas creadas por ley*."

<sup>60</sup> Soto Kloss, Eduardo, Derecho Administrativo. Temas Fundamentales, Editorial Legal Publishing, Santiago, Chile, 2009, p. 200.

A su vez, el profesor Soto Kloss<sup>61</sup> señala que las empresas del Estado son personas jurídicas de Derecho Público, cuya organización es de Derecho Público, y cuya actividad está regida por el Derecho Privado, puesto que es de carácter comercial o industrial, de acuerdo a lo previsto por el artículo 19 N° 21 inciso 2 de la CPR. En lo que respecta a su régimen funcional, el autor citado expresa que los trabajadores de las empresas del Estado son funcionarios públicos regidos por un estatuto administrativo propio que, en este caso, es el Código del Trabajo. Ahora bien, estos trabajadores forman parte de la Administración del Estado, por lo que el hecho de estar regidos por el CdT no los convierte en trabajadores del sector privado, dado que son las leyes especiales que crean estas empresas, las que determinan que se rijan por el CdT de conformidad, a su vez, con lo prescrito por el artículo 1 del CdT. Como consecuencia de lo anterior, los trabajadores de las empresas del Estado tendrán un régimen laboral más flexible que el Estatuto Administrativo en razón de la actividad que ellos realizan, la que es equivalente a las realizadas por las empresas privadas.<sup>62</sup> Con todo, esto no altera la naturaleza del vínculo laboral, ni los exime de su pertenencia a la Administración del Estado, ni de su sujeción a los principios y normas propias de los órganos públicos.

Por consiguiente, tiene plena relevancia para las empresas del Estado lo señalado por el inciso 2 del artículo 1 de la Ley N° 18.575, en cuya virtud: “La Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, *transparencia y publicidad* administrativas, y garantizará la debida autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos, respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica, en conformidad con la Constitución Política y las leyes.”

En concordancia con lo establecido por la norma recién transcrita, cobra un sentido especial el artículo 10 de la LAIP, el cual desarrolla el principio constitucional de publicidad y el derecho de acceso a la información pública para este tipo de empresas, imponiendo una especial manera de cumplir con el deber de transparencia activa. En concreto, el artículo 10 de la LAIP dispone que el principio de la transparencia de la función pública consagrado en el inciso 2° del artículo 8 de la CPR y en los artículos 3 y 4 de la LdT es aplicable a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y a las sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio, aun

---

<sup>61</sup> Ídem., p. 200.

<sup>62</sup> Ídem., p. 202.



cuando la ley respectiva disponga que es necesario mencionarlas expresamente para quedar sujetas a las regulaciones de otras leyes.

En virtud de dicho principio, estas empresas deberán mantener a disposición permanente del público, a través de sus sitios electrónicos, los siguientes antecedentes debidamente actualizados: “...h) Toda remuneración percibida en el año por cada Director, Presidente Ejecutivo o Vicepresidente Ejecutivo y Gerentes responsables de la dirección y administración superior de la empresa, incluso aquellas que provengan de funciones o empleos distintos del ejercicio de su cargo que le hayan sido conferidos por la empresa, o por concepto de gastos de representación, viáticos, regalías y, en general, todo otro estipendio. Asimismo, deberá incluirse, de forma global y consolidada, la remuneración total percibida por el personal de la empresa. La información anterior deberá incorporarse a sus sitios electrónicos en forma completa, y de un modo que permita su fácil identificación y un acceso expedito.”<sup>63</sup>

El sentido de la norma transcrita es también concordante con lo previsto por el artículo 4 inciso 1 de la Ley N° 19.628 sobre protección de la vida privada, el cual prescribe que: “El tratamiento de los datos personales sólo puede efectuarse cuando esta ley u otras disposiciones legales lo autoricen o el titular consienta expresamente en ello.” Por consiguiente, si bien la protección de los datos personales y su confidencialidad es la regla general, este mandato no es absoluto y admite excepciones, entre otras, por exigencias de índole legal previstas en esa misma ley, o bien, por disposiciones de otras leyes, como es precisamente el caso del artículo 10 letra h) de la LAIP. Esto se explica, porque el propio legislador ha previsto situaciones especiales en las que el interés del titular de los datos privados acerca de su confidencialidad debe ceder para satisfacer otro tipo de intereses superiores o bienes jurídicos específicos, como es el caso, por ejemplo, del acceso a la información pública previsto por la CPR y precisado por la LAIP, como una materialización del deber de transparencia activa del Estado, en general, y de las diversas entidades que, en particular, integran la Administración.

---

<sup>63</sup> Cabe tener en consideración que el Consejo para la Transparencia, en el ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 33 letra d) de la LdT dictó la Instrucción General N° 5 sobre Transparencia Activa para Empresas Públicas, Empresas del Estado y Sociedades del Estado, publicada en el Diario Oficial de fecha 3 de febrero de 2010, en la cual se definió que los gerentes responsables de la dirección y administración superior de la empresa mencionados por el artículo 10 letra h) de la LAIP son “aquellos directivos con la capacidad de determinar los objetivos, planificar, dirigir o controlar la conducción superior de los negocios o la política estratégica de la entidad, ya sea por sí solos o junto con otros, y sin que en el desempeño de dichas actividades se atienda a la calidad, forma o modalidad laboral o contractual bajo la cual el gerente esté relacionado con la entidad, ni al título o denominación de su cargo o trabajo”.

En definitiva, es dable sostener que la confidencialidad que recae, en principio, sobre las remuneraciones no implica que este tipo de datos pasen a transformarse en secretos o totalmente reservados, dado que el escenario dentro del cual se desarrollan las relaciones laborales al interior de una empresa del Estado o creada por ley no es comparable con el de una empresa privada, atendida su pertenencia a la Administración Pública y la necesidad de establecer controles o resguardos que, entre otras materias, posibiliten un control ciudadano general (de allí el deber de transparencia activa especial del artículo 10 de la LAIP) sobre el destino o administración de recursos públicos, entre los cuales se encuentra el dinero de las empresas públicas destinados al pago de remuneraciones de ciertos trabajadores. Además, si se atiende al tipo de trabajadores a que se refiere la letra h) del artículo 10 de la LAIP, el interés en juego y la necesidad de someter estos datos al escrutinio ciudadano a través del acceso a la información y de la transparencia, se justifica plenamente, porque se trata de cargos directivos que reciben montos de remuneraciones superiores a la media de los trabajadores chilenos, tanto del sector público como privado.<sup>64</sup>

## 2. EL ACCESO A LA INFORMACIÓN SOBRE REMUNERACIONES DE CIERTOS TRABAJADORES DE EMPRESAS PÚBLICAS: UNA INTERPRETACIÓN DESDE EL DERECHO DEL TRABAJO

Atendido el claro tenor de la disposición del artículo 10 letra h) de la LAIP que ordena la publicidad de las remuneraciones de los trabajadores de cargos directivos de las empresas del Estado o de aquellas creadas por ley, surge el problema acerca de la forma en que debe conciliarse este deber de transparencia con el artículo 154 bis del CdT, integrado al marco jurídico conforme al cual se regirá la relación laboral entre ese trabajador directivo de una empresa del Estado y ésta, en calidad de empleadora.

La respuesta a esta pregunta no puede responderse en forma pura desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, sino que debe darse desde una perspectiva armónica con las normas y principios establecidos por la LAIP, por el carácter público de estas empresas, con los cuales el legislador vino a desarrollar el principio de publicidad y transparencia consagrado por el artículo 8 inciso 2 de la CPR. Por consiguiente,

---

<sup>64</sup> A vía de ejemplo, cabe señalar que según la Encuesta Laboral – ENCLA 2008 – elaborada por la Dirección del Trabajo, sólo el 13,3% de los trabajadores del sector privado encuestados tiene una remuneración superior a \$795.000.- y que únicamente el 3% tiene ingresos que superan \$1.908.000.- Atendida esta realidad indiciaria de una enorme desigualdad salarial, no cabe duda que resulta de interés y que debe considerarse como una obligación del Estado el informar y poner a disposición de la ciudadanía los montos que por concepto de remuneraciones se pagan en la Administración del Estado, en general, y en las empresas públicas, en particular, atendido el origen público de los presupuestos con cargo a los cuales se financian. Véase: Dirección del Trabajo, ENCLA 2008, Santiago, Chile, 2009, p. 81 s., disponible en [www.dt.gob.cl](http://www.dt.gob.cl).

es posible sostener que, dado que la proyección de los derechos fundamentales del trabajador (en concreto, la garantía del artículo 19 N° 4 de la CPR) al interior de la empresa no es absoluta, pudiendo sufrir limitaciones que no impliquen afectar su contenido esencial (artículo 19 N° 26 de la CPR), corresponde efectuar un examen de ponderación en base al principio de la proporcionalidad, que es la vía reconocida por la legislación laboral para resolver este tipo de conflictos.

Resulta útil recordar, previo a la referencia a la forma de salvar las colisiones entre las potestades del empleador y los derechos fundamentales de los trabajadores, la distinción que se hace en doctrina entre reglas y principios.<sup>65</sup> Las reglas son normas que, dadas determinadas condiciones, ordenan, prohíben, permiten u otorgan un poder de manera definitiva, confiriendo tal carácter definitivo a los derechos que se basan en ellas. Los principios, en cambio, son normas que ordenan optimizar y, como tales, ordenan que algo (por ejemplo, respetar la privacidad de un trabajador en su lugar de trabajo) deba hacerse en la mayor medida fáctica y jurídicamente posible. Las posibilidades jurídicas, además de depender de reglas, están esencialmente determinadas por otros principios opuestos, lo que implica afirmar que los principios pueden y deben ser ponderados. Así, como se afirmaba que los derechos que se basan en reglas son derechos definitivos, aquellos que se basen en principios, serán derechos prima facie o a primera vista, por cuanto, producto de su balanceo, podrían terminar cediendo frente a otros principios,<sup>66</sup> según se analizará.

La naturaleza de los principios condiciona que los conflictos entre aquéllos habrán de resolverse de un modo diverso a como se resuelven los conflictos entre reglas. Así, en caso de colisión de reglas, habrá que recurrir a los mecanismos clásicos del Derecho Civil (las leyes especiales prevalecen sobre las generales, las leyes posteriores prevalecen sobre las anteriores y la especialidad normativa), mientras que en el caso de conflicto de derechos fundamentales, la modalidad que corresponde aplicar se le denomina ponderación.<sup>67</sup>

El mismo autor profundiza luego este planteamiento, señalando que los conflictos entre principios se resuelven en dimensión del peso, a diferencia de los conflictos entre reglas que se deciden en la

---

<sup>65</sup> Gamonal Contreras, Sergio, *El procedimiento de tutela de derechos laborales*, Editorial Lexis Nexis, Santiago, Chile, 2007, p. 30.

<sup>66</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 2ª edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2008, p. 70 s.

<sup>67</sup> Ugarte Cataldo José Luis, *Los Derechos Fundamentales del trabajador: El nuevo procedimiento de tutela laboral*, Ensayos Jurídicos N°2, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, Chile, 2006, p. 19.

dimensión de validez, en cuanto los principios representan un objeto de optimización, que puede ser realizado en grado máximo según las posibilidades fácticas y jurídicas. Son por ello gradualmente realizables y, precisamente, el grado de realización de cada principio – y de los derechos previstos por ellos en consecuencia – en las situaciones de conflicto o colisión, debe ser decidida por el juez en cada caso, intentando que cada principio se sacrifique por el otro en la menor medida posible (principio de proporcionalidad). No obstante, la ponderación en esta perspectiva no es una actividad irracional del juez, ya que se encuentra metodológicamente gobernada por el principio de proporcionalidad. De este modo, el principio de proporcionalidad es la guía para solucionar las colisiones de derechos fundamentales, lo que puede ser explicado por una simple fórmula: cuanto mayor es el grado de afectación de uno de los derechos en juego, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro.<sup>68</sup>

De igual manera, es necesario tener en consideración que se sostiene que, si la imposición de límites a un derecho fundamental resulta admisible en función de la unidad interpretativa del texto constitucional, resulta entonces que la limitación ha de tener como justificación fundante la protección de otro derecho de relevancia constitucional. Si este no es el caso, no estaríamos en presencia de un conflicto de derechos fundamentales, sino de derechos de origen diverso: uno constitucional y el otro infra constitucional, primando obviamente el primero en virtud del principio de jerarquía normativa o supremacía de la Constitución.<sup>69</sup>

Con todo, cualquier interpretación sobre los eventuales límites a un derecho fundamental ha de llevarse a cabo restrictivamente dada la fuerza expansiva que poseen éstos y que exigen una opción inequívoca por su aplicación plena. Del mismo modo que los derechos fundamentales no son absolutos, los límites que se impongan a su ejercicio, derivados del reconocimiento de otros bienes jurídicos constitucionales, tampoco pueden serlo.<sup>70</sup>

Partiendo del supuesto de que se trata de un conflicto entre dos derechos de relevancia constitucional, la admisibilidad de la imposición de límites a un derecho fundamental tendrá directa relación con su justificación, en tanto sólo serán admisibles aquellos límites que encuentren justificación

---

<sup>68</sup> Ugarte Cataldo José Luis, Tutela de derechos fundamentales del trabajador, ob. cit., p. 70.

<sup>69</sup> En este sentido: Melis Valencia, Christian, Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales, ob. cit., p. 101.

<sup>70</sup> Dictamen de la Dirección del Trabajo N° 2856/162, de 30 de agosto de 2002.

iusfundamental.<sup>71</sup> Existen, pues, ciertos requisitos que se deben seguir al imponer límites a un derecho fundamental y que omnicomprendivamente podemos englobar en la aplicación del denominado "principio de proporcionalidad", y que sirve de medida de valoración de su justificación constitucional. Se produce así, un examen de admisibilidad (ponderación) de la restricción que se pretende adoptar basado en la valoración del medio empleado (constricción del derecho fundamental) y el fin deseado (ejercicio del propio derecho).<sup>72</sup> Este examen deberá realizarse, salvo el caso que el propio legislador ya lo hubiere realizado.

En relación con lo anterior, cabe destacar que la aplicación del principio de proporcionalidad para la resolución de conflictos de derechos fundamentales en materia laboral cuenta con un reconocimiento expreso en el artículo 485 inciso 3 del CdT, a propósito del procedimiento de tutela de derechos. Concretamente, la norma mencionada establece que: "Se entenderá que los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquéllas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial." De su texto, se desprende la necesidad de aplicar en la resolución de este tipo de conflicto de garantías constitucionales los juicios implícitos a este principio que se comentarán en los párrafos siguientes, en cuya virtud se ha de establecer una medida de valoración de la justificación constitucional de toda restricción que se pretenda imponer a un derecho fundamental. Se trata, pues, de un mecanismo esencialmente defensivo o de acción negativa, en tanto busca reforzar la eficacia de los derechos fundamentales frente a las intromisiones, sean éstas provenientes de entes públicos o privados.<sup>73</sup>

En particular, el principio de proporcionalidad,<sup>74</sup> como también se ha sostenido en algunos dictámenes de la Dirección del Trabajo,<sup>75</sup> admite una división en sub principios que, en su conjunto, comprenden el contenido de este principio genérico, a saber:

---

<sup>71</sup> Melis Valencia, Christian, Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales, ob. cit., p. 100.

<sup>72</sup> Dictamen de la Dirección del Trabajo N° 2856/162, de 30 de agosto de 2002.

<sup>73</sup> En este sentido: Melis Valencia, Christian, Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales, ob. cit., p. 105-106.

<sup>74</sup> Sobre la materia véase también: Nogueira Alcalá, Humberto, El principio de proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica por la jurisdicción constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional chileno, Carbonell, Miguel (coordinador), El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica, Editorial Librotecnia, Santiago, Chile, 2010, p. 356 s.

<sup>75</sup> Dictamen N° 2856/162, de 30 de agosto de 2002; dictamen N° 2210/035, de fecha 5 de junio de 2009. En detalle: Ugarte Cataldo, José Luis, Tutela de derechos fundamentales del trabajador, ob. cit., p. 67 s.

a) El "principio de la adecuación o de idoneidad": Este principio plantea que el medio empleado debe ser apto o idóneo para la consecución del fin propuesto, resultando inadecuada en consecuencia, la limitación de un derecho fundamental cuando ella no sirva para proteger la garantía constitucional en conflicto. En caso contrario, la medida será arbitraria.<sup>76</sup> Por consiguiente, este examen requiere de las siguientes operaciones: i) identificación del fin o fines perseguidos y de su legitimidad; ii) identificación de la medida de restricción; iii) identificación del o los derechos que se entienden restringidos o limitados y, iv) el análisis de la relación de causalidad entre medio y fin y su pertenencia desde la óptica del juicio de idoneidad.<sup>77</sup>

b) El "principio de necesidad": Este exige que la medida limitativa sea la única capaz de obtener el fin perseguido, de forma tal que no exista otra forma de alcanzar dicho objetivo sin restringir el derecho o que fuese menos gravosa. En otros términos, en virtud de este subprincipio se exige que no existan otros medios alternativos igualmente eficaces o que sean más benignos que el utilizado.

Según Melis,<sup>78</sup> a diferencia del juicio de idoneidad, en el que el examen se desarrolla sólo entre medio y el fin, en el juicio de necesidad el análisis se verifica comparativamente entre distintos medios alternativos existentes en relación con la intensidad de la restricción. En el juicio de idoneidad se busca establecer la eficacia de la medida objeto del control de proporcionalidad y en el juicio de necesidad se atiende a su eficiencia. De allí entonces, que el juicio de necesidad se estructure en base a los siguientes elementos y comparaciones: i) determinación de la idoneidad del medio empleado para restringir el derecho fundamental; ii) identificación de los medios alternativos y, iii) comparaciones entre el medio empleado y los medios alternativos.

c) El "principio de proporcionalidad en sentido estricto": Conforme a este juicio de ponderación, el límite a los derechos fundamentales debe ser racional tanto respecto del objeto de la medida como en cuanto a sus efectos.<sup>79</sup> Por este principio, entonces, se determina si la limitación del derecho fundamental resulta razonable en relación con la importancia del derecho que se trata de proteger con la restricción. Cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio,

---

<sup>76</sup> Gamonal Contreras, Sergio, El procedimiento de tutela de derechos laborales, ob. cit., p. 34.

<sup>77</sup> Melis Valencia, Christian, Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales, ob. cit., p. 109.

<sup>78</sup> Melis Valencia, Christian, Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales, ob. cit., p. 112.

<sup>79</sup> Gamonal Contreras, Sergio, El procedimiento de tutela de derechos laborales, ob. cit., p. 34.

tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro, lo que no formula otra cosa que el principio de la proporcionalidad en sentido estricto.<sup>80</sup>

Esta operación supone tres pasos básicos: i) determinar el grado de afectación o restricción de un derecho fundamental; ii) determinar el grado de importancia del derecho que opera en sentido contrario y, iii) debe compararse ambos para establecer si la importancia de uno justifica la restricción del otro.<sup>81</sup>

En consecuencia, atendido lo expuesto, la medida restrictiva de un derecho fundamental superará el juicio de proporcionalidad, si se constata el cumplimiento de los tres requisitos o condiciones referidas: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad) y, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

Con todo, es necesario precisar que esta operación de ponderación debe necesariamente realizarse en relación al concreto conflicto planteado y no en abstracto, ya que será en el análisis fáctico y específico de cada caso en particular, en donde se deberá determinar la virtualidad protectora del derecho fundamental y sus eventuales limitaciones en el ámbito laboral. De esta forma, cualquier limitación de los derechos fundamentales de la persona del trabajador en virtud del ejercicio de los poderes empresariales, sólo resultará ajustada si está justificada constitucionalmente, a través del juicio de proporcionalidad y si no afecta el contenido esencial del derecho de que se trata.<sup>82</sup>

Por su parte, en una función de clausura del sistema de derechos fundamentales, el contenido esencial del derecho – garantía reconocida en nuestra Carta Fundamental en el artículo 19 N° 26 – supondrá la existencia de un núcleo irreductible, inaccesible a todo intento limitador. Por consiguiente, la posibilidad de imponer un límite al ejercicio libre del derecho fundamental, basado en el ejercicio de otros derechos

---

<sup>80</sup> Ruiz Ruiz, Ramón, La ponderación en la resolución de colisiones de derechos fundamentales. Especial referencia a la jurisprudencia constitucional española, Revista Telemática de Filosofía del Derecho, N°10, 2006, pág. 62, disponible en [www.filosofiyderecho.com/rbfd](http://www.filosofiyderecho.com/rbfd).

<sup>81</sup> Ugarte Cataldo, José Luis, Tutela de derechos fundamentales del trabajador, ob. cit., p. 79.

<sup>82</sup> Así lo ha reconocido la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo a través del dictamen N° 2856/162, de 30 de agosto de 2002.

constitucionalmente relevantes, ha de estar determinada por el respeto al contenido esencial del mismo, constituyéndose éste a su vez, en lo que la doctrina ha denominado un "límite a los límites".<sup>83</sup>

En efecto, cabe destacar, como lo ha hecho el Tribunal Constitucional en el país, que se desconoce el contenido esencial de un derecho fundamental cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojen de la necesaria protección. Es decir, cuando al derecho se le priva de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible como tal, se impide su libre ejercicio o se le priva de tutela jurídica.<sup>84</sup>

## 2.1. LA ADMISIBILIDAD DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN SOBRE REMUNERACIONES EN BASE AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Proyectado lo expuesto en los acápites precedentes al problema que nos ocupa, esto es, a la forma de resolver en base al principio de proporcionalidad, el aparente conflicto entre el artículo 10 letra h) de la LAIP (derecho fundamental para acceder a la información pública) y el artículo 154 bis del CdT (expresión de la garantía del artículo 19 N° 4 de la CPR), en relación con la publicación de las remuneraciones de los trabajadores de las empresas del Estado, en concreto, de “cada Director, Presidente Ejecutivo o Vicepresidente Ejecutivo y Gerentes responsables de la dirección y administración superior de la empresa”, cabe señalar que:

- a) La exigencia del artículo 10 letra h) de la LAIP cumple con el juicio de adecuación o idoneidad, dado que cumple con un fin legítimo, querido por el propio orden constitucional, como es el que se deriva del mandato impuesto por el artículo 8 inciso 2 del texto de la Carta Fundamental y que tiene un claro carácter imperativo para toda la Administración del Estado, dentro de la cual se encuentran las empresas del Estado (artículo 1 inciso 2 de la Ley N° 18.575). La garantía constitucional afectada es tangencialmente la consagrada en el artículo 19 N° 4 de la CPR, debido a que cualquier ciudadano en razón de la exigencia de transparencia activa prevista por el artículo 10 letra h) de la LAIP podrá conocer el monto de las remuneraciones que perciben los trabajadores con cargos directivos de las empresas públicas, pero no así otros datos personales o sensibles de estas personas (v. gr. número de RUT, situación previsional, domicilio, etc.).

---

<sup>83</sup> Dictamen de la Dirección del Trabajo N° 2856/162, de 30 de agosto de 2002.

<sup>84</sup> Sentencia Tribunal Constitucional, de 24 de febrero de 1987, Rol N° 43. En iguales términos: dictamen de la Dirección del Trabajo N° 2856/162, de 30 de agosto de 2002.



Existe, a su vez, una relación de causalidad entre ambas situaciones, pues la publicitación de las remuneraciones de los trabajadores directivos de las empresas del Estado hace posible la concreción de un efecto querido por la propia Constitución Política de la República en materia de Bases de la Institucionalidad, como es caso del principio de transparencia y el derecho fundamental a acceder a información sobre el quehacer de la Administración y el uso que se da a los recursos públicos, en este caso, para el pago de remuneraciones.

Por lo tanto, la publicación de las remuneraciones de ciertos trabajadores directivos de las empresas estatales hace posible satisfacer efectivamente una finalidad respaldada constitucionalmente, no debiendo considerar, a riesgo de trastocar la supremacía constitucional, intereses o bienes sin dicho respaldo.<sup>85</sup> A su vez, esta limitación de la garantía de la vida privada en lo tocante a las remuneraciones de estos trabajadores satisface la premisa de la igualdad de trato del artículo 19 N° 2 de la propia CPR, pues los trabajadores y funcionarios que pertenezcan a otros órganos de la Administración del Estado diferentes de las empresas públicas, ya sea que se rijan por el Estatuto Administrativo o el CdT, también están sujetos al imperativo de transparencia activa sobre sus remuneraciones, incluso si realizan cargos de menor jerarquía en la estructura de la organización.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe tener en cuenta según lo sostiene Núñez Poblete,<sup>86</sup> que en condiciones de normalidad constitucional, y como regla general, se admite la posibilidad de que el Estado restrinja o limite los derechos fundamentales, en vistas a coordinar las diversas libertades de sus gobernados, por lo que esta función de coordinación muchas veces podría suponer la restricción razonable de las libertades del individuo. Existirían tan sólo específicos casos de excepción de garantías o derechos no susceptibles de limitación bajo ningún supuesto, como es el caso, por ejemplo, del derecho a no ser sometido a torturas y el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, lo que se explica por la propia naturaleza del bien jurídico tutelado. En lo que se refiere al derecho fundamental al respeto a la vida privada consagrado en el artículo 19 N° 4 de la CPR, resulta evidente que no puede ser entendido como una garantía absoluta, pues su ámbito de resguardo - un bien jurídico de interés particular - no

---

<sup>85</sup> En este sentido: Ugarte Cataldo, José Luis, Tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores, ob. cit., p. 76.

<sup>86</sup> Núñez Poblete, Manuel, Las limitaciones reconocidas a todo derecho en circunstancias de normalidad y de excepción constitucional, en Lecciones de Derechos Humanos, Editorial Edeval, Valparaíso, Chile, 1997, p. 305; citado por Aldunate Lizana, Eduardo, Derechos Fundamentales, Editorial Legal Publishing, Santiago, Chile, 2008, p. 237.

puede tornar inaplicable la concreción de principios y derechos fundamentales que integran las Bases de la Institucionalidad de nuestro sistema constitucional.

- b) La exigencia del artículo 10 letra h de la LAIP cumple con el juicio de necesidad, pues en este caso la restricción de la garantía constitucional del artículo 19 N° 4 de la CPR para los trabajadores de cargos directivos indicados por la mencionada letra h), resulta indispensable, necesaria y es la única vía para cumplir con un fin legítimo, cual es, la materialización de la publicidad y transparencia en la actuación de todas las entidades que forman parte de la Administración, las que forman parte de las Bases de la Institucionalidad de nuestro sistema democrático. Se busca así materializar la publicidad y transparencia en el uso de recursos públicos destinados a solventar las remuneraciones de quienes intervienen en la conducción superior de los negocios y la política estratégica de las empresas públicas, entre otras, las creadas por ley.

Además, no existe otra alternativa más benigna con el derecho fundamental de respeto a la vida privada, pues precisamente se busca que todos los ciudadanos puedan conocer el uso y destino de los recursos públicos, cualquiera sea la forma en que estos se utilicen. Asimismo, en esta labor de ponderación no se deben considerar las diferencias que se derivan del hecho de actuar la Administración del Estado en el ejercicio de potestades y, por ende, dentro del marco del Derecho Público, o bien, en el marco del Derecho Privado, como ocurre con las relaciones contractuales que tienen lugar entre las empresas del Estado y sus trabajadores de cargos directivos, toda vez que en ambos casos el principio de transparencia se erige como un criterio rector para la Administración, según lo dispone expresamente el artículo 3 inciso 2 de la Ley N° 18.575.

- c) La exigencia del artículo 10 letra h de la LAIP, al ser idónea y necesaria, cumple también con el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, pues el grado de restricción de la garantía constitucional del artículo 19 N° 4 de la CPR es reducida y limitada (no abarca otros contenidos del contrato de trabajo, ni datos personales de los trabajadores que ocupan cargos directivos) y se cumple con un objetivo superior como es el impuesto por el mandato constitucional de publicidad y transparencia de los actos de la Administración del Estado conforme al artículo 8 inciso del texto fundamental.

Asimismo, de la operación de balanceo o ponderación entre el artículo 19 N° 4 respecto de los trabajadores con cargos directivos de las empresas públicas y la garantía reconocida por el artículo 8 inciso 2 de la CPR, entendida como un derecho fundamental de todos los ciudadanos a acceder a información sobre las actuaciones de la Administración del Estado, se puede concluir que el segundo de estos derechos tiene una mayor relevancia, por decir relación con uno de los pilares básicos de nuestro Estado de Derecho y de nuestro sistema democrático, frente al interés particular de un trabajador con cargo directivo que no desea que se conozca el monto de sus remuneraciones financiadas, directa o indirectamente, con fondos estatales. En último término, la afectación de la vida privada es mínima, debido a que, según lo ya señalado, comprende únicamente la publicidad del monto de las remuneraciones y no otros datos más sensibles que por su propia naturaleza le dan un sentido a la garantía del artículo 19 N° 4 de la CPR, dentro del sistema constitucional sobre derechos fundamentales.

Sin perjuicio de ello, la publicidad de las remuneraciones no afecta el contenido esencial del derecho consagrado por el artículo 19 N° 4 de la CPR, en relación con el artículo 154 bis del CdT, ya que este se mantiene incólume en todo lo que no tenga vinculación con factores económicos, que son, precisamente, los que quedarán sujetos a los mecanismos de control y transparencia previstos por la LAIP. En efecto, el contenido esencial de un derecho fundamental es el núcleo básico que hace identificable un derecho como tal. Por consiguiente, el objeto protegido no es el derecho subjetivo de cada individuo, sino la configuración jurídica del respectivo derecho.<sup>87</sup>

## V. CONCLUSIONES

En conclusión, cabe señalar que la disposición del artículo 10 letra h) de la LAIP se encuentra en perfecta armonía con el texto constitucional, como asimismo, que la disposición del artículo 154 bis del CdT no está en conflicto con ella, pues la aplicación de esta norma del CdT, pensada estrictamente para el ámbito de las relaciones jurídicas entre particulares, no se puede hacer descontextualizada de un elemento fáctico, cual es, que quien asume el carácter de empleador es una empresa del Estado. Por lo anterior, la empresa del Estado, aún cuando se rija en sus relaciones laborales por el CdT, sigue

---

<sup>87</sup> Aldunate Lizana, Eduardo, *Derechos Fundamentales*, ob. cit., p. 262.

formando parte de la Administración estatal y sigue sujeta a los principios y reglas generales que informan su actuación conforme a la Ley N° 18.575 sobre bases generales, la LAIP y, particularmente, las normas constitucionales previstas por el artículo 8 inciso 2 de la CPR.

En efecto, como lo ha afirmado Soto Kloss<sup>88</sup> este tipo de empresas son “organismos administrativos personificados integrantes de la Administración del Estado, que tienen una organización gerencial..., que desempeñan una actividad empresarial del Estado..., de tipo económico y cuya actividad es la prestación de servicios o la producción de bienes, para satisfacer necesidades públicas”. Por lo anterior, el mismo autor afirma que sus trabajadores “son funcionarios públicos, regidos por su estatuto administrativo propio, el llamado Código del Trabajo... Adviértase que el hecho de estar regidos por el Código del Trabajo no los convierte en empleados particulares».

Por otra parte, puede entenderse que el conflicto entre la garantía constitucional del artículo 19 N° 4 de la CPR y el derecho a acceder a la información pública implícito en el texto del artículo 8 inciso 2 de la CPR, se resuelve, desde una perspectiva propia del Derecho del Trabajo, a favor del segundo por aplicación de las reglas de ponderación necesarias para la resolución de un conflicto de derechos fundamentales. No obstante lo anterior, puede estimarse también que ha sido el propio legislador, en el artículo 10 letra h) de la LAIP, quien ha asumido una opción explícita en esta materia al prescribir la publicación de los montos de las remuneraciones de cada uno de los cargos directivos de las empresas estatales que indica, en razón de la articulación y regulación de los principios y derechos asociados a la publicidad y transparencia que rigen la actuación de todos los órganos de la Administración del Estado, a la luz de lo dispuesto por el artículo 4 inciso 1 de la Ley N° 19.628 sobre protección de la vida privada.

En último término, no se puede perder de vista que sostener la preferencia de la garantía del artículo 19 N° 4 de la CPR y la supremacía del interés particular de un trabajador que ocupe un cargo directivo de una empresa estatal, conduce a la negación de intereses públicos, a la opacidad, al ocultamiento de información y a la limitación de los derechos de los ciudadanos a poder conocer el destino directo o indirecto de los recursos públicos, lo que repugna con la noción de control y con la transparencia que debe ser inherente a un sistema democrático. Incluso, si la razón para negar el acceso a esta información se basara en condiciones estratégicas o de mercado para la actuación de las empresas del Estado, la respuesta no podría significar una limitación al principio de la transparencia y al derecho a acceder a la

---

<sup>88</sup> Soto Kloss, Eduardo, Derecho Administrativo. Temas Fundamentales, ob. cit., p. 202.

información pública, pues ello supondría superponer el mercado al Estado de Derecho, lo que conlleva un descriterio inaceptable a la luz de las actuales Bases de la Institucionalidad consagradas por el texto de la Constitución.

La historia dramática y convulsa que ha hecho posible el establecimiento del actual sistema democrático en el país, más allá de sus posibles imperfecciones, es un argumento adicional para aplicar criterios restrictivos en la interpretación de normas y del alcance del ejercicio de ciertos derechos individuales que podrían contribuir a socavar valores superiores que se han logrado establecer en favor de las generaciones presentes y futuras que aspiran a vivir en paz, a conocer y a poder controlar toda actuación estatal que directa o indirectamente pudiera afectar sus intereses.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

Aldunate Lizana, Eduardo, *Derechos Fundamentales*, Editorial Legal Publishing, Santiago, Chile, 2008.

Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 2ª edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2008.

Bermúdez Soto, Jorge, *Derecho Administrativo General*, Editorial Abeledo Perrot, Santiago, Chile, 2010.

Caamaño Rojo, Eduardo, *El derecho a la no discriminación en el empleo*, Editorial Lexis Nexis, Santiago, Chile, 2005.

Caamaño Rojo, Eduardo, *La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales y su reconocimiento por los dictámenes de la Dirección del Trabajo*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, volumen XXVII, Semestre I, 2006.

Cea Egaña, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile, 2004.

Cea Egaña, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo I, 2ª edición, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile, 2008.

Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, *Informe de Derechos Humanos 2009*, Santiago, Chile, 2009.

Cordero Vega, Luis, *Efectos de la reforma constitucional en materia de acceso a la información pública*, Trabajo presentado en las XXXVI Jornadas de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2006, documento disponible en: [www.derecho.uchile.cl/jornadasdp/.../Luis%20Cordero%20V.pdf](http://www.derecho.uchile.cl/jornadasdp/.../Luis%20Cordero%20V.pdf).

Dirección del Trabajo, ENCLA 2008, Santiago, Chile, 2009.

Epping, Volker, Grundrechte, Editorial Springer, Berlin, Alemania, 2003.

Fernández González, Miguel Angel, El principio constitucional de publicidad, texto disponible en: [www.derecho.uchile.cl/.../el\\_principio\\_constitucional\\_de\\_publicidad.pdf](http://www.derecho.uchile.cl/.../el_principio_constitucional_de_publicidad.pdf).

Gamonal Contreras, Sergio, Ciudadanía en la empresa o los derechos fundamentales inespecíficos, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 2004.

Gamonal Contreras, Sergio, Los derechos del trabajador en la Constitución chilena, en Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, N° 3/2004.

Gamonal Contreras, Sergio, El procedimiento de tutela de derechos laborales, Editorial Lexis Nexis, Santiago, Chile, 2007.

Latorre Cruz, Carolina, El principio de transparencia de la función pública y el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, Memoria para optar al grado de licenciada en ciencias jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2010.

Lizama, Luis, Ugarte, José Luis, Interpretación y derechos fundamentales en la empresa, Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago, Chile, 1998.

López, Diego, Los derechos fundamentales en el trabajo: garantía de libertad y dignidad de las personas que trabajan, en Temas Laborales de la Dirección del Trabajo N° 22, noviembre 2004.

Melis, Christian, En torno al contrato de trabajo y los derechos fundamentales (I Parte), en Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo, N° 148, 2001.

Melis Valencia, Christian, Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales, Editorial Legal Publishing, Santiago, Chile, 2010.

Nogueira Alcalá, Humberto, Dogmática Constitucional, Universidad de Talca, Talca, Chile, 1997.

Nogueira Alcalá, Humberto, El principio de proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica por la jurisdicción constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional chileno, Carbonell, Miguel (coordinador), El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica, Editorial Librotecnia, Santiago, Chile, 2010.

Pedrajas, Abdón, Despido y derechos fundamentales, Editorial Trotta, Madrid, España, 1992.

Pfeffer Urquiaga, Emilio, Reformas Constitucionales 2005, Editorial Jurídica De Chile, Santiago, Chile, 2005.

Rajevic Mosler, Enrique, La jurisprudencia inicial del Consejo para la Transparencia, en Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, N° 22, diciembre 2009.

Rojas, Irene, Manual de Derecho del Trabajo, Editorial Lexis Nexis, Santiago, Chile, 2004.

Ruiz Ruiz, Ramón, La ponderación en la resolución de colisiones de derechos fundamentales. Especial referencia a la jurisprudencia constitucional española, Revista Telemática de Filosofía del Derecho, N°10, 2006, pág. 62, disponible en [www.filosofiyderecho.com/rtfd](http://www.filosofiyderecho.com/rtfd).

Soto Kloss, Eduardo, Derecho Administrativo. Temas Fundamentales, Editorial Legal Publishing, Santiago, Chile, 2009.

Supiot, Alain, Crítica del Derecho del Trabajo, Colección Informes y Estudios N° 11, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, España, 1996.

Ugarte Cataldo José Luis, Los Derechos Fundamentales del trabajador: El nuevo procedimiento de tutela laboral, Ensayos Jurídicos N°2, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, Chile, 2006.

Ugarte, José Luis, El nuevo Derecho del Trabajo, Editorial Lexis Nexis, Santiago, Chile, 2007.

Ugarte Cataldo, José Luis, Tutela de derechos fundamentales del empleador, Editorial Legal Publishing, Santiago, Chile, 2009.

## **Informe en Derecho**

**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**

**Tomas Vial Solar**

**Diciembre 2010**



## Índice

Introducción	4
Parte I.        Constitucionalidad del Inciso 2° del Artículo 5°	5
1.        El Potencial problema constitucional: contradicción con el tenor del artículo 8° de la Constitución	5
2.        El artículo 8° y su interpretación.	5
3.        Chile como república democrática.	9
4.        El derecho de acceso a la información.	10
4.1       Derechos implícitos en el derecho constitucional chileno	10
4.2       Fundamentos del derecho de acceso a la información	13
a.     En el derecho internacional de los derechos humanos	13
b.     En nuestro derecho constitucional	15
c.     Síntesis de las justificaciones del derecho	17
4.3       Contenido del derecho de acceso a la información	17
a.     Normas de derecho internacional	17
b.     Normas de derecho comparado	19
c.     Contenido del derecho de acceso en la Ley de Transparencia	23
5.        Conclusiones a la primera parte	24
6.        Interpretación literal e jurisprudencia constitucional sistemática	25
Parte II        Información Privada y Principio de Publicidad	30
1.        Determinación del problema	30
2.        Distinción entre información relativa a particulares e información garantizada por el derecho constitucional	30
3.        Los casos de conflicto entre publicidad e información protegida constitucionalmente	32
4.        Procedimiento para la determinación de que es publicable o mantenible en secreto o reserva	34
4.1       Improcedencia constitucional	34
4.2       Improcedencia legal	36
5.        Criterios substantivos	37
5.1       No afectación de los derechos constitucionales de terceros	37
5.2       Ponderación y proporcionalidad	38
5.3       Ponderación, test del daño e interés público	41
6.        ¿Está limitada la información pública al ejercicio de las funciones públicas?	42
7.        ¿Se transforma en pública la información personal por el sólo hecho de estar en manos de un sujeto obligado	43
8.        Conclusiones a la segunda parte	43
Parte III.     La historia fidedigna de inciso segundo del artículo 5°.	46
1.        Primer trámite constitucional: el Senado	46

1.1	Moción parlamentaria	46
1.2	Segundo informe de la Comisión de Gobierno	46
1.3	Discusión en sala	46
2.	Segundo trámite constitucional: la Cámara de Diputados	48
2.1	Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia	48
3.	Comisión Mixta	49
4.	Observaciones	49
Parte IV. Análisis de jurisprudencia.		51
1.	Decisiones del Consejo de la Transparencia.	51
1.1	Decisiones.	51
1.2	Conclusiones preliminares	54
2.	Dictámenes de la Contraloría General de la República	54
3.	Jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones	54
3.1	Caso Fundación Futuro	55
3.2	Caso OXXEAN	58
Conclusiones Finales		61

## **Introducción**

Se me ha solicitado por el Consejo para la Transparencia confeccionar un informe en derecho relativo a la publicidad de la información de particulares que esté en poder de la Administración Pública, revisando el alcance y constitucionalidad de la frase del artículo 5º, inciso segundo, de la Ley 20.285, “Toda información que obre en poder de los órganos de la Administración”.

A fin de llevar a cabo este cometido este trabajo se dividirá en cuatro partes. La parte I desarrolla si acaso la norma del inciso 2º es consistente con la Constitución, pese a extender la publicidad a aspectos que van más allá del texto del artículo 8º de la Norma Fundamental. Para ello estudiará el contenido del artículo 8º de la Constitución para luego analizar si acaso la norma legal posee otros fundamentos constitucionales plausibles.

La parte II analiza las diversas situaciones en que se puede encontrar la información de particulares que este en poder de la Administración, para luego revisar cómo debe entenderse constitucional y legalmente esa información y su relación con el principio de publicidad de la misma.

Luego, en la parte III se considerará la historia fidedigna de la norma. La parte IV sintetizará las conclusiones que se pueden extraer del estudio de la jurisprudencia del Consejo, de la Contraloría, el Tribunal Constitucional y de los Tribunales de Justicia.

Se finaliza con unas conclusiones.

## **Parte I**

### **Constitucionalidad del Inciso 2° del Artículo 5°.**

#### **1. El potencial problema constitucional: contradicción con el tenor del artículo 8° de la Constitución.**

La cuestión de la constitucionalidad de la norma del artículo 5° de la ley 20.285, en su segundo inciso, se puede producir porque ella agrega una situación de publicidad no contemplada en el artículo 8° de la Constitución. A fin de responderla, se examinará primero el sentido y alcance de la norma constitucional y luego los argumentos para fundar en la Constitución la norma en cuestión.

#### **2. El artículo 8° y su interpretación.**

Mediante la Ley N° 20.050 de 26 de agosto del 2005, se introdujo un nuevo artículo 8° en la Constitución Política de la República, cuyo texto señala que:

Artículo 8.º El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.

Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquellos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

Como se aprecia de lectura del texto lo que se declara público son:

- a. Los actos y resoluciones de los órganos del Estado;
- b. Sus fundamentos;
- c. Los procedimientos que se utilicen.

Como hemos señalado en otra ocasión<sup>1</sup> el uso de estos términos, en particular, la palabra acto, como se verá, ofrece dificultades de interpretación que pueden limitar gravemente el alcance del acceso a la información en manos del Estado. Esas dificultades derivan de haber entendido el acceso a la información, ya no respecto a la información que está en poder del Estado, sino que respecto a las acciones estatales. Como se apreciará, en esto la norma constitucional chilena se convierte en una excepción dentro del derecho comparado.

Sin embargo, es igualmente necesario definir qué se entiende por cada término, pues ello determina en forma muy relevante el alcance del principio de publicidad. En la discusión

---

<sup>1</sup> “El Nuevo Artículo 8°. Probidad antes que el Derecho a la Información. Principios y no Derecho”, en conjunto con Domingo Lovera, XXXV Jornadas Chilenas de Derecho Público, U. de Valparaíso, EDEVAL (2006) p. 501.

sobre el proyecto de ley que modifica la Ley de Bases de la Administración (Nº Boletín 3773-06) iniciado por moción de los senadores Larraín y Gazmuri, en la sesión 38, del 4 de octubre del presente, se alegó por los senadores Zaldivar y Viera-Gallo que el término “acto” debía ser entendido de acuerdo a lo que se definía en la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, Ley Nº 19.880. Esta ley, en su artículo 3º señala que son actos administrativos las decisiones formales que emitan los órganos de la administración del Estado en las cuales se contengan declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública.

Pese a que expresado en esta forma la palabra acto parece ser bastante comprehensiva, el inciso siguiente de la misma norma viene a reducir su alcance, pues señala que los actos administrativos tomarán la forma de decretos supremos y resoluciones. Si esta precisión se empleara para determinar el alcance del precepto constitucional, sin duda que ello reduciría en forma grave el acceso a la información en manos del Estado, pues es claro que hay mucha información que está en manos del Estado que no se expresa ni en decretos ni en resoluciones, ni tampoco puede ser incluida en los fundamentos de aquéllos. Así, por ejemplo, el Banco Central realiza constantemente estudios, los que bajo esta acepción no serían de acceso público por no haber sido necesariamente el fundamento de una resolución de ese órgano.

La situación puede no ser tan crítica si se toma en cuenta lo siguiente. Pese a que la antes mencionada fue la única acepción de acto administrativo que se propuso y discutió en ese debate, el mismo artículo 3º de la Ley de Procedimiento Administrativo, en su inciso sexto, amplía la definición de lo que es un acto a los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias. De esta manera, los términos legales aludidos parecen ser lo suficientemente amplios como para abarcar un amplio espectro de información. Así, se podría pensar que un informe fiscalizador de un funcionario, es una declaración de constancia, pues lo que hace es establecer un cierto estado de cosas, es decir, dejar constancia de ello. Lo mismo con cualquier estudio que se realice por un funcionario del Estado. Ellos constituyen declaraciones en las que se mezcla el juicio con la constancia.

Sin embargo, un término constitucional como éste debe ser definido primeramente, en relación y concordancia con el propio texto constitucional. Y en la Constitución numerosas veces se emplea el término actos, para referirse a diversas actuaciones de autoridades del Estado. Así, el artículo 7º, habla de los “actos” que contravengan los requisitos de validez de los actos del Estado serán nulos. De esto se sigue que hay actos que no necesariamente están juridificados en todos sus aspectos pero que aún así es un “acto del Estado”. Es decir, un acto de una autoridad pública que sea efectuado fuera de su competencia o sin las formalidades que la Constitución o la ley imponen aún son actos del Estado, sólo que es nulo. Y por ello genera responsabilidad.

Pero, para lo que nos preocupa, este acto nulo, en cuanto a su contenido y forma, aún irregular en la forma en que se gestó, es público. De hecho, es justamente este acceso amplio a los actos entendidos de esta forma lo que permitiría que se demostrara que el acto es nulo. La publicidad es por eso una herramienta esencial para fiscalizar el correcto desempeño de las autoridades. Alegar que un acto nulo no es un “acto del Estado” y, que

por consiguiente, no se tendría acceso a la información pertinente sería profitar del propio dolo o error.

El término resoluciones es más específico que el de actos y se debe entender como comprendido dentro de aquéllos, por lo que parece no ser más que una redundancia. No así la expresión procedimientos. Estos están relacionados con los actos. Si el término acto se entiende en un sentido amplio, la expresión procedimiento también lo debe ser, significando la forma, pasos, actuaciones, etapas, decisiones, documentos que formaron parte del proceso de toma de decisión. Respecto a los procedimientos en la misma sesión del Senado antes mencionada se señaló por parte del Senador Viera-Gallo que la publicidad de los mismos podía entenderse de dos formas. Una, que implicara que los ciudadanos tendrían derecho a estar presentes físicamente en todos los procedimientos de toma de decisiones. La otra, que la publicidad residiría en que se supiera cómo se decidió, alternativa ante la cual se inclinaba como la correcta. En esta materia parece que lo relevante, a fin de asegurar el control por un espectro amplio de los ciudadanos, es que la publicidad se refiera al conocimiento de cómo se realizaron los diversos actos del Estado. A este respecto, cabe decir que un derecho general a presenciar físicamente la toma de decisiones, aparte de engorroso, no conduce necesariamente a este objeto. Esto, sin perjuicio de que en ciertas instancias decisorias, particularmente aquellas integradas por representantes elegidos, se reconozca también la apertura de ellas a los ciudadanos, tal como hoy lo contempla el artículo 84 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, que dispone que las reuniones del concejo comunal serán públicas.

Sin embargo, aún con la interpretación más generosa de estos términos es posible imaginar información, documentos, que no caen en ninguna de esas categorías. Por ejemplo, la información recolectada por la administración en procesos fiscalizadores antes que se dicte resolución alguna. Esa información puede permanecer en ese estado indefinidamente, pues perfectamente puede darse el caso de que no se resuelva hacer nada con ella. Sin embargo, ella está en manos de un organismo de la Administración.

Los casos en que la Administración puede recabar o recibir información de las personas son múltiples. En todos aquellos en que esa información no se relacione en forma más o menos directa con un acto o resolución surge entonces la duda de si el artículo 5º es consistente con la Constitución en permitir su publicación.

Ejemplo de esto son los casos de peticiones de información ante órganos de la Administración. Así, por ejemplo, en *Gonzáles Con Gendarmería*,<sup>2</sup> un caso producido a raíz de una petición de información que hace Felipe Gonzáles, como director del programa de interés público de la facultad de derecho de la Universidad Diego Portales a Gendarmería de Chile, la policía encargada de la custodia de las prisiones, a fin de obtener información necesaria para elaborar el informe anual de derechos humanos producido por la misma entidad académica.

---

<sup>2</sup> Gonzáles con Gendarmería, Sentencia del 31 de agosto del 2005, rol 12090/2004, decimosexto juzgado civil de Santiago.

La información solicitada consistía en:

- 1) Información estadística acerca del número de plazas con que cuenta el sistema penitenciario chileno y la población penal existente al primer semestre del año 2004, segregada por región, sexo y estado procesal de los reclusos (detenidos, procesados o imputados, condenados y bajo arresto nocturno)
- 2) Información acerca de los sumarios administrativos seguidos contra funcionarios de Gendarmería de Chile –iniciados y/o terminados en 2004– con indicación de las causas que los motivaron (respecto de aquello en actual tramitación) y los resultados verificados a su término (sanciones, absoluciones, medidas adoptadas, etc.) También, información respecto de la vía de inicio de tales sumarios (denuncias de reclusos, control disciplinario, fugas, etc.)
- 3) Información respecto de las acciones judiciales intentadas contra Gendarmería de Chile (recursos de protección, amparo, querellas criminales) en razón de la tutela de los derechos de los reclusos (derecho a la integridad física y síquica, a la salud, etc.)
- 4) Información estadística acerca del número de decesos de internos al interior de los recintos penitenciarios, con indicación de la causa de su muerte, diferenciado por región, durante los años 2003 y 2004.

De la lectura de la petición se puede concluir que parte de la solicitud estaba o se podía subsumir sin mayor dificultad dentro la definición de actos y resoluciones. Por ejemplo, aquella relativa a los sumarios administrativos. Pero la información estadística no sería fácil ni obvia para el peticionario relacionarla con un acto o una resolución específica.

En el caso en cuestión el tribunal dará lugar a la demanda señalando que la materia a que ella se refiere *constituye sin duda información con la que debe contar dicho órgano de la Administración para cumplir sus funciones de planificación, readaptación, tratamiento en el medio libre y con los planes y/ o programas que dicho ente debe ejecutar dentro del cumplimiento de sus tareas y funciones*”.

Como se puede apreciar, entonces, se pueden dar casos en que ninguno de los términos del artículo 8° de sustento constitucional a la información que está en manos del órgano de la Administración, por lo que ante una petición de información se puede llegar a cuestionar la base constitucional del inciso segundo del artículo 5° de la Ley de Transparencia en razón de extender el principio de publicidad a casos no contemplados en la Constitución.

A fin de responder a este posible cuestionamiento será necesario revisar si acaso las normas de publicidad de rango legal poseen como único sustento el artículo 8° de la Constitución o si acaso ellas poseen un fundamento constitucional más amplio que esa norma. Dos, al menos, son las fuentes adicionales de rango constitucional de igual o, en verdad diríamos, mayor fuerza, que se pueden proponer. La primera es la definición sustancial de que Chile es una república democrática y la segunda es relativa al contenido propio del derecho a la información y su necesario reconocimiento y protección legal.

### 3. Chile como República Democrática.

El artículo 4º de la Constitución es el más breve de su texto pero sin duda uno de los más sustantivos, al afirmar que Chile es una república democrática.

Como señala la profesora Ángela Vivanco, la “república se caracteriza por los principios de efectividad, la periodicidad y la responsabilidad que alcanzan las autoridades que existen en el país”<sup>3</sup>. Respecto al concepto de democracia, que posee muchas definiciones, sin duda que la más comprensiva de ellas, como bien señala el profesor Alejandro Silva Bascuñán, es la dada por el presidente norteamericano Abraham Lincoln, como el “gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo”.<sup>4</sup>

Tanto la una como la otra están fundadas y estructuradas en torno a una serie de derechos de carácter político. Así, no se puede hablar de democracia sin que ésta considere los derechos de la participación popular, tales como el derecho a votar y a ser elegido, y los derechos de asociación, reunión y expresión. Ambos conceptos presuponen necesariamente un ámbito de apertura, de publicidad de lo que el gobierno efectúa.

Así lo comprendió claramente la Corte Interamericana cuando en *Claude vs. Chile*, en su considerando 87, señala, que:

*“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 pública. 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.”*

La estrecha relación entre el sistema político y el acceso a la información fue también claramente expuesta por el propio Tribunal Constitucional al decir, en su fallo Rol 634<sup>5</sup>, considerando 9º, para fundar el derecho de acceso, que:

*En primer lugar, por el hecho de que Chile es una república democrática, tal y como se afirma en el artículo 4º de la Constitución Política. Como sostuvo el profesor Rolando Pantoja Bauzá, durante la discusión parlamentaria de la*

<sup>3</sup> Ángela Vivanco, Curso de Derecho Constitucional. Aspectos Dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980, Tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile (2006), p. 83.

<sup>4</sup> Alejandro Silva Bascuñán, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, (2º ed., 1997) p. 87.

<sup>5</sup> Requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 13 de la Ley Nº 18.575, presentado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso en la causa caratulada "Lean Casas Cordero, Carlos Eric con Director Nacional de Aduanas", Rol Nº 2336-06, seguida ante ese mismo Tribunal.



*reforma constitucional de agosto de 2005, “respecto de la publicidad, recordó que a nivel constitucional se entiende que es una norma implícita dentro de la Carta Fundamental. El hecho de que Chile sea una República democrática implica que las autoridades públicas responden a la sociedad; por lo tanto tiene a disposición de los ciudadanos los actos y da cuenta de ellos...” (Emilio Pfeffer Urquiaga. Reformas constitucionales 2005. Editorial Jurídica de Chile, 2005, pág. 29).*

Habidas estas consideraciones, ¿Podría entenderse que las ideas de república y democracia sólo fundamentan una publicidad limitada a los actos y resoluciones de los órganos del Estado, no a la información en general que el Estado posee? Una comprensión de lo público sólo acotado estrictamente a lo señalado en el artículo 8° dejaría una gran cantidad de actuaciones de los órganos del Estado sin posibilidad de escrutinio democrático. Es evidente que la democracia implica un conocimiento de las políticas, decisiones, actuaciones, que no están necesariamente enmarcadas dentro un acto formal de los órganos estatales, aunque normalmente puedan terminar manifestándose en uno. Las consecuencias para el ejercicio de la libertad de expresión y del derecho a la información de una definición tan restrictiva serían, por lo mismo, severas.

La definición constitucional de república democrática sin duda que provee fundamentos para una legislación que establece el acceso no sólo a los actos y resoluciones, sino que también a aquello que el Estado hace y posee.

#### **4. El Derecho de Acceso a la Información.**

Un segundo fundamento de una normativa más amplia que la considerada expresamente en el artículo 8° de la Constitución está dado por la existencia de un derecho constitucional, cual es, el derecho de acceso a la información. Sin embargo, este derecho no está contemplado explícitamente en la Constitución. ¿Cómo podría ser entonces fundamento de una norma más extensa de acceso a la información?

Para responder esto es necesario indagar si acaso nuestro derecho constitucional contempla o considera la existencia de derechos implícitos y de si, en caso de hacerlo, se puede argumentar por un derecho de acceso a la información y definir su contenido.

##### **4.1 Derechos implícitos en el derecho constitucional chileno.**

Respecto a los derechos constitucionales, el profesor Cea ha argumentado que el catálogo constitucional no puede ser entendido como cerrado o taxativo<sup>6</sup> por las siguientes razones:

- a. Porque el artículo 19 de la Constitución no posee un carácter de enunciado exclusivo y excluyente. No dice que ellos son los únicos derechos asegurados. Ergo, pueden haber otros derechos fuera de aquél.

---

<sup>6</sup> José Luis Cea, *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile (2004), p. 49.

- b. Por efecto del artículo 5° de la Constitución, los derechos contenidos en los tratados internacionales ratificados y vigentes complementan los derechos constitucionales.
- c. Porque los derechos sirven al desarrollo humano y ello no puede entenderse como un concepto detenido en el tiempo.

Esta opinión es también compartida por el profesor Alejandro Silva Bascañán, el que en su *Tratado de Derecho Constitucional*, señala que la “enumeración contemplada en el art. 19 no reviste carácter taxativo” razonando que el considerar el catálogo de derechos constitucionales como taxativo habría ido en contra del sentido del artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución, concluyendo, por lo tanto, que “El Estatuto Fundamental deja (...) abierto nuestro ordenamiento jurídico a la incorporación en él de todos aquellos derechos que vaya siendo necesario u oportuno explicitar dándoles el respectivo estatuto.”<sup>7</sup>. Por su parte el profesor Humberto Nogueira también ha argumentando que la Constitución contempla derechos implícitos.<sup>8</sup>

A estas razones de naturaleza doctrinal se puede agregar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha reconocido derechos implícitos en varias ocasiones. Así, en 1995, en su sentencia rol 226<sup>9</sup>, del 30 de octubre de 1995, al conocer del requerimiento en contra del proyecto de Ley de Prensa el Tribunal señaló que la disposición del artículo 19, n° 12, que sólo se refiere a la libertad de emitir opinión e información, implicaba también un derecho a recibir información. Así, en su considerado 19° dijo:

*“19) Que, si bien el texto definitivo de la Constitución de 1980 no recogió el referido inciso del anteproyecto constitucional que fue eliminado en el Consejo de Estado y, si bien en la letra de la Ley Fundamental no aparece consagrado expresamente el derecho a recibir las informaciones, éste forma parte natural y se encuentra implícito en la libertad de opinión y de informar, porque de nada sirven estas libertades si ellas no tienen destinatarios reales.”*

Y, luego, en el considerando 25 señaló:

*“Cabe señalar que esta norma consagra un derecho de rango legal materia que puede ser abordada por el legislador puesto que universalmente tanto la doctrina como nuestra Constitución Política*

<sup>7</sup> Alejandro Silva Bascañán, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo XI, Editorial Jurídica de Chile (2006) p. 26.

<sup>8</sup> Véase Nogueira Alcalá, Humberto, “Los Derechos Esenciales o Humanos contenidos en los Tratados Internacionales y su ubicación en el Ordenamiento Jurídico Nacional: Doctrina y Jurisprudencia”, *Ius Et Praxis*, año 9, N° 1, p 403, (2003).

<sup>9</sup> Requerimiento de Diputados respecto del artículo 1°, inciso tercero; artículo 9°, inciso primero; artículo 20, inciso segundo, y artículo 43, inciso segundo, del proyecto de ley sobre "Libertad de expresión, información y ejercicio del periodismo".

*reconocen la existencia de derechos aunque no estén consagrados en el texto constitucional, a menos que esta consagración implique una violación a las normas fundamentales.*

*Nuestra Carta Política en el artículo 5º, inciso segundo, establece que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.*

*Esta última expresión significa que los hombres son titulares de derechos por ser tales, sin que sea menester que se aseguren constitucionalmente para que gocen de la protección constitucional.*

*Es así como bajo el texto de la Constitución de 1925 no estaba consagrado el derecho a la vida, derecho que jamás nadie se atrevió a negar” [subrayado nuestro].*

Y, más recientemente, el Tribunal reconocerá otro derecho fundamental no explícito en nuestra Carta Fundamental en su sentencia Rol 1340<sup>10</sup>, de 29 de septiembre de 2009, pues en su considerando 9º dirá:

*NOVENO: Que debe reconocerse, en efecto, que los diversos instrumentos internacionales, ratificados por Chile y vigentes, que cita el juez requirente en apoyo de su argumentación, consagran el derecho a la identidad personal generando, por ende, la obligación de los órganos del Estado de respetarlos y promoverlos, en los términos aludidos en el inciso segundo del artículo 5º de la Carta Fundamental.*

*La afirmación precedente se concilia perfectamente con el criterio sostenido por esta Magistratura en el sentido de que el derecho a la identidad personal está estrechamente ligado a la dignidad humana, en cuanto valor que, a partir de su consagración en el artículo 1º, inciso primero, de la Ley Suprema, constituye la piedra angular de todos los derechos fundamentales que la Ley Suprema consagra. Asimismo, que aun cuando la Constitución chilena no reconozca, en su texto, el derecho a la identidad, ello no puede constituir un obstáculo para que el juez constitucional le brinde adecuada protección, precisamente por su estrecha vinculación con la dignidad humana y porque se encuentra protegido expresamente en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país (Sentencia Rol N° 834, considerando 22º) [subrayado nuestro].*

---

<sup>10</sup> Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del Juez Presidente del Juzgado de Familia de Pudahuel, señor Carlo Marcelo Casaula Mezzano respecto del artículo 206 del Código Civil, en la causa RIT N° C-111-2009, seguida por investigación/reclamación de paternidad, caratulada “Muñoz con Muñoz”.

Pero, en la cuestión que nos avoca en este informe, será directamente el Tribunal el que reconoce la existencia del derecho a la información como un derecho implícito. Así, en la sentencia 634, del 9 de agosto del 2007, en su considerando 9º dirá que:

*“De esta manera, es posible afirmar que el derecho de acceso a la información pública se encuentra reconocido en la Carta Fundamental – aunque no en forma explícita- como un mecanismo esencial para la vigencia plena 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. Al mismo tiempo, la publicidad de los actos de tales órganos, garantizada, entre otros mecanismos, por el derecho de acceso a la información pública, constituye un soporte básico para el adecuado ejercicio y defensa de los derechos fundamentales de las personas que, eventualmente, puedan resultar lesionados como consecuencia de una actuación o de una omisión proveniente de los mismos” [destacado nuestro].*

Despejada la posibilidad de que en nuestro derecho se reconozcan derechos implícitos y de que el mismo derecho a la información sea uno de ellos es menester desarrollar las razones o justificación que se han dado para aquél. Esto es imprescindible a fin de determinar cuál es el contenido propio del derecho, lo cual nos será útil a fin de evaluar la constitucionalidad de la normas en estudio.

Con este propósito, analizaremos primero cómo se han entendido las razones o justificaciones en el derecho internacional de los derechos humanos y luego en nuestro derecho constitucional.

## **4.2 Fundamentos del Derecho de Acceso a la Información.**

### **a. En el derecho internacional de los derechos humanos.**

En materia de normas de derechos humanos sin duda que el pronunciamiento más claro ha sido el de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Claude vs. Chile*. Hay que hacer presente que este fallo no sólo es el primero que reconoce este derecho a nivel del sistema interamericano sino que también a nivel internacional.

La Corte señala que su jurisprudencia le ha dado un amplio contenido al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13<sup>11</sup> de la Convención, a través de la descripción de sus dimensiones individual y social, de las cuales ha desprendido una serie de derechos que se encuentran protegidos en dicho artículo,

<sup>11</sup> El artículo 13 de la Convención Americana, en su numeral 1, dispone:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

precisando que, de acuerdo a la protección que otorga la Convención Americana, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión comprende “no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de *buscar, recibir* y difundir informaciones e ideas de toda índole”<sup>12</sup>. Agrega que, al igual que la Convención Americana, otros instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establecen un derecho positivo a buscar y a recibir información. Y a continuación, en el que se puede estimar el párrafo central del fallo, dispone:

*“En lo que respecta a los hechos del presente caso, la Corte estima que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” “informaciones”, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención.”*<sup>13</sup> [Subrayado nuestro].

De esta forma, para la Corte Interamericana el derecho de acceso a la información es una manifestación o derivación de la libertad de expresión. Para entender el significado de esta relación es necesario citar lo que la misma Corte señala respecto a la relación entre libertad de expresión, democracia y derecho a la información. Al respecto, la Corte dijo que:

*“85. La Corte Interamericana ha hecho referencia a la estrecha relación existente entre democracia y libertad de expresión, al establecer que*

*[...] la libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también conditio sine qua non para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre*<sup>14</sup>.

*86. En este sentido, el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado*

<sup>12</sup> Cfr. *Caso López Álvarez*, supra nota 72, párr. 163; *Caso Ricardo Canese*, supra nota 72, párr. 77; y *Caso Herrera Ulloa*, supra nota 72, párr. 108.

<sup>14</sup> Cfr. *Caso Ricardo Canese*, supra nota 72, párr. 82; *Caso Herrera Ulloa*, supra nota 72, párr. 112; y Opinión Consultiva OC-5/85, supra nota 72, párr. 70.

cumplimiento de las funciones públicas. El acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso.

87. *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 pública<sup>15</sup>. 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.* “[Subrayado nuestro].

Adicionalmente a lo señalado por la Corte Interamericana, la Relatoría de Libertad de Expresión de la OEA ha informado que “el acceso a la información tiene una función instrumental esencial. Solamente a través de una adecuada implementación de este derecho las personas pueden saber con exactitud cuales son sus derechos y que mecanismos existen para protegerlos”.<sup>16</sup>

Asimismo, la opinión del Relator Especial de Naciones Unidas sobre Libertad de Expresión coincide en que el artículo 19 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que establece la libertad de expresión, incluye este derecho<sup>17</sup>, el cual ha sido constantemente informado como parte de las actividades del Relator a la Comisión de Derechos Humanos de la ONU.

#### **b. En nuestro derecho constitucional.**

Los fundamentos del derecho de acceso a la información como derecho reconocido en nuestro ordenamiento fueron dados por el Tribunal Constitucional en su sentencia Rol 634, antes mencionada. Ya se ha hecho referencia a que el Tribunal encuentra una base para ello en la definición de república democrática. A este fundamento, en el mismo considerando 91° antes citado, agregará los siguientes:

*En segundo término, porque el derecho a acceder a las informaciones que obran en poder de los órganos del Estado forma parte de la libertad de expresión que, entre nosotros, se encuentra consagrada en el artículo 19 N° 12*

<sup>15</sup> Cfr. *Caso Palamara Iribarne*, supra nota 72, párr. 83; *Caso Ricardo Canese*, supra nota 72, párr. 97; y *Caso Herrera Ulloa*, supra nota 72, párr. 127. En el mismo sentido, cfr. *Feldek v. Slovakia*, no. 29032/95, § 83, ECHR 2001-VIII; y *Surek and Ozdemir v. Turkey*, nos. 23927/94 and 24277/94, § 60, ECHR Judgment of 8 July, 1999.

<sup>16</sup> Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, “El Derecho de Acceso a la Información en el Marco Jurídico Interamericano” (2010).

<sup>17</sup> Ver Informe 2005 y anteriores, en la página del Alto Comisionado de Derechos Humanos, en <http://www.ohchr.org/spanish/issues/opinion/annual.htm>.

*de la Carta Fundamental, que asegura a toda persona “la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado”.*

*Este mismo Tribunal ha sostenido que la libertad de informar incluye “el derecho a recibir informaciones” (Sentencia Rol N° 226, de 30 de octubre de 1995, considerando 20°).*

*En idéntico sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago ha afirmado que en la garantía del N° 12 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, relativa a la libertad de información, “debe entenderse comprendido el derecho a recibir información, ya que como se ha sostenido por diversos autores, de nada serviría que se aseguraran la libertad de emitir opinión y la de información si no se reconoce que los destinatarios tienen, a su vez, el legítimo derecho a recibir una información oportuna, veraz y completa” (Sentencia Roles acumulados N°s. 5527-2001 y 5728-2001, considerando 9°).*

*[...]*

*Finalmente, porque el artículo 8° de la Constitución Política, introducido por la reforma constitucional de agosto de 2005 (Ley N° 20.050), consagró los principios de probidad, publicidad y transparencia en la actuación de los órganos del Estado y durante el debate sostenido en el Senado, a propósito de esa reforma, el senador Hernán Larraín sostuvo, precisamente, que: “Los órganos del Estado deben dar a conocer los fundamentos de sus decisiones, es decir, cumplir con el principio de publicidad y, finalmente, que deben actuar en forma transparente, lo cual significa que las personas puedan acceder a la información con las restricciones que establecerá la ley” (Pfeffer Urquiaga. Ob. cit., págs 30-31).*

*De esta manera, es posible afirmar que el derecho de acceso a la información pública se encuentra reconocido en la Carta Fundamental –aunque no en forma explícita- como un mecanismo esencial para la vigencia plena 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. Al mismo tiempo, la publicidad de los actos de tales órganos, garantizada, entre otros mecanismos, por el derecho de acceso a la información pública, constituye un soporte básico para el adecuado ejercicio y defensa de los derechos fundamentales de las personas que, eventualmente, puedan resultar lesionados como consecuencia de una actuación o de una omisión proveniente de los mismos” [subrayado nuestro].*

De esta forma, el Tribunal, junto a la idea de república democrática y libertad de expresión como fundamentos del derecho de acceso a la información, agrega la importante referencia de que el derecho de acceso es también esencial para un adecuado ejercicio de otros derechos constitucionales. Este reconocimiento, como veremos, posee un importante efecto en la determinación del contenido propio de derecho de acceso.

### c. Síntesis de las justificaciones del derecho de acceso.

Parece necesario efectuar una recapitulación de los fundamentos del derecho de acceso a la información dados por estas diversas fuentes. Este derecho se puede señalar que está fundado o sirve a los siguientes valores y derechos constitucionales:

- i. Es esencial para un adecuado ejercicio de la libertad de expresión;
- ii. Constituye un instrumento propio de una sociedad democrática, al permitir el control y la participación ciudadana;
- iii. Es también un derecho instrumental al servicio de los demás derechos fundamentales.

### 4.3 Contenido del derecho de acceso a la información.

Los fundamentos anteriores justifican un cierto contenido del derecho, es decir, un derecho a algo, que implica, correlativamente, un deber por parte de los sujetos obligados a proveerlo. Como veremos, este contenido está precisamente definido tanto en la normativa internacional como en el derecho comparado.

#### a. Normas de derecho internacional.

Dentro del sistema interamericano la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en numerosas ocasiones había señalado que la libertad de expresión reconocida en el artículo 13 de la Convención Americana incluía un derecho a solicitar información en manos del Estado. Así, en su Declaración de Principios Sobre Libertad de Expresión de Octubre 2000, señaló en su punto N° 4 que:

*“El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas.”* [Subrayado nuestro].<sup>18</sup>

Luego, como se vio, la propia Corte Interamericana, en *Claude vs. Chile* afirmará que:

*“77 lo que respecta a los hechos del presente caso, la Corte estima que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” “informaciones”, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con*

<sup>18</sup> Ver en la página de la Relatoría de Libertad de Expresión [<http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.aspartID=26&IID=2>] (Visitado el 08.11.06).



las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención.  
[Subrayado nuestro].

En estos pronunciamientos es claro que el derecho a la información es un derecho que se define como aquella *información que está en manos del Estado*. Es decir, es un derecho determinado de la forma más amplia, salvo las limitaciones propias, que son equivalentes a las que posee la misma libertad de expresión reconocida en el artículo 13 de la Convención Americana.<sup>19</sup>

A fin de precisar este contenido es iluminador uno de los principios desarrollados por la Relatoría de Libertad de Expresión, cual es el principio de máxima divulgación o de transparencia máxima. Según la Relatoría, esto implica crear un régimen “en el cual la transparencia y el derecho de acceso a la información sean la regla general sometida a estrictas y limitadas excepciones”.<sup>20</sup> Este principio, como se verá, está también acogido por la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información.

En Latinoamérica, a diferencia de Europa, no existe aún un convenio internacional que asegure específicamente el derecho de acceso. Sin embargo, lo más cercano a este es la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información<sup>21</sup> aprobada recientemente por la Asamblea General de la OEA, en junio del 2010, con lo cual se transforma en el estándar regional sobre esta materia.

Esta normativa, ya en su Preámbulo señala que “Que el derecho de acceso a la información se aplica en sentido amplio a toda la información en posesión de órganos públicos, incluyendo toda la información controlada y archivada en cualquier formato o medio”, lo que luego se reiterará en el artículo 1 (a) al indicar que “Información” se refiere a cualquier tipo de dato en custodia o control de una autoridad pública. Así también, respecto al término documento se especifica, en el mismo artículo, en su letra b) que “Documento” se refiere a *cualquier información escrita, independientemente de su forma, origen, fecha de creación o carácter oficial, de si fue o no fue creada por la autoridad pública que la mantiene, y de si fue clasificada como confidencial o no;*

---

<sup>19</sup> Estas están reconocidas en el artículo 13, número dos, que dispone:

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas

<sup>20</sup> Relatoría, p. 3.

<sup>21</sup> Este proyecto de ley fue elaborado por un grupo de expertos en derecho de acceso y coordinado por el Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA, siendo aprobado en junio del 2010 por la Asamblea General de la misma este año. Ver documento AG/RES. 2607 (XL-O/10).

Similar criterio ha seguido el sistema europeo. De esta forma el Consejo de Europa, el año 2008 aprobó la Convención Europea de Acceso a Documentos Oficiales.<sup>22</sup> Este instrumento establece en su artículo 2 el derecho de acceso a los documentos oficiales mantenidos por las autoridades públicas.<sup>23</sup> El término “documentos” se define en el artículo 1, letra b) como *toda información registrada en cualquiera forma, producida o recibida y mantenida por una autoridad pública.*<sup>24</sup>

Asimismo, en materia medio ambiental, en el sistema europeo existe también la Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales (Arhuss Convention) del año 2008, que establece la obligación de las partes de poner a disposición del público la *información sobre el medio ambiente* que les soliciten (artículo 4.1).<sup>25</sup>

## **b. Normas de derecho comparado.**

La legislación relativa al acceso a la información ha crecido exponencialmente en los últimos años.<sup>26</sup> En la materia que nos convoca puede ser útil revisar legislación tanto de los países latinoamericanos, europeos, y de los países anglosajones.

De las leyes contemporáneas la más antigua es la Ley de Libertad de Información (*Freedom of Information Act* o FOIA) de los Estados Unidos, del año 1966. Esta ley, en su sección a)(3)(A)<sup>27</sup> señala que las agencias cubiertas por ella deberán entregar los *registros*

<sup>22</sup> Council of Europe Convention on Access to Official Documents adopted by the Committee of Ministers on 27 November 2008, at the 1042bis meeting of the Ministers’ Deputies.

<sup>23</sup> Article 2 – Right of access to official documents

1. Each Party shall guarantee the right of everyone, without discrimination on any ground, to have access, on request, to official documents held by public authorities.

2. Each Party shall take the necessary measures in its domestic law to give effect to the provisions for access to official documents set out in this Convention.

3. These measures shall be taken at the latest at the time of entry into force of this Convention in respect of that Party.

<sup>24</sup> b. “official documents” means all information recorded in any form, drawn up or received and held by public authorities.

<sup>25</sup> Ver <http://www.unecce.org/env/pp/>

<sup>26</sup> De acuerdo a Article 19, un organización dedicada a la protección de la libertad de expresión y el derecho a la información al año 2010 había más de 90 países con leyes de acceso a la información. Ver <http://www.article19.org/pdfs/press/rti-index.pdf>

<sup>27</sup> La sección a)(3)(A) de la *Freedom of Information*, dispone que:

(3)(A) Except with respect to the records made available under paragraphs (1) and (2) of this subsection, and except as provided in subparagraph (E), each agency, upon any request for records which (i) reasonably

(records) que se les soliciten, salvo las excepciones que ella misma contempla. Para tal efecto la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana ha determinado en *DOJ v Tax Analyst* (1989) un doble test para definir si un material es un “registro” (*agency record*). Primero es necesario ver si la agencia ha “creado u obtenido” el registro, debiendo estar en posesión del mismo al momento de la solicitud y, segundo, que el material llegó al poder de la agencia en el ejercicio legítimo de sus funciones oficiales.<sup>28</sup>

Adicionalmente, la ley, en su sección f(2)A define que “records” es cualquier información mantenida por una agencia a la cual se aplica la ley y en cualquier formato, incluido el electrónico.

En Latinoamérica sin duda que la ley más influyente ha sido la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública de México, del año 2002. Esta ley, en su artículo 1º dispone el acceso a la información como el propósito de ella.<sup>29</sup> Congruentemente, en su artículo 2º precisa que toda la *información gubernamental a que se refiere la ley es pública* y los particulares tendrán acceso a la misma en los términos que ésta señala. Luego, en el apartado V. del artículo 3 define información como la contenida en los documentos que los sujetos obligados generen, obtengan, adquieran, transformen o conserven por cualquier título.

En el artículo 40, a su vez, dispone que cualquier persona o su representante podrá presentar, ante la unidad de enlace, una solicitud de acceso a la información mediante escrito libre o en los formatos que apruebe el Instituto (el Instituto Federal de Acceso a la Información o IFAI).

Para sólo dar otro ejemplo en América Latina, la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Perú, del año 2003, dispone, en su artículo 1º, *que toda información que posea el Estado se presume pública*, salvo las excepciones expresamente previstas por el artículo 15 de la misma ley. Luego, el Artículo 7 señala que toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier entidad de la Administración Pública. En ningún caso se exige expresión de causa para el ejercicio de este derecho. Especifica esto en su artículo 10 que ordena:

#### Artículo 10.- Información de acceso público

“Las entidades de la Administración Pública tienen la obligación de proveer la

---

describes such records and (ii) is made in accordance with published rules stating the time, place, fees (if any), and procedures to be followed, shall make the records promptly available to any person.

<sup>28</sup> Hammitt, Harry, et al, *Litigation Under the Federal Open Government Laws 2002*, EPIC (2002) p. 205.

<sup>29</sup> Artículo 1.

La presente Ley es de orden público. Tiene como finalidad proveer lo necesario para garantizar el acceso de toda persona a la información en posesión de los Poderes de la Unión, los órganos constitucionales autónomos o con autonomía legal, y cualquier otra entidad federal.

información requerida si se refiere a la contenida en documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato, siempre que haya sido creada u obtenida por ella o que se encuentre en su posesión o bajo su control.

Asimismo, para los efectos de esta Ley, se considera como información pública cualquier tipo de documentación financiada por el presupuesto público que sirva de base a una decisión de naturaleza administrativa, así como las actas de reuniones oficiales.”

En Europa una de las leyes relevantes es la Ley de Libertad de Información del Reino Unido (*UK Freedom of Information Act 2000*). Esta ley, en su sección 1, dispone un derecho de cualquier persona a *solicitar información que está en posesión de una autoridad a la cual se aplica la ley*. La misma ley, en su sección 3(2)<sup>30</sup> define que se entiende por información que posea una entidad obligada, señalando que lo es si está (a) en posesión de ella, salvo que lo esté a nombre de otra persona o (b) esté en manos de otra persona a nombre de la autoridad solicitada. Su sección 8(1)<sup>31</sup> regula el derecho de acceso, señalando que éste es a la información solicitada.

Por su parte la Ley de Libertad de Información de Irlanda (*Irish Freedom of Information Law 1997*) en su sección 6(1)<sup>32</sup> dispone el derecho de acceso a cualquier registro (records)<sup>33</sup> en manos de una autoridad pública.

---

<sup>30</sup> (2) For the purposes of this Act, information is held by a public authority if  
(a) it is held by the authority, otherwise than on behalf of another person, or  
(b) it is held by another person on behalf of the authority.

<sup>31</sup> Request for information.

8. (1) In this Act any reference to a "request for information" is a reference to such a request which-  
(a) is in writing,  
(b) states the name of the applicant and an address for correspondence, and  
(c) describes the information requested.

<sup>32</sup> Right of access to records.

6.—(1) Subject to the provisions of this Act, every person has a right to and shall, on request therefore, be offered access to any record held by a public body and the right so conferred is referred to in this Act as the right of access.

<sup>33</sup> La ley define por *records* por cualquier formato en datos puedan ser mantenidos. Así, dispone que:

"record" includes any memorandum, book, plan, map, drawing, diagram, pictorial or graphic work or other document, any photograph, film or recording (whether of sound or images or both), any form in which data (within the meaning of the Data Protection Act, 1988) are held, any other form (including machine-readable form) or thing in which information is held or stored manually, mechanically or electronically and anything that is a part or a copy, in any form, of any of the foregoing or is a combination of two or more of the foregoing and a copy, in any form, of a record shall be deemed, for the purposes of this Act, to have been created at the same time as the record;

La ley australiana, la Ley de Libertad de Información de 1982 (*Freedom of Information Act 1982*) por su parte, en su sección 11(1) señala también un derecho de acceso a documentos.<sup>34</sup> La ley, provee una definición amplia de los mismos, dada en sección 4, siendo relevante mencionar que los documentos a los que se da acceso son documentos que pueden haber sido *creados o recibidos por una autoridad*.<sup>35</sup>

Por su parte, la Ley de Acceso a la Información Canadiense, de 1982 (*Access to Information Act*) señala como uno de sus objetivos<sup>36</sup> el establecer un derecho de acceso a la información en registros bajo el control de una institución gubernamental. En la sección 3 se señalará que por registros se *entenderá documentos en cualquier formato*. Luego, en la sección 4(1)<sup>37</sup> se dispone que toda persona tiene derecho a tener acceso a cualquier registro bajo el control de una institución gubernamental.

---

<sup>34</sup> 11 Right of access

(1) Subject to this Act, every person has a legally enforceable right to obtain access in accordance with this Act to:

- (a) a document of an agency, other than an exempt document; or
- (b) an official document of a Minister, other than an exempt document.

<sup>35</sup> document includes:

- (a) any of, or any part of any of, the following things:
    - (i) any paper or other material on which there is writing;
    - (ii) a map, plan, drawing or photograph;
    - (iii) any paper or other material on which there are marks, figures, symbols or perforations having a meaning for persons qualified to interpret them;
    - (iv) any article or material from which sounds, images or writings are capable of being reproduced with or without the aid of any other article or device;
    - (v) any article on which information has been stored or recorded, either mechanically or electronically;
    - (vi) any other record of information; or
  - (b) any copy, reproduction or duplicate of such a thing; or
  - (c) any part of such a copy, reproduction or duplicate;
- but does not include:
- (d) library material maintained for reference purposes; or
  - (e) Cabinet notebooks.

*document of an agency* or *document of the agency* means a document in the possession of an agency, or in the possession of the agency concerned, as the case requires, whether created in the agency or received in the agency.

<sup>36</sup> Purpose.

2. (1) The purpose of this Act is to extend the present laws of Canada to provide a right of access to information in records under the control of a government institution in accordance with the principles that government information should be available to the public

<sup>37</sup> 4. (1) Subject to this Act, but notwithstanding any other Act of Parliament, every person who is

- (a) a Canadian citizen, or

Esta sintética y selectiva revisión de la legislación internacional y comparada permite observar lo siguiente:

1. Las normativas estudiadas, por regla general, lo que aseguran es un derecho de acceso a la información, y en algunos casos, a documentos o registros.
2. En todos los casos estos términos se definen en un sentido amplio.
3. En general, el acceso tanto a los documentos como a la información solicitada lo es a aquella que está en manos o en posesión por los entes obligados, *sin distinguir el origen de aquella*.
4. El contenido amplio del derecho de acceso regulado en estas legislaciones es congruente con el hecho de entender a este derecho como un derecho que sirve a múltiples propósitos. En particular, es consistente con la idea de que este emana o se funda en la libertad de expresión, la cual universalmente se entiende como un derecho a opinar y expresarse sobre cualquier asunto o materia.

**c. Contenido del Derecho de Acceso en la Ley de Transparencia.**

Un análisis del derecho de acceso regulado en la ley nacional nos muestra que éste también ha sido concebido en un sentido tan amplio como aquel que pudimos concluir de la revisión de la jurisprudencia nacional, de la normativa de derechos humanos y la regulación a nivel comparado. A este respecto, el régimen establecido en la Ley de Transparencia, el derecho de acceso está definido en su artículo 10º, de la siguiente manera:

Artículo 10.- Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley.

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.

A primera vista, esta norma podría entenderse como más restrictiva que la definición de “información pública” dispuesta en el artículo 5º, inciso segundo. Por de pronto restringe la información a “actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos”. Así entonces, es claro que el término “información” a secas, es más amplio ¿A qué tenemos acceso como derecho legal, entonces?

---

(b) a permanent resident within the meaning of subsection 2(1) of the Immigration and Refugee Protection Act, has a right to and shall, on request, be given access to any record under the control of a government institution.

Para responder a esta pregunta hay que emplear una interpretación sistemática de la ley, y en particular, prestar atención a los principios que la informan. Dentro de ellos destacan el principio de relevancia (artículo 11, letra a) 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; Principio de apertura o transparencia (artículo 11, letra b) 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 y, finalmente, el principio de máxima divulgación, (artículo 11, letra d) de acuerdo al cual 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.

Luego, cuando se regula el derecho de acceso propiamente tal, en el artículo 12, éste se establece como un derecho a la información, pues la letra b) de ese numeral señala que requiere la identificación clara de la “información” solicitada.

De este modo, resolviendo la aparente contradicción entre el artículo 10 y el artículo 5° vemos que los principios abogan por una interpretación amplia del derecho de acceso, entendida en la forma definida en el artículo 5°. Esta es, por lo demás la interpretación más pertinente con lo dispuesto en las normas constitucionales y de derechos humanos antes revisadas.

## **5. Conclusión a la Primera Parte.**

Luego de esta larga exposición se puede ofrecer una conclusión al problema de constitucionalidad presentado. Recordemos que éste consistía en cuestionar la constitucionalidad de la expresión contenida en el inciso segundo del artículo 5°, es decir, la frase “y toda otra información que obre en poder de la Administración”, por no ser de aquellos elementos dispuestos por el principio de publicidad contemplado en el artículo 8° de la Constitución. Para responderla era necesario analizar si el acceso a la información que ella contempla poseía otros fundamentos constitucionales más allá del tenor literal del artículo 8°. Si los había, la norma podía ser entendida como correcta constitucionalmente.

El argumento aquí desarrollado señala que los fundamentos constitucionales de un principio general de publicidad de la información en manos del Estado se encuentran en la definición de Chile como una república democrática contenido en el artículo 4° de la Constitución y en la protección y reconocimiento del derecho de acceso a la información, el cual, como se pudo observar, posee una base jurisprudencial tanto en el derecho nacional y comparado, como en el derecho internacional de los derechos humanos.

Tanto la normativa comparada como la jurisprudencia internacional determinan que el derecho a la información es un derecho que se predica de las informaciones o documentos que están en manos de los sujetos a los cuales se les impone las legislaciones de acceso a la información. Y en ninguna de las normas descritas en este informe, y de otras consideradas por este informante, se establece que el derecho de acceso lo sea únicamente referente a los actos del Estado.

Si se entendiera que la publicidad se predica sólo de aquello que señala literalmente el artículo 8° de la Constitución, es decir, a los actos y resoluciones del Estado, sus fundamentos y los procedimientos que se utilicen, la normativa chilena, hasta donde alcanza el conocimiento de este informante, pasaría a ser la más restrictiva en términos comparados en cuanto al acceso a la información. Y este efecto sería particularmente notorio si se le diera una interpretación restrictiva a la palabra actos, entendida como actos terminales de un procedimiento administrativo.

Esa comprensión de las normas de publicidad, tanto constitucionales como legales, que se fundaría en una interpretación literal y exclusiva del artículo 8° de la Constitución como base constitucional para la normativa de transparencia y acceso a la información, contravendría el principio de interpretación sistemática de la misma, y en particular, la debida protección del derecho de acceso a la información.

El contenido del derecho a la información, tal como se demostró antes, no es a un acto o resolución específica emanado del Estado. Con frecuencia lo solicitado se materializara en uno u otro, pero, como hemos visto, en muchos casos no será así. Para que los ciudadanos puedan afectivamente ejercer su derecho en una forma consistente con las justificaciones que lo fundamentan, es necesario que el objeto del derecho, aquello que se puede hacer con aquél, sea de un carácter amplio. Solo entendiendo el derecho de acceso como un derecho a la información, o a documentos o registros concebidos en forma amplia, es posible satisfacer su verdadero sentido y alcance como derecho fundamental.

## **6. Interpretación Literal y Jurisprudencia Constitucional Sistemática.**

Sin perjuicio de hallar en otras normas de la Constitución un fundamento constitucional al inciso segundo del artículo 5° de la Ley de Transparencia, desde un punto de vista constitucional es posible criticar de forma directa una interpretación del artículo 8° de la Constitución que permitiera argumentar que no son admisibles constitucionalmente otros casos de publicidad que aquellos explícitamente contemplados en el numeral antes dicho.

La verdad es que semejante conclusión sería un caso impecable de una interpretación literalista de la Constitución, que la doctrina y la propia jurisprudencia constitucional han rechazado, como se verá a continuación.

Al respecto, el pronunciamiento jurisdiccional paradigmático en esta materia por parte del Tribunal Constitucional es la sentencia Rol 33, sobre el Tribunal Calificador de Elecciones, de fecha 15 de noviembre de 1985<sup>38</sup>, la cual en su considerando 19, señaló que:

*“La Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, excluyéndose aquella interpretación que conduzca a anular o privar de eficacia algún precepto de ella.”*

<sup>38</sup> Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley orgánica constitucional sobre el Tribunal Calificador de Elecciones.



Como se recordará, en base a este criterio, el Tribunal consideró inconstitucional la norma del Proyecto de Ley Orgánica de Tribunal Electoral sometido a su control obligatorio, que se ajustaba exactamente en cuanto la fecha de inicio de ese órgano a lo dispuesto en la disposición transitoria décimo primera, que disponía que ese Tribunal debía entrar a regir con ocasión de la elección de senadores y diputados (es decir el año 1989). Pese al tenor literal de la norma constitucional, que el proyecto sólo repetía, el Tribunal Constitucional afirmará en base a un entendimiento sistemático de las normas sobre elecciones, que la Constitución debía entenderse como exigiendo que el Tribunal Electoral debía también entrar a operar para los plesbicitos, declarando, por lo tanto, inconstitucional las normas del proyecto que se ajustaban al tenor literal de las normas constitucionales.

El Tribunal Constitucional reiterará este criterio interpretativo en el caso *Restricciones Vehiculares*, Rol 325, del 25 de junio de 2001<sup>39</sup>, pues en su considerando 13 señaló que:

*13°. Que, una interpretación literal o basada en el principio de la especialidad o en el aforismo jurídico de que donde la ley no distingue no es lícito al intérprete hacerlo, establecidas o reconocidas por el Código Civil para la interpretación de las leyes no reciben aplicación en el presente caso, atendida la naturaleza especial del problema que se analiza y del texto que se interpreta, "pues a diferencia de las leyes ordinarias la Constitución es una superley, es una ley fundamental; de aquí la necesidad de establecer, con exquisito rigor, su preciso sentido, ya que las exigencias de certeza y seguridad jurídicas son mucho más exigibles en la interpretación del estatuto jurídico de la convivencia política, que establece no sólo quiénes son los órganos legisladores y los procedimientos seguidos para producir las leyes, sino el conjunto de afirmaciones sociales que hacen posible la inserción del individuo en el Estado. En este sentido, la Constitución es la expresión jurídica fundamental del Estado de derecho" (Lucas Verdú, Pablo, La Interpretación Constitucional, Seminario de Derecho Político de la Universidad de Salamanca, pág. 143). No debe olvidarse, por último, aunque resulte obvio decirlo, que la Carta Fundamental en virtud del principio de jerarquía normativa está por sobre las disposiciones de interpretación de las leyes establecidas en el Código Civil"[subrayado autor].*

El fallo del TC referido al caso del Tribunal Calificador, ha servido como ejemplo paradigmático para hacer la crítica a una interpretación que se concentró sólo en el texto legal, la cual es denominada interpretación literalista. El profesor Patricio Zapata, citando al profesor español ENRIQUE ALONSO, definen a ésta como la “Corriente de interpretación que

<sup>39</sup> Requerimiento respecto del Decreto Supremo N° 20 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia publicado en el Diario Oficial de 12 de abril de 2001.

estima que el lenguaje de la Constitución en sí mismo es lo único a lo que hay que atender”.<sup>40</sup>

Junto con los casos de reconocimiento de derechos implícitos, antes analizados con ocasión del derecho de acceso a la información, que ciertamente van más allá del texto literal de la Constitución, existe también otro precedente del propio Tribunal Constitucional que obliga a mirar el derecho a la información y a la publicidad en la Constitución de forma más amplia que lo estrictamente contemplado en el artículo 8°. Lo paradójico es que el caso se refiere a una limitación a ese derecho que reconoció el Tribunal Constitucional.

Así, en el fallo del Tribunal Constitucional, Rol 634, el Tribunal declaró conforme a la Constitución una norma objetada en su constitucionalidad que se encontraba en los incisos noveno y décimo primero del artículo 13 de la Ley orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, de acuerdo al texto refundido del DFL 1/19 65, publicada en el Diario Oficial el 17 de noviembre del 2001. Este artículo, en su inciso undécimo, disponía lo siguiente:

“Las únicas causales en cuya virtud se podrá denegar la entrega de los documentos o antecedentes requeridos son la reserva o secreto establecidos en disposiciones legales o reglamentarias; el que la publicidad impida o entorpezca el debido cumplimiento del órgano requerido; la oposición deducida en tiempo y forma por los terceros a quienes se refiere o afecta la información contenida en los documentos requeridos; el que la divulgación o entrega de los documentos o antecedentes requeridos afecte sensiblemente los derechos *o intereses* de terceras personas, según calificación fundada efectuada por el jefe superior de órgano requerido, y el que la publicidad afecte la seguridad de la Nación o el interés nacional.

Se objetaba por parte de los recurrentes que la frase “intereses de terceros” no era consistente con la norma del artículo 8° de la Constitución, que, como se recordará sólo permite limitar la publicidad cuando ésta afectare el debido cumplimiento de las funciones de los órganos, de los derechos de terceros, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

Al respecto, el Tribunal Constitucional resolvió que:

**VIGÉSIMO:** *Que en la línea de razonamiento expresada, la Constitución reconoce la existencia de intereses que merecen protección jurídica como, por ejemplo, en el artículo 19 N° 23, que contempla la posibilidad de imponer limitaciones o requisitos a la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes si así lo establece una ley de quórum calificado, por razones de “interés nacional”; o en el numeral 24, inciso segundo, del mismo artículo, cuando se define el ámbito de la función social de la propiedad precisando que comprende “cuanto exijan los intereses*

<sup>40</sup>

Patricio Zapata, *Justicia Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile (2008), p. 179.

*generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”; o, finalmente, en el numeral 24, inciso séptimo, cuando se afirma que “la concesión minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento”.*

*Podrá sostenerse que todas estas referencias dicen relación con intereses supraindividuales. No obstante, una interpretación finalista, como la que tradicionalmente ha propiciado esta Magistratura Constitucional, debe llevar a la conclusión de que la primacía de la persona, unida al principio de servicialidad del Estado, tal y como se consignan en el artículo 1º, inciso cuarto, de la Carta Fundamental, permite que el ordenamiento jurídico reconozca y regule la protección de intereses individuales legítimos que resulten acordes con los valores y principios constitucionales.”*

**VIGESIMOPRIMERO:** *Que, en este contexto, si el Estado debe “contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece” (artículo 1º, inciso cuarto, de la Constitución), puede sostenerse que tal deber abarca la protección de los intereses individuales legítimos que deben entenderse comprendidos dentro de un enfoque amplio del concepto “derecho”. Así, compete al ordenamiento jurídico contemplar tanto los mecanismos de defensa de los derechos propiamente tales o derechos subjetivos cuanto de los intereses legítimos cuya eficaz protección también favorece el libre y pleno desarrollo de la personalidad humana;*  
[...]

*En consecuencia, si se sostuviera que la Carta Fundamental protege exclusivamente los derechos –entendidos como derechos subjetivos- no sólo se estaría interpretando restrictivamente el artículo 1º, inciso cuarto, de la misma sino que, aún más, se estaría desconociendo el respaldo constitucional de un sinnúmero de normas legales que, como las que se han recordado precedentemente, consagran la protección jurídica de los intereses, sin perjuicio de aquélla que se brinda a los derechos en un sentido estricto;*

**VIGESIMOTERCERO:** *Que, de esta manera, puede colegirse que, al establecer el inciso segundo del artículo 8º de la Constitución, las causales de reserva o secreto que exceptúan la plena aplicación del principio de publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, de sus fundamentos y de los procedimientos que utilicen, entre las cuales se incluye que “la publicidad afectare ... los derechos de las personas”, la expresión “derechos” está siendo utilizada en el mismo sentido amplio que en el artículo 1º, inciso cuarto, de la Carta Fundamental, comprendiendo*

*tanto la protección de derechos subjetivos o derechos en sentido estricto cuanto de intereses legítimos.*

*Al tenor de lo afirmado, y en lo que respecta al recurso de apelación que constituye la gestión pendiente en estos autos, la norma del inciso undécimo del artículo 13 de la Ley N° 18.575, en cuanto permite denegar la información solicitada al Director Nacional de Aduanas, fundada en que su entrega afecta “los intereses de una persona sujeta a la fiscalización del Órgano Administrativo”, no se declarará inaplicable en estos autos, por estimarse que no contraviene el artículo 8°, inciso segundo, de la Carta Fundamental” [subrayado nuestro].*

De esta forma, es claro que para el Tribunal, el artículo 8° no debe entenderse de una forma literal, al menos en cuanto a las restricciones que éste impone, y que en materia de régimen de acceso hay que emplear una interpretación sistemática y finalista. De ahí que sería extraordinario que ella fuera aplicable para establecer limitaciones al derecho de acceso y no para asegurarlo.

## Parte II

### Información Privada y Principio de Publicidad

#### 1. Determinación del Problema.

Se produce la duda, que es de naturaleza mixta, constitucional y legal, respecto a que sucede con la información proporcionada por privados, que se denomina información privada, y el principio de publicidad, y en particular, respecto al inciso segundo del artículo 5° de la Ley de Transparencia, material de este estudio.

Al respecto, se podría argumentar que la información privada, por el solo hecho de ser entregada a los órganos de la Administración no pierde su calidad de tal, por lo que no sería accesible por terceros vía la Ley de Transparencia.

También que en los casos en que la publicidad de la información privada no sirva a los fines de la probidad, la rendición de cuentas o el control social de los ciudadanos de los actos del Estado, esa información no puede ser divulgada.

Y, tercera consideración, que por el hecho de ser una información privada proporcionada por terceros, no sería esta pública, por lo que no correspondería entrar a analizar si se aplican o no causales de reserva.

Las dudas planteadas pueden analizarse, a lo menos, desde dos perspectivas. La procedimental y la sustantiva. Desde la perspectiva procedimental se busca definir la forma correcta constitucional y legal en que se deben resolver las situaciones en las cuales existe una petición de información que diga relación con información sobre particulares. Sustantivamente, esto implica definir cuáles serían los criterios constitucionales y legales aplicables a estas situaciones, y en particular cuándo una información privada podrá ser pública.

A fin de responder a estas cuestiones es necesario hacer algunas precisiones. Una respecto a cuál es la información constitucionalmente relevante y la otra en relación a los casos en los cuales se puede producir un conflicto entre información relativa a particulares y la publicidad.

#### 2. Distinción entre Información Relativa a Particulares e Información Garantizada por un Derecho Constitucional.

Como se verá al momento de analizar la jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones al fallar recursos de ilegalidad, se emplea en ciertos casos la expresión “información privada” o “información proveniente de particulares” para referirse a aquella información que por poseer esas características no debiera ser publicada o incluida dentro de la información pública.

La verdad es que términos como esos son vagos y no poseen un correlato en nuestro derecho. Ciertamente no lo poseen en la misma Ley de Transparencia ni en la Ley de

Protección de Datos Personales, Ley 19.628, que, en cambio, emplea los términos datos personales y datos sensibles.<sup>41</sup>

Ahora bien, en cuanto a las informaciones relativas a una persona, que denominaremos *información personal*, ellas pueden estar en diversas situaciones. El hecho de que una información diga relación con una persona determinada no significa *per se* que ella sea información privada, entendida por esta aquella en la cual la persona posee un poder de control sobre quienes pueden conocerla. Esto es así porque como la misma ley de Protección de Datos Personales en su artículo 4º lo señala no se requerirá autorización del titular para recolectar datos personales (es decir aquellos en los cuales se puede identificar una persona) cuando la información provenga de fuentes asequibles al público o (más discutiblemente) sean de naturaleza económica, financiero, bancario o comercial. Es decir, para esa ley, no todo dato sobre un individuo es un dato o información privada.

Es evidente que con mucha frecuencia las personas entregan información que dice relación sobre ellas, información personal en los términos antes definidos, en registros que siempre se han entendido como públicos. Un ejemplo es el del registro de propiedad o los registros de gravámenes. Es claro que la información sobre si se posee un bien inmueble o una hipoteca, son informaciones relativas a una persona, información personal (datos personales en los términos de la Ley de Protección de Datos). Pero ello nunca la ha hecho privada.

Por consiguiente, desde un punto de vista constitucional, en particular de los derechos fundamentales y para los efectos de la Ley de Transparencia, la información relativa a una persona que es relevante jurídicamente es aquella que puede ser reconducida o está protegida por un derecho constitucional, como el derecho a la vida privada, 19, n° 4, a las comunicaciones privadas, 19, n° 5, o los derechos de carácter económico, como el de libertad económica, 19, n° 21, o el de propiedad, 19, n° 24, y no toda o cualquier información personal.

Sobre el derecho de propiedad sobre la información sólo una breve acotación, sin perjuicio de lo que se afirmará inmediatamente. El hecho de que una información sea relativa a una persona individual, información personal, como el nombre, la edad, lugar de nacimiento, por solo dar algunos ejemplos simples, no puede dar automáticamente a esa persona un derecho de propiedad sobre ella. De ser así, en todos los casos en que se quisiera hacer referencia a algún aspecto de otro ser humano, cualquier fuera ese, habría que pedir autorización al sujeto en cuestión. Claramente no es el caso ni en Chile ni el derecho comparado. Entender que las personas poseen un derecho de propiedad sobre toda la

---

<sup>41</sup> La ley define estos términos en su artículo 2º letras f) y g) disponiendo que son:

f) Datos de carácter personal o datos personales, los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables.

g) Datos sensibles, aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual.

información que diga relación con ellas haría impracticable el tráfico humano, para no hablar del ejercicio de libertades como la de expresión. Distinto, por supuesto, es el tipo de usos que otros pueden hacer de la información sobre una persona.

Por consiguiente, entender o subsumir la categoría de información relativa a una persona con el derecho de propiedad sobre esa información parece una comprensión excesivamente expansiva del derecho de propiedad, que requiere importantes calificaciones.

Excedería con mucho el propósito de este informe definir cuál información personal puede o no ser garantizada por alguno de esos derechos, cosa que por lo demás ni la jurisprudencia ni la doctrina nacional o comparada ha definido con precisión.

Por lo tanto, para efectos de avanzar en la clarificación de las cuestiones presentadas en este informe parece más claro hacer una distinción entre aquella información personal que diga relación con un derecho constitucional, que llamaremos *información protegida constitucionalmente* y la información individual a secas, o *información personal*.

### **3. Los Casos de Conflicto entre Publicidad e Información Protegida Constitucionalmente.**

Definido el problema de esa forma es necesario avocarse a las situaciones en la cuales la publicidad que impone la ley puede afectar o aplicarse a información cubierta por un derecho constitucional.

La cuestión objeto de este informe se ha planteado respecto al inciso segundo del artículo 5º, es decir, a la norma que indica que será pública la información que esté en manos de los órganos de la Administración. Pero la verdad es que el potencial conflicto entre información protegida constitucionalmente y el principio de publicidad que la ley encarna no se produce sólo, y en verdad probablemente ni siquiera principalmente, cuando se haga una solicitud de información en razón del inciso 2º del artículo 5. Esto porque la información de carácter personal protegida constitucionalmente puede estar, y con frecuencia lo está, envuelta en varias de las circunstancias que la ley regula, tanto en los casos de transparencia activa como pasiva. Algunos ejemplos ayudan a ilustrar esta aseveración, comenzando por la primera.

La Ley de Transparencia, en su artículo 7º, impone la obligación de colocar ciertos tipos de información en las páginas web de los organismos a los que ésta se aplica. Dentro de ellas se señala en su letra d) La planta del personal y el personal a contrata y a honorarios, con las correspondientes remuneraciones. La remuneración de una persona normalmente se ha entendido que es información cubierta por el derecho a la privacidad. La ley la ha hecho pública, pero esta circunstancia, por sí sola, desde un punto de vista constitucional, no justifica la infracción a la privacidad, pues perfectamente se podría, erróneamente a juicio de este informante, cuestionar la validez constitucional de esas normas. Lo que las hace constitucionales son los motivos o razonamientos constitucionalmente correctos que fundan la norma en cuestión, como lo son el necesario control de la actividad pública, la probidad, etc. Son esas justificaciones, que en un balance de razones, haciendo uso del principio de proporcionalidad, permiten concluir que la norma es correcta constitucionalmente, pese a

que hace pública información que normalmente sería privada, como lo son las remuneraciones.

Lo mismo sucede con la letra e) del artículo 7º, relativa a las contrataciones para el suministro de bienes muebles, para la prestación de servicios, para la ejecución de acciones de apoyo y para la ejecución de obras, y las contrataciones de estudios, asesorías y consultorías relacionadas con proyectos de inversión, con indicación de los contratistas e identificación de los socios y accionistas principales de las sociedades o empresas prestadoras, en su caso. En todos estos casos la información que se publica es información que normalmente podría ser reconducida a uno u otros derechos de carácter económico. Ciertamente las cláusulas de un contrato entre una persona y otras son normalmente parte de la información relevante económicamente y protegida, en principio, por la garantía de la libertad económica. Pero lo que sucede es que en el caso de los contratos con la Administración, por razones similares a las antes señaladas respecto a las remuneraciones, hay justificaciones que proveen fundamento constitucional para la publicidad.

En ambos casos de transparencia activa se ha publicado en forma automática información personal que está protegida constitucionalmente. El legislador, haciendo un balance de razones, ha concluido que los motivos por la publicidad pesan más que las razones para la protección del derecho o derechos constitucionales afectados.

En el caso de la transparencia pasiva en todos los casos de artículo 5º también se pueden producir conflictos entre publicidad e información constitucionalmente protegida. Así, es evidente que los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, con frecuencia contienen información de personas individuales que dicen relación con algún derecho de ellas. Ello se puede producir porque esa información fue solicitada por la autoridad o fue entrega por el particular a fin de obtener el resultado buscado o simplemente quedó en poder del órgano administrativo.

Un sumario sanitario, una licencia médica, los procedimientos policiales y fiscalizatorios en general, contienen necesariamente información de las personas afectadas o sujetas a ellos. Por ejemplo, una calificación de las Comisiones de Medicina Preventiva o Invalidez (COMPIN) cuando califican la discapacidad de una persona (Artículo 13 de la Ley 20.422, sobre Normas de Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad) sin duda que necesariamente debe contener, ya sea el acto mismo, o sus fundamentos, información que sin duda dice relación con la salud de la persona y, por lo tanto, claramente cubierta por el derecho a la vida privada.

También la publicidad de información creada con presupuesto público, que es una definición de una amplísima extinción, con frecuencia implica información de personas que puede estar cubierta por un derecho constitucional.

Por lo tanto, el conflicto entre información protegida constitucionalmente y la publicidad que impone la ley es, por así, decirlo, inherente a la misma, y no algo particular del inciso segundo del artículo 5º. Y esto es tan claro que la misma ley ha suplido el procedimiento



para resolver este conflicto en todos los casos de transparencia pasiva y no sólo cuando se aplique el inciso segundo del artículo 5°.

#### **4. Procedimiento para la Determinación de que es Publicable o Mantenable en Reserva o Secreto.**

En los casos en que se presenta una petición de acceso a la información y esa petición recaiga sobre información relativa a un individuo, información personal, se podría pensar que la autoridad a la que se ha hecho llegar la petición podría por sí denegarla, en razón de lo que señala el mismo artículo 5° de la ley respecto a que la publicidad no se aplica a los casos de excepción contemplados en ella, entre los que se incluye los derechos de terceros. Siguiendo está lógica, no correspondería siquiera analizar si se aplica o no una causal de reserva debiendo rechazarse la petición *ad limite* y no se seguiría con el procedimiento regulado por la ley de consulta a los terceros potencialmente afectados.

La verdad es que una interpretación como la enunciada sería errónea desde el punto de vista de la ley y además inconstitucional. Comencemos por lo último.

##### **4.1 Improcedencia constitucional.**

La determinación por parte de la autoridad solicitada de rechazar una petición de acceso en razón de que ella implica información sobre individuos supone que la autoridad por sí y ante sí, sin conocer la opinión de los terceros titulares de la información ni, tampoco las razones que pudieran haber para la divulgación, decidiría que se puede conocer o no.

Respecto a los terceros titulares de la información esto equivaldría a reemplazar su juicio por el de la Administración, pues ellos no serían consultados en forma alguna sobre si la información los afectaba o no y si estarían dispuestos a que se hiciera pública.

En esta materia, el Tribunal Constitucional, en sentencia Rol 634, del 9 de agosto del 2007, claramente se ha pronunciado en contra de que sea la autoridad administrativa por sí la que deniegue la información en razón de que ella afecta a terceros. Esta fue justamente una de las materias sujetas al conocimiento de ese Tribunal con ocasión de la inaplicabilidad interpuesta contra el inciso undécimo del artículo 13 de la 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración, ocasión en la que, como se ha señalado antes, el Tribunal reconocerá el derecho de acceso a la información como derecho constitucional. Ese inciso disponía lo siguiente:

Las únicas causales en cuya virtud se podrá denegar la entrega de los documentos o antecedentes requeridos son la reserva o secreto establecidos en disposiciones legales o reglamentarias; el que la publicidad impida o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido; la oposición deducida en tiempo y forma por los terceros a quienes se refiere o afecta la información contenida en los documentos requeridos; el que la divulgación o entrega de los documentos o antecedentes requeridos afecte sensiblemente los derechos o intereses de terceras personas, según

calificación fundada efectuada por el jefe superior del órgano requerido, y el que la publicidad afecte la seguridad de la Nación o el interés nacional.

Lo que en esa ocasión se cuestionó constitucionalmente por los requirentes fue la inclusión en la ley del término “intereses” de terceros como causal de denegación de una petición de acceso y la calificación hecha por el jefe superior de órgano requerido, en ese caso del Director de Aduanas, que la información afectaba a los terceros. Como ya se hizo referencia antes, el Tribunal Constitucional validará la existencia del interés legítimo de terceros como causal de denegación. Pero, respecto a que fuera el jefe de servicio el que denegaba la petición si se afectaba los derechos o intereses de terceros, el Tribunal hará ver, en su considerando vigésimoquinto, que:

*“Que, sobre el particular, el mero cotejo de la redacción de la norma del inciso segundo del artículo 8° de la Constitución, introducida por la reforma constitucional de 2005, con aquélla contemplada en el inciso undécimo del artículo 13 de la Ley N° 18.575, permite observar que, entre las causales de secreto o reserva autorizadas constitucionalmente, sólo se encuentra el que “la publicidad afectare ... los derechos de las personas”, sin confiar esta calificación a la determinación del jefe superior del órgano requerido, como lo hacía previamente la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado;”.*

Para luego, citando la historia fidedigna del artículo 8°, en su considerando vigésimoseptimo, afirmará:

*“Que, como puede observarse, la preocupación del Constituyente por evitar que un margen demasiado amplio de comprensión de las causales de secreto o reserva en el acceso a la información que obra en poder de los órganos del Estado anulara la plena vigencia de la publicidad que se estaba consagrando como regla general, llevó a confiar sólo al legislador de quórum calificado la precisión del contenido y alcances de las causales constitucionales de secreto o reserva.*

*Confirmando que el Constituyente de 2005 no quiso dejar entregada a los propios órganos del Estado la determinación de la concurrencia de las causales constitucionales de secreto o reserva, debe recordarse que, tal y como lo expresó el Senador Juan Hamilton, durante el mismo debate parlamentario de esa reforma, “en general, todos los documentos son públicos, excepto que esté comprometido el derecho de las personas, la seguridad de la Nación o el debido funcionamiento del servicio, **pero no queda al arbitrio del funcionario público el negar la información. Si éste la niega, debe fundar su negativa en alguna de estas causales y si el reclamante no concuerda, se prevé un procedimiento breve y expedito para que el juez resuelva**”. (Ibidem);*[negritas del original]

Luego, en su considerando vigésimo noveno, el Tribunal hará mención a los incisos sexto, séptimo y octavo del mismo artículo 13, que establecían el procedimiento de consulta a los terceros afectados, señalando en su considerando trigésimo que:

*“Que las normas recordadas sí resultan compatibles con la redacción que el Constituyente de 2005 introdujera al artículo 8º, inciso segundo, de la Constitución que, como se expresó, sólo confió a la ley de quórum calificado la determinación del contenido y alcances de las causales de reserva o secreto de la información que se requiera a los órganos del Estado, evitando, de esta forma, que tal determinación quede entregada al mero criterio del jefe superior del servicio respectivo.”*[destacado nuestro].

Para terminar concluyendo, en el mismo considerando:

*“Por esta razón, la aplicación del inciso undécimo del artículo 13 de la Ley N° 18.575 en la gestión pendiente que ha dado origen a esta acción de inaplicabilidad, en la parte que faculta al jefe superior del órgano requerido, esto es, al Director Nacional de Aduanas, para efectuar una calificación fundada acerca de si la divulgación de los documentos o antecedentes solicitados afecta sensiblemente los derechos o intereses de terceras personas, resulta contraria al artículo 8º, inciso segundo, de la Constitución, y así se declarará.”*

De lo anterior es claro que el Tribunal considera inconstitucional que sea la autoridad administrativa la que decida por sí misma aquello que es o no público, expandiendo con ello el secreto o reserva. No es la autoridad solicitada “por su mero criterio” la que debe determinar si se da la afectación de los derechos de terceros. Al contrario, el Tribunal validará el procedimiento establecido en la ley 18.575, de estructura similar al contenido en la actual Ley de Transparencia, como la forma constitucionalmente correcta de determinar cuando se da o no una afectación de los derechos de terceros. Y ese procedimiento requiere la consulta a los terceros afectados.

#### **4.2 Improcedencia legal.**

Desde el punto de vista de la Ley de Transparencia, la negativa de la autoridad de entregar la información solicitada una vez presentada una solicitud en razón de que esta implicara información sobre terceros sin duda infringiría el procedimiento regulado en la misma ley para determinar si una información afecta o no los derechos de terceros.

Definir si se aplica o no una causal de reserva en el caso de los particulares es algo que son los titulares de esa información los que deben decidirlo y no la autoridad. Ese es el propósito del procedimiento de consulta a los terceros afectados. Si la autoridad pudiera decidir sin más que algo no es público en razón de que la información ha sido entregada por los particulares todo el sistema de consulta estaría de más. La ley, en su artículo 20, claramente ha establecido qué debe hacer la autoridad cuando hay una información que

afecte a terceros, y esto es notificar por carta certificada a éste o éstos dentro del plazo de dos días hábiles.

Por todo lo anterior es que tanto desde un punto de vista constitucional como de la correcta apreciación de la Ley de Transparencia no correspondería que la autoridad administrativa decidiera por sí y ante sí que es lo público o no en el caso de una petición de información que implicara información entregada por terceros.

Despejado el procedimiento que se debe seguir para resolver casos en que se pueda solicitar información personal es necesario entregar algunas consideraciones sobre cómo se deben resolver los eventuales conflictos entre esas peticiones y la información constitucionalmente protegida.

## **5. Criterios Substantivos.**

### **5.1 No Afectación de los Derechos Constitucionales de Terceros.**

¿Puede la publicidad de la información en manos de los sujetos obligados afectar derechos constitucionales? Esta circunstancia podría darse si se entendiera que la publicidad de la información en manos del Estado implica una automática y completa publicación de la información de origen privado que está en manos de la administración del Estado.

Así, por ejemplo, podría pensarse que la información que una empresa ha entregado al SAG relativa al lugar y tipo de cultivos transgénicos, que imaginemos no se relaciona con un determinado acto o resolución de un órgano de la Administración, y que fuera solicitada en virtud del derecho de acceso que establece la ley, fundado en el artículo 5° inciso segundo, debiera ser necesariamente entregada sin mayor argumento.

Pero la verdad es que esta circunstancia no se da, ni en ese caso ni tampoco en el del inciso segundo del mismo artículo 5°, pues en ambas circunstancias la misma ley ha previsto que la publicidad posee como límite las excepciones que establece la ley, entre las cuales, en su artículo 21, n° 2, se encuentran los derechos de terceros.

De este modo, en el caso del artículo 5° el legislador expresamente ha señalado que la publicidad posee como límite, entre otros, los derechos de terceros. Esto no sólo es consecuente con el artículo 8° de la Constitución, que establece expresamente ese límite, sino que también coherente con el debido balance y armonía que debe haber entre los diversos principios y derechos constitucionales en juego, como lo son el principio de publicidad, el derecho a la información, el derecho a la vida privada y los derechos económicos. Aún si no hubiera mención en la Constitución o la ley de ese límite este se entendería implícito en razón del principio de la supremacía constitucional contenido en el artículo 6° de la Constitución y en el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos fundamentales impuesto por el artículo 5° de la Constitución.

¿Significa lo anterior que en ningún caso información cubierta por un derecho constitucional podrá ser divulgada? Responder afirmativamente implicaría entender las causales de reserva que dispone la ley como causales absolutas, es decir, que ellas

prohibirían en todos y cualquier caso la divulgación de información. Pero lo anterior supondría que los derechos de los terceros, y también las otras causales de reserva que contempla la ley, en caso de conflicto con el derecho a la información de peticionario tendrían una supremacía absoluta sobre ese derecho.

Esa interpretación sería claramente contraria a como se entienden las limitaciones a los derechos constitucionales, y en concreto, al mismo derecho a la información. Como lo ha dispuesto claramente la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Claude v. Chile*, analizando las limitaciones al derecho de acceso, éstas, para ser coherentes con la Convención Americana, deben cumplir tres requisitos: a) estar dispuestas en la ley, b) “En segundo lugar, la restricción establecida por ley debe responder a un objetivo permitido por la Convención Americana. Al respecto, el artículo 13.2 de la Convención permite que se realicen restricciones necesarias para asegurar “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” o “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas” (párrafo 90) y, finalmente, c):

*91. Finalmente, las restricciones que se impongan deben ser necesarias en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ser conducente para alcanzar el logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho<sup>42</sup>.*

El tercer requisito descarta de plano una prelación absoluta de una limitación al derecho de acceso a la información, imponiendo, en cambio, un juicio de proporcionalidad o ponderación entre las limitaciones, que claramente pueden ser otros derechos constitucionales, y el derecho de acceso.

Entonces, para avanzar en la respuesta a las situaciones en que se solicite información cubierta por un derecho constitucional es imprescindible una breve referencia a cómo se deben resolver los conflictos entre principios y derechos constitucionales.

## **5.2 Ponderación y Proporcionalidad.**

Cuando se da un conflicto entre derechos constitucionales, tales como privacidad y libertad de expresión, o principios y derechos, como el de publicidad y la libertad económica, la jurisprudencia ha desarrollado lo que se denomina el juicio de proporcionalidad o ponderación. Este es un método de solución de los conflictos entre principios o derechos constitucionales empleado por las cortes constitucionales y apoyado por, se puede estimar, parte predominante de la doctrina nacional y comparada.

---

<sup>42</sup> Cfr. *Caso Palamara Iribarne*, *supra* nota 72, párr. 85; *Caso Ricardo Canese*, *supra* nota 72, párr. 96; *Caso Herrera Ulloa*, *supra* nota 72, párrs. 121 y 123; y Opinión Consultiva OC-5/85, *supra* nota 72, párr. 46.

Según el profesor español Luis Prieto Sanchís, “ponderar es, pues, buscar la mejor decisión (la mejor sentencia, por ejemplo) cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor. En consecuencia, la ponderación parte de la igualdad de las normas en conflicto.”<sup>43</sup>

Tal como dijo el Tribunal Constitucional español “*No se trata de establecer jerarquías de derechos o prevalencias a priori, sino de conjugar,, desde la situación jurídica dada, ambos derechos y libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia reciproca*”.<sup>44</sup>

Esto produce un resultado que es relativo a los conflictos precisos que se presentan, es decir, al caso concreto.

Para ello son necesarios los siguientes pasos, de acuerdo a la doctrina desarrollada en el Tribunal Constitucional español:

- a. Que la medida o acción sirva a algún fin constitucionalmente legítimo como fundamento de la interferencia.

De esta forma, el TC español ha dicho, en su STC 55/1996, que resulta imposible ensayar cualquier ponderación “si el sacrificio de la libertad que se impone persigue la preservación de bienes o intereses no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya también socialmente irrelevantes.”

- b. La adecuación de la medida al principio o valor que la funda.

Si la medida no es adecuada al fin alegado como su fundamento, la restricción del derecho amagado pasa a ser inconstitucional.

- c. Que la afectación del derecho o valor afectado sea necesario.

Esto implica “que no existe otra medida que, obtenida en términos semejantes la finalidad perseguida, resulte menos gravosa o restrictiva”.<sup>45</sup>

De esta forma, si la consecución del fin constitucionalmente legítimo se puede alcanzar por otros medios menos gravosos para el bien o derecho amagado, se debe preferir eso.

---

<sup>43</sup> Prieto Sanchís, Luí, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid: Editorial Trotta (2003), p. 189.

<sup>44</sup> Idem, p. 190.

<sup>45</sup> Idem., p. 191.

d. Juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

Esto es un juicio normativo, no de adecuación o necesidad. Así se trata de “valorar el grado de afectación o lesión de un principio, el grado de importancia y urgencia de otro, y, por último, a la luz de todo ello, de valorar la justificación o falta de justificación de la medida en cuestión”.<sup>46</sup>

Estos pasos han sido también recogidos por la jurisprudencia de la Corte Interamericana, la que en el caso *Ricardo Canese* (2004), en su párrafo 96, así lo sintetizó:

*“El Tribunal ha señalado que la “necesidad” y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas en el artículo 13.2 de la Convención Americana, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión.”* Caso *Ricardo Canese*, párrafo 96. También en la opinión consultiva OC-5, párrafos 46 y 79.<sup>47</sup>

Estos criterios también han sido recogidos por el Tribunal Constitucional chileno. Así en la sentencia Rol 1710, sobre inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley 18.933 (Ley ISAPRES) el Tribunal entenderá el juicio de razonabilidad o ponderación que debe presidir el análisis de las diferencias o desigualdades, como siguiendo estos pasos, señalando en su considerando centésimo que “para poder dimensionar tales situaciones, esta fórmula requiere expresamente una ponderación en el sentido de examen de proporcionalidad, especialmente respecto de una diferencia de trato de gran intensidad, para lo cual se requiere que aquélla persiga un fin legítimo, que esa búsqueda sea necesaria y que presente una razonable relación con el valor del fin propuesto”.

Y luego, en su considerando centesimocuatragésimosegundo:

*“Que tratándose de un examen abstracto, esto es, sin referencia a casos concretos, como aquel que se debe desarrollar en el juicio de*

<sup>46</sup> Idem, p. 202.

<sup>47</sup> Véase jurisprudencia e informes en sitio web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en <http://www.corteidh.or.cr>.

*inaplicabilidad, y que, además, recae sobre derechos fundamentales, como los garantizados en los números 2°, 9° y 18° del artículo 19 de la Constitución, el que se ha propuesto realizar esta Magistratura respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 debe ponderarse según el criterio de razonabilidad, teniendo presente sus dimensiones de adecuación o idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad, a las que también aludió el señor Presidente de la República en el informe evacuado en estos autos”.*

Entonces, lo que corresponde, en el caso de que exista información constitucionalmente protegida en manos de una autoridad a la que se aplique la ley, es realizar este juicio de proporcionalidad o ponderación a fin de evaluar si acaso las razones por la publicidad superan las razones para la protección de los otros derechos.

### **5.3 Ponderación, Test de Daño e Interés Público.**

La ponderación implica efectuar un balance tanto en los casos en que se quiera hacer público algo como en aquellos en que se declara la reserva. Este balance, en última instancia lleva a considerar de que forma se favorece mejor el interés público, si acaso con la publicidad o con el secreto.

Y la verdad es que este balance es una característica propia de las regulaciones de acceso a la información. El estudio más amplio sobre el tema ha sido efectuado por los especialistas del University College London (UCL), Megan Carter y Andrew Bouris, los que en *Freedom of Information. Balancing the Public Interest*,<sup>48</sup> luego de analizar las legislaciones de los países del common law<sup>49</sup> señala que aquellas requieren a los autoridades decisorias el efectuar ese balance, en los casos en las cuales las legislaciones no establezcan las que se denominan excepciones absolutas de publicación.<sup>50</sup> Agregan que ninguna de las legislaciones define que es interés público. Pero afirman también que, como se señaló en el famoso caso australiano *Eccleston*<sup>51</sup>, que dentro de esas jurisdicciones es quizás el caso líder en la definición de que se entiende por interés público, que “Existe claramente un interés público en el acceso a la información gubernamental *per se*”.<sup>52</sup>

---

<sup>48</sup> Megan Carter y Andrew Bouris, *Freedom of Information. Balancing the Public Interest*, The Constitution Unit, School of Public Policy, University College London (2006).

<sup>49</sup> El estudio analiza la legislaciones del Reino Unido, Escocia, Irlanda, Australia (federal), estados australianos de Queensland, New South Wales, Nueva Zelanda, Canadá (federal) y las provincias canadienses de Ontario, Columbia Británica y Alberta.

<sup>50</sup> Megan Carter, ob. Cit, p. 1.

<sup>51</sup> Re *Eccleston and Department of Family Services and Aboriginal and Islander Affairs* (1993) 1QAR Queensland Information Commissioner, citado por Megan Carter, p. 166 y siguientes.

<sup>52</sup> *Idem*, p. 3.



Al respecto, el Comisionado Británico de Libertad de Información ha señalado que algo está en el interés público cuando, simplemente, sirve el interés del público. En esos casos la autoridad pública decide en el caso particular si acaso los intereses del público se sirven mejor con la publicidad o con la reserva.<sup>53</sup>

Como lo dirá correctamente el propio Consejo para la Transparencia en la resolución A45-09, en su considerando 8º:

“Que para determinar lo señalado en los considerandos precedentes se hace necesario aplicar, en este caso, lo que la doctrina comparada denomina un *test de daño*, consistente en realizar un balance entre el interés de retener la información y el interés de divulgarla para determinar si el beneficio público resultante de conocer la información solicitada es mayor que el daño que podría causar su revelación.”<sup>54</sup>

Entonces, para concluir, en casos de que exista información constitucionalmente protegida, es decir, cubierta por un derecho constitucional y haya una petición de información que implique esa información lo correcto legal y constitucionalmente es seguir el procedimiento de consulta a los terceros afectados dispuesto por la ley. Si éste da como resultado la negativa justificada de ellos, corresponde efectuar un balance entre los derechos y principios en juego, buscándose determinar qué resolución favorecerá mejor el interés público, si la publicidad de la información o su reserva.

Si lo anterior se estima como correcto, corresponde ahora responder algunas dudas que se pueden producir en cuanto a lo público y lo privado.

## **6. ¿Está limitada la información pública al ejercicio de las funciones públicas?**

Se puede levantar la duda de que la información a la que se tiene acceso en virtud del inciso segundo del artículo 5º es sólo aquella que tenga relación con el ejercicio de la función pública. Es decir, que permitiera el control o fiscalización de cómo los órganos del Estado adoptan y llevan a cabo sus decisiones.

Se puede responder a esta cuestión tanto a nivel constitucional como legal, y en ambos casos la respuesta es negativa.

Constitucionalmente la información que debe asegurarse al público va mas allá que aquella estrictamente relacionada con el ejercicio de una función pública, pues el parámetro de este

---

<sup>53</sup> “In effect something “in the public interest” is simply something which serves the interests of the public. When applying the test, the public authority is simply deciding whether in any particular case it serves the interests of the public better to withhold or to disclose information”. Freedom of Information Act, Public Awareness Guidance N° 3, Information Commissioner’s Office (2007), p. 2.

<sup>54</sup> Este balance también se empleando en numerosas otras resoluciones del Consejo de Transparencia. Por solo nombrar algunas: A86-09. [20 de mayo de 2010]; C190-10. [10 de agosto de 2010], A355-10 [20 de agosto de 2010].

acceso es la existencia del derecho de acceso a la información, que como hemos apreciado posee una variedad de propósitos y fines que exceden el solo control y fiscalización de las actuaciones de los órganos del Estado. El derecho de acceso que justifica la Constitución se vería injustamente limitado con una interpretación como la que se analiza.

Y desde el punto de vista de la Ley de Transparencia la respuesta es la misma, pues como la misma ley lo señala en su artículo 1º, ella regula, junto al principio de transparencia, el derecho de acceso a la información. Por consiguiente, restringir lo público sólo a los motivos de control del ejercicio de la función pública implicaría desconocer uno de los fundamentos básicos de la normativa en cuestión, cual es el ejercicio del derecho de acceso a la información.

### **7. ¿Se transforma en pública la información personal por el hecho de estar en manos de un sujeto obligado?**

En verdad que una información posea el carácter de pública o privada solo *prima facie* y muy relativamente depende de donde se encuentre. Más relevante es el tipo de información, su naturaleza, en particular si ella está protegida por un derecho constitucional. Es obvio que los sujetos individuales poseen información pública. Y también que los entes estatales administran información privada. El hecho de que estos últimos reciban información de los individuos, cosa que hacen constantemente por un sin número de razones, no la transforma, *ipsu jure* en pública. Y la Ley de Transparencia lo deja claro cuando establece las limitaciones a la publicidad expresadas en el artículo 5º de esa norma.

Pero lo que sucede es que en el caso de la información protegida por un derecho constitucional en manos de la Administración pueden *haber razones que demanden su publicación*. Estas son las razones que dispone la Ley de Transparencia, expresadas en los diversos motivos o justificaciones de la ley, como lo son el debido control de la actividad pública, la defensa de la probidad o el ejercicio del derecho de acceso a la información. Esas razones deben ser necesariamente ponderadas con la debida protección de los derechos de terceros por medio del procedimiento que dispone la misma ley.

### **8. Conclusiones a la Segunda Parte.**

El análisis desarrollado en las páginas anteriores sobre la situación de la información de particulares en manos de la Administración y su relación con la publicidad de la misma permite ofrecer las siguientes conclusiones:

1. Es necesario efectuar una distinción entre información relativa a una persona particular, que hemos denominado *información personal*, e información cubierta por un derecho constitucional como la privacidad, libertad económica y propiedad, que hemos denominado *información constitucionalmente protegida*. La primera no necesariamente posee relevancia jurídica, al menos para efectos de la Ley de Transparencia. La segunda sí.
2. Los casos de conflicto potencial entre publicidad y información constitucionalmente protegida se producen en varias de las normas de la Ley de

Transparencia, pero, en principio, hay razones constitucionales suficientes para justificar la publicidad de la información. Esto es más claro como regla general respecto a la transparencia activa. En el caso de la transparencia pasiva es algo que depende de las circunstancias concretas del caso, como se verá. En todo caso respecto a la información entregada por particulares y a la publicidad de ellas ese potencial conflicto se puede producir en todos los casos de publicidad contemplados en el artículo 5° y no sólo respecto a la norma de inciso segundo objeto de este informe.

3. Cuando existe una petición de información que diga relación o abarque información constitucionalmente protegida es necesario distinguir aspectos procesales como criterios sustantivos para su solución.
4. Procedimentalmente cuando existe una petición de información que diga relación o abarque información constitucionalmente protegida lo que corresponde es seguir el procedimiento de consulta de la ley a los terceros afectados. Lo anterior en razón de que son ellos los titulares de la información, tal como lo declaró el Tribunal Constitucional en su fallo Rol 634, por lo que sólo ellos pueden decir si quieren o no su publicación. Y es también la correcta interpretación legal, pues la Ley de Transparencia no autoriza a la autoridad cuestionada a eliminar ese paso, reemplazando su juicio al de los terceros afectados.
5. Debe descartarse, entonces, que la autoridad, por sí y ante sí, decida que es público o privado en el caso de información constitucionalmente protegida.
6. Desde un punto de vista sustantivo el principio de publicidad reconoce como límite, entre otros, el respecto a los derechos constitucionales de los terceros afectados. Ese es el tenor literal del artículo 5° de la Ley de Transparencia, justificado además constitucionalmente por el artículo 8° de la Constitución y los principios de supremacía constitucional y de respeto y promoción de los derechos fundamentales que imponen los artículos 6° y 5° de la Constitución, respectivamente.
7. Pero ni los derechos de terceros ni ninguna de las otras causales de reserva pueden entenderse como absolutas, pues eso implicaría que respecto al derecho de acceso a la información habría límites absolutos. Al contrario, como lo señala la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Claude v. Chile*, la imposición de esos límites está sujeto al juicio de ponderación o proporcionalidad.
8. Este juicio, que es el procedimiento universalmente aceptado por las cortes constitucionales para resolver conflictos entre derechos, implica hacer un balance entre los diversos costos que existen para los derechos en juego.

9. Dentro de ese balance se debe considerar el interés público presente en la publicidad o en el secreto. Este aspecto, como se demostró, es una característica universal de las normativas de acceso a la información.
10. De lo anterior se puede concluir también que el hecho de que los particulares entreguen información a la Administración no cambia la naturaleza de ésta. Pero tampoco implica que esa información, aún si esta protegida constitucionalmente, no pueda ser eventualmente publicada si hay razones suficientes.
11. Tampoco es correcto suponer que la publicad de la información sólo se justifique cuando ella esté relacionada con la función pública, pues eso olvida el alcance del derecho de acceso a la información, que es más amplio.

### Parte III

#### La Historia Fidedigna de Inciso Segundo del Artículo 5°.

Para analizar el sentido y alcance de la norma bajo análisis y su constitucionalidad es útil adentrarnos en cómo ella fue estudiada en el Congreso Nacional. Para ello, en lo que sigue pasaremos a revisar la historia fidedigna del establecimiento de la disposición en análisis, revisando el desarrollo que tuvo en cada uno de sus distintos trámites legislativos de discusión en el Congreso Nacional.

#### 1. Primer Trámite Constitucional ante el Senado.

##### 1.1 Moción Parlamentaria.

El proceso legislativo se inicia con una moción de los Senadores Jaime Gazmuri Mujica y Hernán Larraín Fernández, de fecha 4 de enero del 2005. Esta, en lo que nos interesa señala:

Artículo 1°.- Introdúcense las siguientes modificaciones al D.F.L. N° 1, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, de 2001, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la LOC sobre Bases Generales de la Administración del Estado: 1. Agrégase en el inciso segundo del artículo 13, como párrafo final:

“En virtud del principio de la transparencia de la función pública, *toda información que obre en poder de la Administración del Estado es por principio pública*. Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir la información de cualquier órgano de la administración del Estado. Este derecho de información también comprende el derecho a acceder a las informaciones contenidas en actas y expedientes, y la posibilidad de formular consultas a las entidades y personas ya señaladas”.

Como se apreciará, desde el origen de la norma se contempló que la publicidad abarcaba toda la información en manos de la Administración del Estado.

##### 1.2. Segundo Informe de la Comisión de Gobierno.

En el segundo informe se dispuso que:

Artículo 1°.- Introdúcense las siguientes modificaciones al D.F.L. N° 1, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, de 2001, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la LOC sobre Bases Generales de la Administración del Estado:

1. Agrégase en el inciso segundo del artículo 13, las siguientes oraciones finales:

“En virtud del principio de la transparencia de la función pública, *toda información que obre en poder de la Administración del Estado es por principio pública*. Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece la ley. Este derecho de acceso a la

información comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como en toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales. Asimismo, comprende la facultad de formular consultas a las entidades señaladas, la que a falta de procedimiento expreso, se ejercerá de conformidad con las disposiciones de la Ley sobre Bases de los Procedimientos Administrativos.”.

### **1.3 Discusión en la Sala.**

Para efectos de la mejor comprensión se transcriben los debates relevantes:

El señor Senador Hernán Larraín.- “[...] Señor Presidente, sólo quiero informar acerca del contenido del texto que nos ocupa, pues el señor Secretario efectuó una relación bastante completa respecto de lo aprobado por la Comisión de Gobierno.

El proyecto que presentamos con el Honorable señor Gazmuri fue acogido en lo fundamental por ese órgano técnico. Se le introdujo una cantidad importante de modificaciones que –creo– lo han mejorado. Y hemos tenido a la vista, fundamentalmente, la aprobación del nuevo artículo 8° de la Constitución, que incorporó conceptos bastante precisos sobre esta materia. Por lo tanto, se realizó toda una adecuación normativa, que se tradujo en las disposiciones que los miembros de la Comisión, otros señores Senadores y el propio Ejecutivo incorporaron mediante indicaciones.

De un lado, se establece qué se entiende por información pública. A la vez, se contempla el principio que ha estado en discusión a propósito del artículo 2°, que recoge –reitero– lo que dice la Constitución, y, también, lo que plantea hoy la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, que no ha provocado ninguna dificultad [...]

El señor José Antonio Viera-Gallo.- “[...] Señor Presidente, éste es un tema muy de fondo, como lo señaló el Honorable señor Andrés Zaldívar. Y tal vez, cuando aprobamos la reforma constitucional, no fuimos suficientemente precisos en la interpretación. Para la historia fidedigna de la ley, estimo importante dejar constancia al menos de mi criterio. No sé cuál será el de los demás colegas.

Cuando se dice que algo tiene que ser público, significa que ese algo ha de ser conocido; que no puede ser secreto o estar escondido. Ello no implica necesariamente que deba tenerse conocimiento directo del acto por su naturaleza, sino que simplemente, a diferencia de la República Veneciana, cualquier persona pueda conocer una resolución administrativa, judicial o legislativa que le afectará en su vida cotidiana. Por eso se dice que la ley se presume conocida. Es pública. Entonces, en primer término, al señalar que algo es público estamos diciendo que no es secreto. En segundo lugar, es obvio que ello también rige para los fundamentos y los documentos, tal como se indica en el proyecto.

## 2. Segundo Trámite Constitucional: La Cámara de Diputados.

### 2.1 Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia.

En ella se dispuso que:

Artículo 5°.- Este artículo, primero del Título II que trata de la Publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, señala que en virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirven de sustento o complemento directo, esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son por principio públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado.

Su inciso segundo agrega que asimismo, se presume pública toda 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.

Esta norma fue objeto de una indicación substitutiva que proponía lo siguiente:

4.- Por la cuarta sustituyen en el inciso segundo las expresiones “se presume” por la forma verbal “es”.

Respecto de esta indicación, la Diputada señora Turrez señaló que se trataba de dar concordancia a los incisos primero y segundo, por cuanto si el primero señalaba que los actos y resoluciones son públicos y el segundo solamente presumía tal publicidad, la expresión “Asimismo” que encabezaba el segundo inciso parecía contradictoria toda vez que denotaba la idea de continuidad y no de diferencia.

El Diputado señor Burgos objetó la indicación por cuanto por el hecho de haber excepciones a la publicidad, ésta sólo debía presumirse. La supresión del contenido jurídico propio de la presunción, daría lugar a situaciones controversiales frente a diversas situaciones.

El Diputado señor Ceroni estuvo por rechazar la indicación, toda vez que las materias tratadas por ambos incisos no eran las mismas sino que distintas. En efecto, el primero se refería a las resoluciones y documentos que servían de sustento a los actos públicos, los que serían públicos y, el segundo, en cambio, se refería a las informaciones que pueden encontrarse en poder de la Administración y que, incluso, podrían provenir de otros organismos distintos de la Administración. Respecto de esta información solamente podría presumirse su publicidad, opinión con la que coincidió el Diputado señor Bustos [destacado nuestro].

Los representantes del Ejecutivo apoyaron esta última opinión por cuanto el artículo 8° de la Constitución, se refiere a los actos y resoluciones de los órganos del Estado a los que declara públicos y que son los que menciona el artículo en análisis. El inciso segundo se

refiere al resto de la información en poder de la Administración, de la que solamente puede presumirse su publicidad. [destacado nuestro].

Se rechazó la indicación por mayoría de votos (6 votos en contra y 4 a favor).

Y, finalmente, se presentó como indicación, lo siguiente:

5.- Por la quinta agregan al final del inciso segundo la siguiente oración: “Se considerará, además, como información pública, cualquier tipo de documentación financiada con presupuesto público, salvo las excepciones legales.”.

La Comisión, siguiendo la opinión del Diputado señor Bustos, estimó que el contenido de esta indicación ya estaría comprendido en el inciso segundo propuesto por el Ejecutivo, procediendo, en consecuencia, a rechazarla por mayoría de votos (6 votos en contra y 4 a favor). Puesto en votación el artículo, se lo aprobó por mayoría de votos, sin otra enmienda que la indicación acogida (6 votos a favor y 4 en contra).

### **3. La Comisión Mixta.**

El Informe de la Comisión Mixta señaló que el Título II de la Ley de Transparencia contenida en el proyecto de la Honorable Cámara, comprensivo de los artículos 5° y 6°, regula la publicidad de la información de los órganos de la Administración.

El primero de estos preceptos -artículo 5°- declara que en función de la transparencia, las actuaciones de la Administración, sus fundamentos, los antecedentes que les sirvan de sustento o complemento esencial y los procedimientos para su implementación son públicos, salvo las excepciones que establezca una ley de quórum calificado.

Además, presume pública la información que tenga la Administración, cualquiera sea su forma, origen, soporte, fecha o clasificación, con las mismas excepciones precedentemente previstas. [subrayado nuestro]

Este precepto fue aprobado unánimemente por la Comisión Mixta, con dos enmiendas:

La primera, a sugerencia del Honorable Senador señor Núñez, consiste en reemplazar las expresiones “se presume”, consignada en el inciso segundo, por la forma verbal “es”, y la segunda, a proposición del Honorable Senador señor Larraín, revive una norma del texto aprobado por el Senado en el primer trámite constitucional de este proyecto, que declara pública toda información elaborada con presupuesto público, que se incorporó también al inciso segundo del artículo en examen. [subrayado nuestro]

### **4. Observaciones.**

De acuerdo a lo revisado en la historia fidedigna del establecimiento de la Ley N° 20.285 sobre acceso a la información pública, en sus distintos trámites constitucionales, en lo que concierne concretamente a la historia de la instauración del inciso segundo, parte segunda,



del artículo 5º que reza: “...y de toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración...”, cabe formular los siguientes comentarios:

1.- No hubo, ni se registró en el seno de la deliberación parlamentaria, ninguna duda o cuestionamiento sobre la eventual inconstitucionalidad de tal precepto, o al menos dudas en lo que concierne a su futura aplicación y la eventual afectación de intereses o derechos de los privados, así como tampoco respecto a supuestos usos discrecionales del articulado por parte de los requirentes de información pública estatal.

2.- Es más, quedó constancia en la actas parlamentarias que tal enunciado forma parte de un principio más amplio de transparencia de la función pública.

3.- Por otra parte, tal principio tendría pleno soporte constitucional según lo manifestado por uno de los redactores del proyecto, el Senador don Hernán Larrain, quien expuso en las Cámaras del Congreso que “[...] (se tuvo) a la vista, fundamentalmente, la aprobación del nuevo artículo 8º de la Constitución, que incorporó conceptos bastante precisos sobre esta materia. Por lo tanto, se realizó toda una adecuación normativa, que se tradujo en las disposiciones que los miembros de la Comisión, otros señores Senadores y el propio Ejecutivo incorporaron mediante indicaciones...”. Lo cual fue reafirmado y complementado por el representante del Ejecutivo en la discusión parlamentaria, el entonces Ministro Secretario General de la Presidencia Señor José Antonio Viera-Gallo, quien dijo: “...Cuando se dice que algo tiene que ser público, significa que ese algo ha de ser conocido; que no puede ser secreto o estar escondido. Ello no implica necesariamente que deba tenerse conocimiento directo del acto por su naturaleza, sino que simplemente, a diferencia de la República Veneciana, cualquier persona pueda conocer una resolución administrativa, judicial o legislativa que le afectará en su vida cotidiana. Por eso se dice que la ley se presume conocida. Es pública. Entonces, en primer término, al señalar que algo es público estamos diciendo que no es secreto. En segundo lugar, es obvio que ello también rige para los fundamentos y los documentos, tal como se indica en el proyecto...”

4.- Por último, cabe decir que todo lo anterior es posible corroborarlo, desde el momento que no se introdujeron modificaciones sustantivas al enunciado. Y las que se efectuaron en sus distintos trámites –lo cual consta en actas–, se refirieron concretamente a otros ítems normativos del artículo. Por lo tanto, el enunciado se mantuvo incólume, desde su génesis como moción, hasta su aprobación y publicación como Ley de la República.

## **Parte IV**

### **Análisis Jurisprudencial.**

#### **1. Decisiones del Consejo para la Transparencia.**

Una revisión no exhaustiva de la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia sobre esta materia permite encontrar varios casos que dan la tónica de cómo el Consejo ha resuelto situaciones en las cuales se solicita información que, eventualmente, podría afectar intereses y derechos de terceros particulares.

##### **1.1 Decisiones.**

**a. Decisión amparo rol A247-09 [22 de enero de 2010].** Denegación de información concerniente a certificados de grados y títulos académicos de algunos funcionarios públicos. Los funcionarios requeridos se opusieron alegando la trasgresión de la causal de reserva contemplada en el art. 21 N° 2 de la Ley de Transparencia. El Consejo estimó que la esfera de la vida privada de un funcionario público es más restringida que la de un particular, pues los primeros desempeñan una función pública que debe ejercerse con transparencia. Que, además, la supuesta afectación de la honra de los funcionarios sancionados no puede ser fundamento suficiente para reconocer que la publicidad de tal información toda vez que las personas involucradas, en cuanto funcionarios públicos, poseen una esfera de vida privada más delimitada en virtud precisamente de la función que ejercen. **Acogido**, no cabe admitir la causal de secreto o reserva del art. 21 N° 2 de la Ley de Transparencia.

**b. Decisión de amparo rol C610-10 [26 de noviembre de 2010].** Denegación de entrega de información en lo que respecta a una base de datos de todas las patentes emitidas por el municipio de Viña del Mar, incluyendo los siguientes datos: a) Ciudad; b) Nombre del contribuyente o razón social; c) Dirección, incluyendo calle y número; d) Giro comercial. **Acogido.** El Consejo estableció que a las personas jurídicas no les es aplicable la Ley N° 19.628, por lo que la publicidad de las patentes municipales a su respecto, envuelve o autoriza la divulgación de los datos que son de interés del reclamante. En lo que respecta a la información privada de contribuyentes personas naturales, únicamente reviste relevancia sobre las siguientes dos cuestiones, a saber: a) El cumplimiento de los requisitos necesarios para el ejercicio de la actividad que se autoriza por medio de la patente; b) Los ingresos que se perciben por concepto de patentes municipales. Que en atención a lo antes expuesto se concluye que, en este caso, la reserva de los datos personales que interesan al reclamante podría ceder en beneficio de su publicidad, por el manifiesto interés público que revisten, por tanto se acoge el amparo.

**c. Decisión de amparo rol C472-10 [29 de septiembre de 2010].** Denegación de información respecto a) Desglose de los montos cobrados por el Municipio de Las Condes a la empresa Johnson's S.A., por concepto de patente comercial y derechos de aseo. b) Monto del capital en que se basó el cálculo de los derechos referidos, en cada uno de los semestres solicitados. El organismo requerido se fundó para ello en que tal información solicitada es de carácter comercial o económico y que no se encuentra mencionada como susceptible de entregar en el artículo de la Ley N° 19.628. Estimando, además, que se

infringía la reserva prevista en el art. 21 N° 2 de la Ley de Transparencia. **Acogido.** El Consejo resolvió que no existió una adecuada fundamentación ni detalle de las razones legales de la oposición y no se explicitó cómo se afectaron los derechos. Que el capital social constituye información pública de acuerdo al procedimiento mismo de constitución de sociedades comerciales. De igual manera, el capital propio de una empresa, sobre el cual se realiza el cálculo semestral para el pago de patente comercial, se encuentra impreso y detallado en la misma. Por tanto, no existe perjuicio de intereses y derechos de terceros involucrados por la entrega de información.

**d. Decisión amparo N° C190-10. [10 de agosto de 2010].** Nora Burgos Yáñez solicitó a la Corporación Municipal de Educación de Talagante que le entregara copia de los siguientes documentos empleados en el concurso público para proveer el cargo de Director de la escuela F-653: a) Informe psicológico; b) Planillas de puntuación e instrumentos de evaluación empleados por la Comisión Calificadora en la resolución del concurso; y c) Copia del reglamento del concurso. **Acogido parcialmente.** [...] El Reglamento de concursos docentes empleado por la Corporación de Educación Municipal de Talagante posee el carácter de información pública [...] Considerando 12°. *“Respecto al informe psicológico solicitado, se debe tener presente que este Consejo ya se ha pronunciado sobre el tratamiento que se le debe brindar a dichos instrumentos en la decisión de las reposiciones de los amparos A29-09 y A35-09, en la que se resolvió que la evaluación descriptiva de atributos y la conclusión de un informe sicolaboral, tienen el carácter de reservados. Todo ello configura en este caso la causal de secreto o reserva del artículo 21 N° 1 de la Ley de Transparencia. Por otro lado, aplicando un test de daño el beneficio público resultante de conocer esta información es inferior al daño que podría causar su revelación, como se ha señalado a través de las decisiones de los amparos A186-09, A348-09, RA29-09, C561-09, C614-09 y C91-10, resultando del todo aplicable a la especie, razón por la cual, se deberá rechazar el amparo deducido por la Sra. Burgos en lo relativo a la negación de la copia del informe psicológico solicitado”*. [destacado nuestro].

**e. Decisión de amparo N° A86-09. [20 de mayo de 2010].** Denegación de información acerca de la fecha de salida del territorio nacional por el paso fronterizo Jeinimeni, del señor David Ibar Muñoz Guzmán (de nacionalidad mexicana) e ingreso al territorio nacional por el Paso Cardenal Samoré, entre los meses de octubre y noviembre del año 2007 y viceversa. **Denegado.** Considerando 7°: *Que, por otra parte, al constituir lo requerido datos personales referentes a una persona natural hay que realizar un balance entre ambos derechos fundamentales, esto es, el derecho a la vida privada y el derecho fundamental de acceso a la información pública. Realizando dicho test se puede establecer que no se ha acreditado qué interés público reviste la información solicitada en este caso.* Considerando 8°: *“...el motivo por el cual ingresó al territorio nacional una persona, así como las actividades que tiene permitidas realizar en nuestro país son parte de la situación migratoria de una persona física identificada, la cual es un dato personal confidencial...”*. [destacado nuestro].

**f. Decisión de amparo rol A91 – 09 [14 de agosto de 2009]:** Pedro Anguita Ramírez solicitó a la Subsecretaría de Carabineros los reclamos o denuncias presentados por ciudadanos con motivo u ocasión de una actuación o diligencia policial que hubiese recibido dicha Subsecretaría durante el año 2008, con las siguientes menciones: a)

—Nombre completo de la persona que interpuso el reclamo o la denuncia; b) —El motivo que originó la presentación del reclamo o la denuncia; c) —La indicación en cada reclamo, si fue presentada por carta, teléfono, correo electrónico u otra vía ; d) —La indicación si el reclamo fue remitido o reenviado y por qué vía —carta, correo electrónico o teléfonos a la Dirección General de Carabineros; y e) —La sugerencia recomendada en cada reclamo o denuncia remitida a la Dirección General de Carabineros. **Acogido parcialmente.** Considerando 4º: Denuncias y reclamos a subsecretarías son públicos. Aplicación del principio de relevancia respecto de los nombres completos de las personas que han efectuado denuncias o reclamos con motivo u ocasión de diligencia policial. Considerando 6º: el nombre de una persona natural es un dato personal del cual ella es titular, además de un atributo de su personalidad. Como dato personal se encuentra amparado por la Ley N° 19.628 [...] este Consejo reconoce que la divulgación o entrega de los nombres de todos los denunciados o reclamantes solicitados por el requirente podría inhibir futuras denuncias o reclamos ante la Subsecretaría de Carabineros. Considerando 10º: c) reclamos o denuncias presentados por autoridades públicas, o por funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo o función pública, no puede sostenerse que la revelación de sus identidades fuese a causarles algún perjuicio. d) Tratándose de los reclamos o denuncias presentados por particulares la Subsecretaría de Carabineros deberá comunicarles, en caso que considere que la revelación de su identidad podría afectar sus derechos, la solicitud mediante carta certificada señalándoles la facultad que les asiste para oponerse a la entrega de su identidad, en conformidad con el artículo 21 N° 2 y el artículo 20 de la Ley de Transparencia.

g. **Decisión amparo rol C455-09 [09 de abril de 2010].** El objeto de la solicitud de información acerca de los documentos que den cuenta de las actividades de perfeccionamiento de los docentes directivos pertenecientes a los establecimientos comunales de Curacaví, especificando los cursos, años, sedes, por cada establecimiento municipal. **Acogido.** Se trata de información pública que debe obrar en poder del reclamado, de acuerdo al art. 5 de la Ley de Transparencia, ejerciéndose en la especie el derecho de acceso a la información pública como mecanismo de control social y verificación de los requisitos para ejercer cargos docentes directivos en establecimientos educacionales municipales. Considerando 15º no se advierte de qué modo la divulgación de la información pedida afecte o pudiera afectar la esfera de la vida privada o salud de los mismos. Tampoco existen antecedentes concretos que la imagen profesional, a la vida privada e integridad pudiera afectarse con la divulgación de la información pedida, por cuanto ésta da cuenta del perfeccionamiento de los funcionarios aludidos en la solicitud.

h. **Decisión de amparo 355-10 [20 de agosto de 2010].** Solicitud a Municipalidad de Recoleta de copia de una carta en la cual se hace referencia a supuestas conductas que mancillan calidad profesional y honra del solicitante. Agrega el solicitante que dicha carta habría sido esgrimida como fundamento principal de su salida de la Institución. El Consejo dictaminó que por aplicación del art. 5 de la Ley de Transparencia, la información materia del presente amparo sería en principio pública, en atención a que se trata de información que obra en poder de un órgano de la Administración [...] Sin embargo, habiendo oposición de un tercero, como acontece en este caso, es indispensable verificar el daño que éste sufriría de entregarse la información y aplicar lo que en doctrina se ha llamado un “test de interés público”, a efectos de determinar si existe un interés público que justifique la

divulgación de la información o si, por el contrario, debe prevalecer su reserva para resguardar los derechos del tercero que se opuso [...] cabe entender que la publicidad, comunicación o conocimiento de la información contenida en la carta solicitada puede afectar derechos de terceros[...] en cuanto al interés público que podría representar la publicidad del documento solicitado, de los antecedentes tenidos a la vista, este Consejo considera que no se encuentra suficientemente acreditado el hecho de que la carta escrita por la postulante en referencia constituya el fundamento de la decisión de poner término al contrato que mantenía el solicitante con la Municipalidad de Recoleta [...] que atendiendo las particulares circunstancias del caso en estudio, se estima reservada la información solicitada, por lo que no cabe acoger el reclamo, ni requerir a la Autoridad reclamada que dé acceso a dicho documento. [Subrayado nuestro].

## **1.2. Conclusiones preliminares.**

Sin efectuar un estudio más completo y acabado de la jurisprudencia del Consejo lo que se puede concluir preliminarmente hasta ahora es lo siguiente:

- a. El Consejo ha empleado la norma de inciso segundo de artículo 5º, es decir, ha considerado, en principio, como pública una información por el hecho de estar en manos de la Administración.
- b. En los casos en que se ha solicitado ese tipo de información con frecuencia ella es objetada por una parte afectada, alegándose una de las causales de reserva del artículo 21 de la ley.
- c. El Consejo ha resuelto que corresponde a la parte que alega la causal el probar que hay una afectación de un derecho.
- d. Aunque esta condición se cumpla el Consejo efectúa un balance entre el interés del derecho y el interés público en la publicidad.
- e. Para el Consejo, entonces, las causales de reserva no se entienden como absolutas sino que están sujetas al juicio de ponderación. Luego, se ha encargado de velar por los intereses y derechos de los privados cuando éstos se han visto afectados.

## **2. Dictámenes de Contraloría.**

Al respecto cabe informar que no se han encontrado dictámenes de la Contraloría General de la República que digan relación con la norma bajo estudio.

## **3. Jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones al conocer del Recurso de Ilegalidad.**

A objeto de este informe es necesario analizar lo que las Cortes de Apelaciones han resuelto en casos conociendo el recurso de ilegalidad de que dispone la Ley de Transparencia cuando se ha solicitado información en virtud del artículo 5º, inciso 2º.

### 3.1 Caso Fundación Futuro.

Al respecto, el caso más relevante es el producido a raíz del Amparo A309-09, relativo a la Fundación Futuro.

En este caso la señora Francisca Skoknic solicitó a la Subsecretaría de Justicia acceso a las memorias, balances y actas del Directorio de la Fundación Futuro. A esta petición este organismo estatal realizó la comunicación al tercero afectado, la Fundación, de acuerdo al artículo 20 de la Ley de Transparencia. La Fundación Futuro se opuso a la entrega de la información, alegando que la información no era de las informaciones que contemplaba el artículo 10 de la ley y que estaba cubierta por las causales de secreto de la ley. En virtud de esta negativa el servicio deniega la petición de información. Ante esto la peticionaria interpone el recurso de amparo ante el Consejo para la Transparencia. Luego de escuchadas a las partes el Consejo por mayoría de sus miembros resolvió conceder el amparo señalando que la información solicitada era pública en virtud del artículo 5° de la Ley de Transparencia que se refiere a que los es toda la información en manos de la Administración y que no se apreciaba como la divulgación de la información solicitada afectaba un derecho de la Fundación.

Ante esta resolución la Fundación decide interponer el recuso de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago. Esta, con fecha 7 de octubre del 2010 falla el reclamo, sólo acogéndolo en aquello relativo a las actas del directorio. Se transcriben los considerandos fundamentales para sus comentarios:

*8°.- Que si bien la lectura del artículo 5° de la Ley de Transparencia, ya reseñado, permite concluir, en un primer análisis, que la información que está en poder de los órganos del Estado es pública, a menos que exista una causal específica de reserva, tal afirmación necesita, en opinión de estos sentenciadores, matizarse en función de la naturaleza, origen y destino de la información que está en poder del Estado, pues parece evidente que no toda merece el mismo tratamiento, en el marco del sentido propio de esa normativa.*

*Así, por ejemplo, no es lo mismo lo que sucede con la información producida por el Estado, incluso en sus labores de fiscalización, que aquella recibida por algún organismo en procesos de concurso, en que se puedan –o deban- entregar datos personalísimos; lo que ilustra la diferencia que se quiere resaltar, sin perjuicio de la concurrencia de alguna causal de reserva consagrada por la ley.*

*9°.- Que, así las cosas, parece evidente que la información relativa a las memorias y balances de una entidad sin fines de lucro sometida a la supervisión de la autoridad –en concreto, la Fundación Futuro- es siempre necesaria para el adecuado ejercicio de esta función pública, porque da –o debería dar- cuenta sistemática, periódica y rigurosa de la labor de la institución fiscalizada; sin que suceda lo mismo con las actas*

*de su directorio o asamblea, que dan cuenta de etapas deliberativas o resolutivas propias de la vida del ente colectivo que no necesitan ser conocidos por la autoridad, a menos que se trate de algunas específicas – como podría ser la de reforma de estatutos o de constitución de poderes-, que debieran estar consignadas en algún ordenamiento objetivo y general, o cuya entrega haya sido ordenada en el ejercicio de la actividad fiscalizadora, a propósito de alguna irregularidad.*

*10°.- Que, por lo dicho, no es posible aceptar, de manera lisa y llana, que toda información proveniente de particulares, que está en poder del Estado, sea obligadamente pública, a menos que se configure alguna de las excepciones expresamente consignadas en la ley; pues, ateniéndose a un enfoque lógico del problema, es preciso condicionar el carácter público de tal información a la circunstancia de que ella esté en relación clara con el ejercicio de las facultades del órgano administrativo, sea porque así fluye de la naturaleza de éstas o porque se ha expresado en actos administrativos directos*

Por otra parte merecen transcribirse las consideraciones disidentes de la abogada integrante señora Regina Clark, que estuvo por rechazar íntegramente el reclamo porque:

*“en su concepto la información, que estando en poder de los órganos del Estado y participando de su carácter público por disposición legal, se pretende discriminar, es parte consustancial de las decisiones que se consignan en la memoria y balance de la reclamante, constituyendo por ende, a su juicio, fundamentos considerados por la Subsecretaría de Justicia como necesarios para el ejercicio de la facultad fiscalizadora estatuida en la norma legal pertinente, 36 del Decreto Supremo N° 110 de 1979 del Ministerio de Justicia, lo que se evidencia, además, de la obligación que tienen estas entidades -Fundaciones y Corporaciones- de presentar a dicha secretaría de estado sus memorias y balances semestrales (junio y diciembre de cada año) y copias de actas de asambleas y de elección de su directorio, como fluye de los antecedentes e informes emitidos acompañados al proceso.*

*Que, asimismo, a su parecer, no se advierte en la tramitación del presente reclamo, que la información solicitada y contenida en las actas en cuestión, pueda afectar los derechos de las personas, su salud o la esfera de su vida privada, para que pueda operar la reserva que estatuye la ley.*

[...]

*Que, a su vez, es preciso anotar que la existencia de expresión e información libre es objetivamente valiosa para una sociedad y por lo mismo, como lo ha sostenido la doctrina, se ha configurado una "posición preferente" respecto de otros derechos fundamentales, ratificándose que*

*la libertad de información no es sólo un valor en sí mismo sino que es esencial para el ejercicio de otros derechos.*

*Que en consecuencia, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión comprende el derecho positivo a buscar y a recibir información, "no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole", como se consigna, también, en los tratados internacionales sobre la materia (Convención Americana, Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).*

*Que de esta manera, esta disidente estima como fundamento de su decisión, que los límites a este derecho están expresamente determinados por la ley en términos de excepcionalidad, debiendo tal restricción fundarse en una cláusula limitativa -de reserva o secreto, que, además, debe ser interpretada restrictivamente."*

De lo resuelto por la Corte, tanto en su voto mayoritario, como en el de minoría y a la luz de lo expuesto antes en este informe se puede observar lo siguiente:

1. La consideración de que lo público está limitado sólo a aquello que se relaciona directamente con el ejercicio de una función pública no posee base en la misma ley, pues ésta no se limita a asegurar el conocimiento de la información en razón de esa función sino que, como lo señala el mismo artículo 11, al ejercicio del derecho de acceso a la información.
2. Justamente esta interpretación del voto de mayoría restringe el alcance de ese derecho de una forma tal que no posee base en el texto de la ley ni en la jurisprudencia constitucional o de derechos humanos estudiada, que establecen un derecho a la información amplio, que sirve a diversos propósitos, tal como claramente lo expone, por lo demás, el voto disidente en el fallo en comento.
3. Lo señalado por el voto de mayoría respecto a que no se puede aceptar que por el hecho de que la información privada se entregue a la administración sea obligatoriamente público no es algo que haya sido alegado en el caso ni tampoco posee base en la ley. Como se ha señalado en este informe, la entrega de la información por sí sola no cambia la naturaleza de ésta, sin perjuicio de que puedan haber razones para su publicación.
4. El fallo de mayoría no distingue entre tipos de información entregada por particulares, asumiendo que toda ella necesariamente está bajo un control del particular por el hecho de ser proveniente de un particular. Como se ha argumentado en este informe, sólo información que pueda reconducirse a un derecho posee la calidad de constituirse en límite al derecho de acceso a la información.



5. La ley expresamente deja fuera esa información, cuando ella pueda ser protegida por un derecho constitucional, por medio de las causales de reserva. Distinto, y no es algo analizado por la Corte, que las causales de reserva puedan ser, a fin de cuentas, dejadas de lado a favor de la publicidad por existir un interés público mayor a favor de la publicidad.

### 3.2 Caso OXXEAN S.A

Este caso se produce a raíz del recurso de ilegalidad interpuesto por la empresa OXXEAN en contra de la resolución C580-09 del Consejo para la Transparencia. El Consejo, en esa ocasión falló en contra de la resolución de la Dirección General del Territorio Marítimo de negar la petición de información presentada por la Pesquera San José, a acceder al estudio de maniobrabilidad de OXXEAN S.A. Esta empresa alegó que no se trata de una información ya producida, por lo que no tiene el carácter de pública, pues aquella se refiere a los actos terminales de los órganos de la Administración del Estado; y atendido a que la información solicitada por Pesquera San José afecta gravemente los derechos de carácter comercial y económicos de su representada, es que solicita a la Corte su rechazo.

La Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo de 6 de enero del presente acogerá el recurso argumentando:

*“1.- Que para la acertada resolución del recurso habrán de tenerse presente las disposiciones del artículo 8° de la Constitución Política de la República, en relación con el artículo 5° de la ley 20.285 sobre acceso a la información pública, señalando esta última norma, en su inciso primero que: “En virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado”; de donde resulta, en lo pertinente, que serán públicos los documentos que sirvan de sustento o complemento directo o esencial, que se utilicen, que se empleen, que sirvan para la dictación de resoluciones de los órganos de la Administración. A contrario sensu, no tendrán el carácter de públicos aquellos documentos que, no obstante haberse acompañado al órgano, para que sirvan de sustento en la dictación de la resolución requerida, aún esta resolución o acto administrativo según el caso, no se dicta o lleva a cabo.[destacada nuestro]*

*2.- Que en la especie no hay un pronunciamiento definitivo del órgano administrativo, pues ocurre que la Dirección del Territorio Marítimo y Mercante, DIRECTIMAR, devolvió a la requirente el estudio para que se le efectuaran ciertas correcciones y observaciones, por lo que no estando aún resuelto en definitiva lo solicitado, debe entenderse que la solicitud respectiva está actualmente en tramitación.*

3.- *Que, el mismo artículo 5° de la ley 20.285, en su inciso segundo, señala que “...es pública la información elaborada con presupuesto público....”, por lo que, siempre a contrario sensu, será privada la información obtenida con fondos privados, como es precisamente el caso sub lite, lo que no hace aplicable al caso, en consecuencia, la normativa referida a la información pública. [destacada nuestro]*

[...]

5.- *Que, desde el punto de vista del dominio de la información contenida en la documentación acompañada, debe entenderse que esta es de dominio del requirente de un acto o resolución del órgano administrativo, y que para efectos de estudio y análisis por parte de dicho órgano, es que el dueño de tal información, cosa inmaterial, se desprende solamente de la facultad de uso que tiene sobre el bien, permaneciendo la cosa en su patrimonio, es decir continúa siendo de dominio privado; lo que hace que ésta, naturalmente, no sea de dominio público. Sólo procederá el cambio del dominio, pasando a ser un bien nacional, en los términos del artículo 589 del Código Civil, es decir, aquellos bienes cuyo dominio pertenece a la nación toda, una vez que el órgano de la Administración del Estado haya realizado el acto o emitido la resolución de que se trate; pues sólo en tal caso está obligado dicho órgano a hacer públicos los documentos en los cuales basó su actuación. Este cambio de dominio tiene su fuente en la ley, y por ende será únicamente a partir del momento en que se perfeccione el acto o resolución, que la cosa, sea un estudio o documento en particular, pierde su carácter de cosa privada y pasa a ser bien nacional, lo que permitirá como consecuencia su uso por todos los habitantes de la República. [destacado nuestro].*

6.- *Que, resulta evidente el dominio privado de la cosa específica que significa un estudio o trabajo acompañado a una solicitud que se presente a un órgano de Administración del Estado, pues la propia ley 20.285, en su artículo 21 N° 2 permite como causal de secreto o reserva que habilita para denegar el acceso a la información, “Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas.....” y el artículo 582 del Código Civil, al definir el derecho real de dominio, dice que: “El dominio ( que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno.” Y el artículo siguiente, el 583, indica que “Sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad.” Es por ello que, constituyendo los documentos que se acompañen a un requerimiento del órgano administrativo, el carácter de bienes privados, significación que conservan hasta en tanto no pasen a ser bienes nacionales en virtud de la resolución del órgano, su uso no puede estar permitido sino exclusivamente al órgano administrativo encargado de su estudio, y una vez que se pronuncie dicho órgano sobre la solicitud respectiva a la cual se*

*hubiese acompañado tal documentación, recién y sólo entonces ésta documentación tendrá el carácter de pública.* [destacada nuestro].

El fallo en comento permite varias observaciones.

1. La Corte aplica un criterio expansivo de dominio de la información. Para ella todo documento emanado de un privado está cubierto por esa garantía. Como se señaló antes excede con mucho el propósito de este informe determinar el exacto contenido del derecho de dominio sobre la información. Pero, sin embargo, también se señaló que de seguirse ese criterio absolutista se producirían problemas graves en la actividad diaria de las personas y, por cierto, para la publicidad. Sin ir más lejos la Corte estima que sólo cuando se dictare el acto terminal se producirá el traspaso a dominio público de la información. Pero si la información fuera realmente cubierta por el derecho de propiedad eso implicaría que la dictación del acto administrativo por el cual se entregó la información sería un acto expropiatorio, que requeriría la correspondiente indemnización. Tamaña consecuencia ya advierte de lo problemático de atribuir propiedad a la información de un particular sin efectuar, al menos, importantes calificaciones.
2. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte no considera la norma básica del inciso final del artículo 5º, que estima como pública la información por el sólo hecho de estar en manos de la Administración. Esta norma posee por cierto el límite de los derechos de terceros, pero de haberlos, y en el caso se puede estimar que si, se requiere efectuar el correspondiente balance de daño. La Corte simplemente hace primar el derecho de propiedad, como si este fuera un límite absoluto a la publicidad, lo que, de acuerdo a las consideraciones anteriores expresadas en este informe, no corresponde constitucionalmente.

## Conclusiones Finales

El trabajo antes desarrollado permite llegar a las siguientes conclusiones:

1. El principio de publicidad en la Constitución no se funda única ni exclusivamente en el artículo 8°. Aún si esta disposición no existiera se podría deducir de varias otras normas constitucionales.
2. Los fundamentos de la publicidad se pueden encontrar en la definición política esencial de que Chile es una república democrática, contenida en el artículo 4° y en la garantía de la libertad de expresión, del artículo 19, n° 12. Este razonamiento se funda en la interpretación de estas normas, dada tanto por la Corte Interamericana como por el Tribunal Constitucional chileno.
3. El contenido público que justifican estas normas es más amplio que la definición de actos y resoluciones del Estado, y sus fundamentos, que contiene el actual artículo 8°.
4. Lo anterior es particularmente claro en el caso del contenido del derecho de acceso a la información, si se toman en consideración las diversas razones que llevan a estimarlo como un derecho implícito en nuestra Constitución. Entre ellas destaca la libertad de expresión, que es un derecho de contenido amplio. Si el derecho de acceso a la información es un derecho instrumental a aquélla, su contenido deber ser congruente.
5. Tanto la normativa comparada como la jurisprudencia internacional determinan que el derecho a la información es un derecho que se predica de las informaciones o documentos que están en manos de los sujetos a los cuales se les imponen las legislaciones de acceso a la información. En ninguna de las normas descritas en este informe, y de otras consideradas por este informante, se establece que el derecho de acceso lo sea a los actos del Estado.
6. Respecto a la información de particulares en manos de la Administración es necesario efectuar una distinción entre información relativa a una persona particular, que hemos denominado *información personal*, e información cubierta por un derecho constitucional como la privacidad, libertad económica y propiedad, que hemos denominado *información constitucionalmente protegida*. La primera no necesariamente posee relevancia jurídica, al menos para efectos de la Ley de Transparencia. La segunda sí.
7. Los casos de conflicto potencial entre publicidad e información constitucionalmente protegida se producen en varias de las normas de la Ley de Transparencia, pero, en principio, hay razones constitucionales suficientes para justificar la publicidad de la información. Esto es más claro como regla general respecto a la transparencia activa. En el caso de la transparencia pasiva es algo que depende de las circunstancias concretas del caso, como se verá. En todo

caso respecto a la información entregada por particulares y a la publicidad de ellas ese potencial conflicto se puede producir en todos los casos de publicidad contemplados en el artículo 5° y no sólo respecto a la norma de inciso segundo objeto de este informe.

8. Cuando existe una petición de información que diga relación o abarque información constitucionalmente protegida es necesario distinguir aspectos procesales como criterios sustantivos para su solución.
9. Procedimentalmente cuando se da una petición de información que diga relación o abarque información constitucionalmente protegida lo que corresponde es seguir el procedimiento de consulta de la ley a los terceros afectados. Lo anterior en razón de que son ellos los titulares de la información, tal como lo declaró el Tribunal Constitucional en su fallo Rol 634, por lo que sólo ellos pueden decir si quieren o no su publicación. Y es también la correcta interpretación legal, pues la Ley de Transparencia no autoriza a la autoridad cuestionada a eliminar ese paso, reemplazando su juicio al de los terceros afectados.
10. Debe descartarse, entonces, que la autoridad, por si y ante si, decida que es público o privado en el caso de información constitucionalmente protegida.
11. Desde un punto de vista sustantivo el principio de publicidad reconoce como límite, entre otros, el respecto a los derechos constitucionales de los terceros afectados. Ese es el tenor literal del artículo 5° de la Ley de Transparencia, justificado además constitucionalmente por el artículo 8° de la Constitución y los principios de supremacía constitucional y de respeto y promoción de los derechos fundamentales que imponen los artículos 6° y 5° de la Constitución, respectivamente.
12. Pero ni los derechos de terceros ni ninguna de las otras causales de reserva pueden entenderse como absolutas, pues eso implicaría que respecto al derecho de acceso a la información habría límites absolutos. Al contrario, como lo señala la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Claude v. Chile*, la imposición de esos límites está sujeto al juicio de ponderación o proporcionalidad.
13. Este juicio, que es el procedimiento universalmente aceptado por las cortes constitucionales para resolver conflictos entre derechos, implica hacer un balance entre los diversos costos que existen para los derechos en juego.
14. Dentro de ese balance se debe considerar el interés público presente en la publicidad o en el secreto. Este aspecto, como se demostró, es una característica universal de las normativas de acceso a la información.
15. De lo anterior se puede concluir también que el hecho de que los particulares entreguen información a la Administración no cambia la naturaleza de ésta. Pero

tampoco implica que esa información, aún si está protegida constitucionalmente, no pueda ser eventualmente publicada si hay razones suficientes.

16. Tampoco es correcto suponer que la publicidad de la información sólo se justifique cuando ella este relacionada con la función pública, pues eso olvida el alcance del derecho de acceso a la información, que es más amplio.
17. La historia legislativa de la disposición bajo análisis demuestra que desde un principio la intención del legislador fue el asegurar un acceso amplio a la información, no restringido a la definición del artículo 8° de la Constitución. Y esa historia demuestra que la norma, que estaba incorporada desde la primera moción presentada por los senadores Larraín y Gazmuri, nunca fue objetada en su constitucionalidad.
18. La jurisprudencia del Consejo para la Transparencia ha aplicado en numerosos casos el principio de que la información que se puede pedir va más allá de la definida expresamente en el artículo 8° de la Constitución, pero que ella está limitada, como no podía no estarlo, por las excepciones que contempla la ley. Esa jurisprudencia ha también consistentemente empleado el criterio del interés público al efectuar el balance entre el derecho de acceso a la información y las causales de reserva.
19. Respecto a la jurisprudencia de la Contraloría, no se han hallado dictámenes pertinentes a la materia en consulta. Y en cuanto a los fallos de los Tribunales de Justicia, en el caso de la Fundación Futuro, este es criticable en cuanto limita el acceso a la información a lo relativo a la función pública, olvidando los otros fundamentos del acceso a la información contemplados en la misma ley, paradigmáticamente el derecho de acceso a la información de los ciudadanos. Y respecto al caso de OXXEAN, es criticable que la Corte olvide el principio de publicidad de la información en manos de la Administración é estime que los derechos de terceros funcionan como una causal absoluta de reserva. Adicionalmente, que emplee un concepto de derecho de propiedad de la información que de seguirse traerá consecuencias jurídicas de enorme relevancia, sin que se consideren adecuadamente estas.

Es todo cuanto puedo informar a usted.

Tomas Vial Solar

INFORME EN DERECHO

**ASPECTOS PROCESALES DE LA LEY Nº 20. 285, LEY DE  
TRANSPARENCIA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA Y DE ACCESO A LA  
INFORMACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO**

ANDRÉS BORDALÍ SALAMANCA  
ABOGADO  
DOCTOR EN DERECHO  
PROFESOR DE DERECHO PROCESAL  
UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE

## INTRODUCCIÓN

Se ha solicitado al suscrito un Informe en Derecho relativo a esclarecer la naturaleza y alcances del reclamo de ilegalidad contenido en el artículo 28 de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, aprobada por el artículo primero de la Ley N° 20.285 (en adelante Ley de Transparencia o LT). Asimismo, se le ha solicitado establecer la naturaleza jurídica del Consejo para la Transparencia (en adelante también el Consejo), especialmente cuando conoce del recurso por denegación de la información solicitada a la Administración del Estado por cualquier persona.

El objetivo del presente informe consistirá, fundamentalmente, en analizar los aspectos procesales de la Ley de Transparencia, con especial énfasis en la normativa relativa a las facultades que dicha ley encomienda al Consejo para la Transparencia para conocer de las peticiones de las personas para acceder a información pública, y al reclamo de ilegalidad contra la decisión del Consejo, que es competencia de las Cortes de Apelaciones del país.

### I. CUESTIONES PRELIMINARES

Como sabemos, en nuestro país carecemos de tribunales que conozcan como tribunales especiales de lo contencioso administrativo. De hecho, ni siquiera la Constitución se refiere hoy en día a dichos tribunales, como lo hacía el artículo 87 de la Constitución Política de 1925 y, posteriormente, el artículo 38 de la Constitución Política de 1980 (en adelante CPR), en su redacción original previa a la reforma constitucional de 1989. De este modo, frente a la ausencia de tribunales de lo contencioso administrativo, ha surgido en Chile una amplia gama de leyes especiales que otorgan competencia para resolver de esos



conflictos administrativos tanto a tribunales que integran el Poder Judicial, como a otros que se encuentran fuera de él, o incluso a los propios órganos de la Administración involucrados en la resolución o acto que se pretende impugnar.

El legislador, desarrollando el principio de publicidad recogido en el artículo 8º CPR respecto de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como de sus fundamentos y los procedimientos que utilicen, contempló en la Ley de Transparencia la posibilidad de que los órganos de la Administración del Estado sometidos al deber de transparencia, se nieguen a entregar información solicitada por las personas. La regla general prevista en la Ley de Transparencia es que los órganos de la Administración deberán entregar la información solicitada por dichas personas (arts. 10 y 16 LT). Sólo podrán negar la entrega de la información cuando los ampare una causal de oposición del artículo 20 LT, o una causal de reserva o secreto dispuesta por la ley (art. 16 inc. 1º LT).

La autoridad administrativa tendrá un plazo de 20 días hábiles, que podrá prorrogarse por otros 10 días, contado desde la recepción de la solicitud presentada conforme a lo prescrito por la Ley de Transparencia, para contestar dicha solicitud, sea entregando la información requerida o bien negándose a ello (art. 14 LT). En esta última situación, o bien transcurridos los plazos señalados precedentemente sin que se haya dado respuesta, se genera un conflicto entre los que requieren la información y la Administración del Estado. Como consecuencia de ello, se contempla en la Ley de Transparencia un recurso ante el Consejo para la Transparencia, que deberá decidir si procede o no entregar la información requerida.

Igual reclamación podrá deducirse si los organismos de la Administración no cumplen con la obligación de Transparencia Activa que prescribe el art. 7º de la Ley de Transparencia (art. 8º LT).

De lo que resuelva el Consejo para la Transparencia se podrá reclamar ante la Corte de Apelaciones respectiva.

El recurso y la reclamación tienden a garantizar la plena eficacia del principio de publicidad de las actuaciones y el derecho de acceso a la información de los particulares.

Determinar si la naturaleza del recurso ante el Consejo es de índole jurisdiccional, o más bien corresponde a una función propiamente administrativa, es una cuestión de manifiesta relevancia, pues llevará a consecuencias jurídicas diversas. Asimismo, es relevante determinar la naturaleza del reclamo de ilegalidad ante las Cortes de Apelaciones, así como los aspectos esenciales de dicho procedimiento jurisdiccional.

## II. EL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA Y SU UBICACIÓN EN EL SISTEMA DE PODERES CONSTITUCIONALES

La Ley de Transparencia encomienda al Consejo, en su artículo 33, una serie de funciones y atribuciones. Para efectos de este informe, nos centraremos en la función contenida en la letra b) de dicho precepto: *Resolver, fundadamente, los reclamos por denegación de acceso a la información que le sean formulados de conformidad a esta ley.*

Las demás atribuciones encomendadas a este Consejo no suscitan mayores dudas en cuanto a su carácter eminentemente administrativo, ya que tienen por finalidad servir al interés general en los ámbitos de su competencia, donde el Consejo es llamado a cumplir funciones públicas con carácter permanente.

Sin embargo, se generan dudas con respecto a la facultad que tiene el Consejo de resolver reclamos o amparos, ya que podría entenderse que en este caso se trataría de un órgano de tipo administrativo, pero

que ejerce funciones jurisdiccionales. Algo similar a la situación de los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos cuando conocen de un reclamo tributario (art. 115 Código Tributario), en aquellas zonas del país donde aun no entran en funcionamiento los Tribunales Tributarios y Aduaneros, o cuando el Ministro de Transportes y Telecomunicaciones resuelve un asunto referido a concesiones (art. 36 A de la Ley General de Telecomunicaciones), o las funciones juzgadoras del Jefe del Departamento de Propiedad Industrial (art. 4 y ss. Del DFL 1/2006) o, finalmente, las del Consejo Nacional de Televisión (art. 34 Ley nº 18.838), entre otros casos.

Sin embargo, como veremos más adelante, ante el Consejo para la Transparencia, a diferencia de los órganos administrativos antes señalados, estamos ante un órgano independiente de la Administración del Estado y de todo otro poder público.

Analizaremos las funciones y características propias de la actividad jurisdiccional y de la actividad administrativa, con el fin de comparar esta función resolutoria del Consejo con dichas actuaciones, estableciendo a cuál de ellas es más próxima. Esto es importante ya que, como hemos mencionado en otros estudios<sup>1</sup>, si fuera el Consejo un órgano que ejerce funciones jurisdiccionales, es preciso que el mismo se estructure como un órgano jurisdiccional, especialmente en lo que respecta a su independencia e imparcialidad, conociendo de las competencias atribuidas bajo un procedimiento que respete íntegramente, en lo que corresponda, las garantías de un debido proceso. Determinará asimismo, una distinta fisonomía al recurso que se pueda deducir respecto a la resolución del Consejo ante la judicatura ordinaria.

---

<sup>1</sup> Vid. BORDALÍ, ANDRÉS, *La independencia judicial en el derecho chileno*, Abeledo Perrot, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2010, pp. 31-32.

Dicho lo anterior, aclararé que la determinación en el derecho chileno si un órgano ejerce jurisdicción o es un tribunal de justicia de carácter especial, es una cuestión especialmente compleja. Tal complejidad se deriva del hecho que en Chile no ejercen jurisdicción solo los tribunales que forman parte del Poder Judicial, ni siquiera exclusivamente órganos que son tribunales de justicia, sino en muchos casos es la propia Administración la que, conociendo de ciertos contenciosos, se transforma para esos efectos en un órgano que ejerce jurisdicción o, como veremos, para algunos, en un tribunal especial.

Es la propia Constitución Política de la República la que introdujo esta complejidad, pues se alejó de lo que otros ordenamientos constitucionales comparados regulan como jurisdicción, tribunales de justicia o Poder Judicial, introduciendo el concepto de *órgano que ejerce jurisdicción* (art. 19 n° 3 inc. 5° CPR), concepto poco preciso que ha llevado a la gran mayoría de nuestra doctrina y jurisprudencia constitucional, a considerar como tribunales de justicia a cualquier órgano que resuelva un litigio o determine o adjudique los derechos de una persona, sea que ese órgano pertenezca al Poder Judicial o a la Administración o inclusive al poder legislativo.

Recuérdese a estos efectos que pese a que gran parte de la doctrina de derecho tributario y alguna constitucional, señalaba que el sistema de justicia tributaria basado en una primera instancia ante el Director Regional del Servicio de Impuestos Internos, para luego pasar a una segunda fase ante una Corte de Apelaciones, era una justicia que carecía de imparcialidad, pues el funcionario del Servicio es juez y parte. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en sus votos de mayoría, hasta el día de hoy, nunca ha dudado que el Director Regional, cuando conocía y conoce todavía, de una reclamación tributaria de un contribuyente, lo hace como órgano que ejerce jurisdicción o bien, como un tribunal especial. Lo único que, en esta misma materia, ha declarado el Tribunal Constitucional como contrario a la Constitución, era la facultad que le otorgaba el artículo 116 del

Código Tributario al Director Regional del Servicio de Impuestos Internos, para delegar sus funciones en un funcionario del Servicio<sup>2</sup>.

Ha dicho en este punto el Tribunal Constitucional que [...] *la función jurisdiccional es genérica y omnicomprensiva respecto de todos aquellos órganos que resuelven conflictos que afectan bienes y derechos de las personas, aunque no sean propiamente “tribunales” e incluso no formen parte del Poder Judicial, sin perjuicio de que en definitiva se encuentren siempre sujetos a la superintendencia disciplinaria de la Corte Suprema. [...] de suerte tal que no sólo los tribunales, propiamente tales, formen o no parte del Poder Judicial, ejercen jurisdicción sino que también lo hacen otros órganos, como algunos que incluso integran la Administración del Estado, al resolver situaciones que afecten a las personas y sus bienes. Entre dichos órganos ciertamente se encuentra el Servicio de Impuestos Internos, particularmente sus Directores Regionales, al resolver las reclamaciones tributarias, a que aluden los artículos 115 y siguientes del Código Tributario, a cuya actuación jurisdiccional también se le aplican los principios del debido proceso [...]. De este modo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 77 de la Carta Fundamental y en la disposición cuarta transitoria de la misma, los tribunales que tienen atribución para conocer de las reclamaciones tributarias son los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos [...].*<sup>3</sup>

No sólo ha determinado el Tribunal Constitucional chileno que una autoridad que forma parte de la Administración del Estado ejerce válidamente jurisdicción o es un tribunal de justicia especial situado fuera del Poder Judicial, sino que hasta un Ministro de Estado, como es el caso del Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, cuando resuelve sobre una oposición a un otorgamiento de una concesión en las áreas de su competencia, actúa, a su juicio, como un tribunal

---

<sup>2</sup> Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 26 de marzo de 2007, rol nº 681.

<sup>3</sup> Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 6 de noviembre de 2007, rol nº 606.

especial situado fuera del Poder Judicial<sup>4</sup>. Vemos así que nuestro Tribunal Constitucional considera a estos órganos de la Administración y del Gobierno, no solo como órganos que ejercen jurisdicción, sino que derechamente los llama tribunales de justicia, cuando desarrollan esas funciones juzgadoras.

La jurisdicción por tanto, en Chile, no es atributo del Poder Judicial, como ocurre en países como España, donde todos los tribunales de justicia, salvo el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Cuentas, forman parte del Poder Judicial<sup>5</sup>. En nuestro país no hay una relación necesaria entre Poder Judicial y ejercicio de la jurisdicción, pues como he puesto de relieve en una investigación, hay igual o más tribunales de justicia situados fuera del Poder Judicial que dentro de él<sup>6</sup>.

De esta manera, para poder ejercer válidamente jurisdicción en nuestro país, no es necesario formar parte del Poder Judicial. Tampoco parece ser necesario ser formalmente un tribunal de justicia, pues tanto un sector importante de la doctrina constitucional como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, han reconocido que los órganos administrativos y políticos también pueden ejercer una función de carácter jurisdiccional, como tribunales especiales situados fuera del Poder Judicial.

---

<sup>4</sup> Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 22 de noviembre de 1993, rol nº 176.

<sup>5</sup> Vid. MORENO CATENA, VÍCTOR et.al., *Manual de Organización Judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 62 y ss.; REQUEJO, JUAN LUIS, *Jurisdicción e independencia judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 155; HERNANDO, FRANCISCO JOSÉ, "Poder Judicial y Constitución", en AA.VV. *Constitución y Poder Judicial, XXV Aniversario de la Constitución de 1978*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, p. 21.

<sup>6</sup> Vid. BORDALÍ, ANDRÉS, "Organización judicial en el derecho chileno: Un poder fragmentado", en *Revista Chilena de Derecho*, mayo-agosto 2009, Vol. 36 – nº 2, p. 225.

Tampoco se le ha exigido a los tribunales de justicia que sean independientes respecto del Gobierno y de la Administración del Estado, pues la Constitución, se ha dicho<sup>7</sup>, en su artículo 76, sólo prohíbe el ejercicio jurisdiccional al Presidente de la República, pero no a las personas ni funcionarios de la Administración del Estado ni colaboradores políticos del Presidente de la República, como los Ministros de Estado.

Como sostiene Eduardo Aldunate<sup>8</sup>, para nuestro Tribunal Constitucional, según se desprende de su jurisprudencia, en el concepto de función jurisdiccional, la imparcialidad no es un elemento esencial o constitutivo.

¿Qué es lo que hace entonces a un órgano tribunal de justicia? La respuesta en nuestra dogmática constitucional y procesal es de carácter funcional. Ha dicho en Chile Juan Colombo, asumiendo una postura similar a la que en sus días sostuvieron León Duguit<sup>9</sup> en Francia y Giuseppe Chiovenda<sup>10</sup> en Italia, pero que se puede entender hoy en día superada<sup>11</sup>, que *la función es la que determina al órgano y no el órgano a la*

---

<sup>7</sup> Vid. PANTOJA, ROLANDO, "Justicia administrativa: ¿Tribunales ordinarios, tribunales de jurisdicción general o tribunales especiales de lo contencioso administrativo?", en *La justicia administrativa*, Ferrada, Juan Carlos (coordinador), Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2005, pp. 105 y ss.

<sup>8</sup> Cfr. ALDUNATE, EDUARDO, *Jurisprudencia constitucional 2006 – 2008. Estudio selectivo*, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2009, p. 68.

<sup>9</sup> Vid. DUGUIT, LEÓN, *Manual de Derecho Constitucional*, Comares, Granada, 2005, pp. 79 y ss.

<sup>10</sup> Vid. CHIOVENDA, GIUSEPPE, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1971, p. 62.

<sup>11</sup> Por todos vid. PIZZORUSSO, ALESSANDRO, *L'organizzazione della giustizia in Italia. La Magistratura nel sistema politico e istituzionale*, Einaudi, Turín, 1990, p. 5; ANDRÉS IBÁÑEZ, PERFECTO, "Poder Judicial y juez en el Estado Constitucional de Derecho. El sistema del Consejo", en *La experiencia jurisdiccional: Del Estado Legislativo de Derecho al Estado Constitucional de Derecho*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 18.

*función; por ello [...] los órganos por medio de los cuales la jurisdicción se pone en movimiento pertenecen a veces al orden administrativo y otras, las más, al Poder Judicial, sin que ello altere la función que les ha sido encomendada*<sup>12</sup>.

Esta postura no puede ser compartida, pues de seguirse, la doctrina de la separación de poderes y el principio de independencia judicial dejan de tener operatividad. Los tribunales de justicia cumplen una función de garantía de los derechos de las personas frente al poder político, y en última instancia, cumplen estos tribunales una función de garantía de todo el sistema jurídico frente al sistema político<sup>13</sup>. Para que ello pueda ser así, importa especialmente la configuración del órgano que desarrollará la función jurisdiccional, pues si no hay independencia respecto de los poderes políticos, no puede haber ejercicio propiamente jurisdiccional. Y para que podamos determinar más concretamente si un órgano es independiente de los poderes políticos, importa determinar cómo se nombran a sus integrantes, si son o no inamovibles, cómo se los puede remover, entre los aspectos más relevantes.

Pasaré a continuación a revisar la configuración del Consejo para la Transparencia y de sus integrantes, para determinar en qué calidad conocen de la reclamación o amparo por denegación de información de parte de un órgano de la Administración del Estado.

Antes de entrar en ese análisis, agregaré que no basta con que la ley confiera la atribución a un órgano para conocer y resolver un litigio por medio de un proceso y con efectos de cosa juzgada, para entender que estamos frente a un tribunal de justicia. Ni siquiera ello es válido

---

<sup>12</sup> COLOMBO, JUAN, *La competencia*, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago, 2004, p. 20.

<sup>13</sup> Sobre la función de garantía que ejercen los tribunales de justicia remito a FERRAJOLI, LUIGI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 2. Teoria della democrazia*, Laterza, Roma –Bari, 2007, p. 216.



aunque la ley lo denomine derechamente tribunal de justicia, como sucede con el Director Regional del Servicio de Impuestos Internos (art. 115 y siguientes del Código Tributario). Al respecto, es indispensable, por mandato constitucional, determinar si ese órgano o “tribunal” que ejerce jurisdicción, es independiente del Poder Ejecutivo y del Legislativo (art. 76 CPR). También es relevante determinar si se respeta el derecho fundamental de todas las personas en Chile de ser juzgadas por un tribunal competente, independiente e imparcial (art. 19 n° 3 inc. 5° CPR en relación con el artículo 5° CPR y el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Si siguiésemos la postura asumida en múltiples casos por nuestro Tribunal Constitucional, rápidamente llegaríamos a la conclusión de que la función de *resolver, fundadamente, los reclamos por denegación de acceso a la información que le sean formulados de conformidad a esta ley*, que el artículo 33 b) LT entrega al Consejo, función que se desarrolla por medio del proceso que regulan los artículos 24 y siguientes de la misma ley, es claramente de tipo jurisdiccional, aunque tal función la desarrolle un órgano que en lo esencial es de tipo administrativo.

Sin embargo, creo necesario indagar un poco más en quiénes son los sujetos que conocen de esta reclamación (los consejeros) y de qué manera lo hacen (procedimiento).

### *1. El Consejo para la Transparencia*

El artículo 31 LT establece que el Consejo es una *corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio*. Esa descripción poco o nada aporta para determinar el tipo de órgano que es. Lo único que se puede tener en claro de tal descripción, es que no es un órgano que se pueda adscribir sin más a los tres poderes tradicionales del Estado.

Para saber de qué tipo de órgano se trata, se debe recurrir a un análisis de las funciones y atribuciones que tiene, las que están precisadas en el artículo 33 LT. Si se observan esas funciones y atribuciones, la mayoría de ellas corresponden a funciones de tipo administrativas. De este modo, el Consejo es un órgano cuya función general podemos describirla como administrativa, aunque no pertenece a la Administración ni al Gobierno central.

Esto va a tener importancia para el análisis que se desarrollará más adelante, pues si tanto el Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, órgano que es de la exclusiva confianza del Presidente de la República, como el Director Regional del Servicio de Impuestos Internos, que depende jerárquicamente del Presidente de la República en una línea directa ascendente vía Director del Servicio de Impuestos Internos, Ministro de Hacienda, para llegar al Presidente, han sido considerados tribunales especiales de justicia por el Tribunal Constitucional y por gran parte de la doctrina constitucional del país, en este caso estamos frente a un órgano independiente del Gobierno y la Administración, lo que podría facilitar la conclusión de que en ciertos casos puede desarrollar una función jurisdiccional.

## *2. Sistema de nombramiento de los consejeros del Consejo para la Transparencia*

El artículo 36 de la Ley de Transparencia indica que *La dirección y administración superiores del Consejo corresponderán a un Consejo Directivo integrado por cuatro consejeros designados por el Presidente de la República, previo acuerdo del Senado, adoptado por los dos tercios de sus miembros en ejercicio. El Presidente hará la proposición en un solo acto y el Senado deberá pronunciarse respecto de la propuesta como una unidad.*

De acuerdo con esta disposición, podemos decir que en el nombramiento de los Consejeros intervienen dos de los tres poderes tradicionales del Estado, el Ejecutivo y el Legislativo. Se prescinde en el

nombramiento de la intervención del Poder Judicial o, si se quiere, de la Corte Suprema y de las Cortes de Apelaciones, que son los tribunales del Poder Judicial que concurren al procedimiento de designación de los jueces que forman parte de la organización judicial, según la previsión del artículo 78 CPR.

Hay aquí una primera dificultad para considerar al Consejo como tribunal y a los consejeros como jueces, pues la Constitución Política de la República exige en su artículo 78 que en la designación de los jueces siempre intervenga la Corte Suprema o las Cortes de Apelaciones. Si bien la Constitución se refiere en estos casos al nombramiento de los Ministros de la Corte Suprema y de las Cortes de Apelaciones y jueces de los juzgados de letras, podría entenderse que esta exigencia constitucional es aplicable a todo juez de la República, lo que, de conformidad con la Ley de Transparencia, no sucede con los consejeros del Consejo. Por lo tanto, el sistema de nombramiento de los consejeros impediría, de conformidad a la normativa constitucional vigente, considerarlos como verdaderos jueces.

Sin embargo, puede darse una interpretación diversa al artículo 78 CPR. Esa interpretación dirá que la Constitución Política de la República solo regula la designación de jueces con participación de la Corte Suprema o de las Cortes de Apelaciones, además de otros poderes del Estado, tratándose de ministros de la Corte Suprema, Cortes de Apelaciones y jueces de letras (art. 78 CPR). No hay exigencia constitucional en la designación de los miembros de otros tribunales de justicia, fuera de los que expresamente designa la Constitución, sea que éstos pertenezcan al Poder Judicial o estén situados fuera de éste.

Ahora bien, analizando esta última interpretación, señalaré que sin perjuicio de que sea plausible sostener que no existe exigencia constitucional para designar a los miembros de esos demás tribunales que pueda crear el legislador, éste debería regular la designación de

esos jueces bajo la vigencia del principio de independencia judicial y la doctrina de la separación de poderes. Ese principio y doctrina aconsejarán que el sistema de designación de los miembros del tribunal en cuestión, no sea realizado por un solo poder del Estado, con especial referencia al Poder Ejecutivo, pues ha sido históricamente éste el que más conculcaciones ha propinado a la independencia judicial<sup>14</sup>.

No debe ser un solo poder político del Estado el que designa a los jueces (Ejecutivo o Legislativo), pues es inevitable que se puedan producir ligazones o vínculos de dependencia entre quien designa y la persona designada.

De este modo, es menester señalar que los consejeros del Consejo para la Transparencia son designados de una manera tal que no se produce una dependencia ni vinculación directa entre ellos y el Presidente de la República ni el Senado. El sistema permite presuponer independencia del Consejo para un imparcial desarrollo de sus funciones.

En este mismo sentido, un sector de la doctrina nacional ha dicho que el sistema de nombramiento de los consejeros se asemeja al del Consejo Nacional de Televisión, el Directorio de Televisión Nacional de Chile y el Consejo de Alta Dirección Pública, pero a diferencia de aquéllos, no existe en este caso un integrante designado por el Presidente de la República, lo que transforma al Consejo para la Transparencia en una entidad todavía más autónoma<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Vid. BALBONI, ENZO, "Potere politico e funzione giurisdizionale: Il fondamento costituzionale", en *La riforma dell'ordinamento giudiziario tra indipendenza della magistratura e primato della politica*, Giuffrè, Milán, 2006, p. 56.

<sup>15</sup> Vid. RAJEVIC, ENRIQUE, "Una nueva vuelta de tuerca en materia de acceso a la información: La Ley 20.285 de 2008", en *Gaceta Jurídica*, n° 338, p. 9.

### *3. Duración en el cargo de los consejeros del Consejo para la Transparencia*

Sobre la duración en el cargo de los consejeros, hay que indicar que no existe respecto de ellos un régimen de inamovilidad equiparable al que ostentan los jueces de los tribunales que integran el Poder Judicial, de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 80 de la Constitución Política de la República. Los jueces chilenos, recordémoslo, permanecen en sus cargos mientras dure su buen comportamiento. Ahora bien, la Corte Suprema puede determinar que los jueces no han tenido buen comportamiento y removerlos (art. 80 inc. 3º CPR). Igual remoción puede hacer el Senado conociendo de una acusación constitucional por notable abandono de deberes, en el caso de los magistrados de los tribunales superiores de justicia (art. 53 nº 1 CPR). En este sentido, la inamovilidad judicial en nuestro país es bastante relativa.

En el caso que nos ocupa ahora, el inciso segundo del artículo 36 de la Ley de Transparencia prescribe que *Los consejeros durarán seis años en sus cargos pudiendo ser designados sólo para un nuevo período. Se renovarán por parcialidades de tres años.*

Dentro de los motivos por los cuales los consejeros cesan en el ejercicio de su cargo, el artículo 38 LT contempla:

- a) Expiración del plazo por el que fue designado.
- b) Renuncia ante el Presidente de la República.
- c) Postulación a un cargo de elección popular.
- d) Incompatibilidad sobreviniente, circunstancia que será calificada por la mayoría de los consejeros con exclusión del afectado.

Además de estos motivos de cesación en el cargo, se establece en el mismo precepto la posibilidad de que los consejeros sean removidos por la Corte Suprema, a requerimiento del Presidente de la República,

de la Cámara de Diputados mediante acuerdo adoptado por simple mayoría, o a petición de diez diputados, por incapacidad, mal comportamiento o negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones.

Esta es la única intervención que la Ley de Transparencia expresamente le atribuye al máximo tribunal del Poder Judicial respecto del Consejo para la Transparencia. Pongo énfasis en la idea de una atribución expresa de competencias, pues de preceptos constitucionales y legales, como se verá más adelante, la Corte Suprema puede tener otras atribuciones respecto al Consejo. Y en esta parte, hay que decir, los consejeros quedan en una situación similar a la del conjunto de los jueces de la República.

No deja de sorprender que, respecto de un órgano (Consejo para la Transparencia) que tiene una naturaleza en principio de tipo administrativa, la ley atribuya a la Corte Suprema la posibilidad de remover a sus integrantes. Algo indica que ante el Consejo no estamos frente a un típico órgano administrativo que responde solo ante las autoridades administrativas o de Gobierno. Esto es algo que debe tenerse presente en lo que sigue del análisis.

Ahora bien, hay que señalar que la designación de funcionarios por un período de tiempo determinado, dificulta, pero no impide, visualizar una naturaleza jurisdiccional en ellos.

La permanencia en el cargo de los jueces de manera indefinida, bajo la fórmula inglesa más que centenaria<sup>16</sup> del *during good behaviour* o mientras dure su buen comportamiento, es una garantía importante de independencia judicial, pues los jueces podrán desarrollar sus funciones sin preocuparse de cómo vivirán el día de mañana cuando dejen el cargo. La seguridad y estabilidad en el empleo, con la

---

<sup>16</sup> *Act of Settlement* de 1701.

significación económica que ello implica, es una de las garantías más importantes que tienen los jueces en un Estado de Derecho para poder desarrollar imparcialmente su función.

Sin embargo, el legislador chileno ha ido creando cada vez más cargos de jueces especiales nominados a plazo y no de manera permanente, en algunos casos con posibilidad de prorrogar el mandato y en otros no. No sólo los jueces del Tribunal Constitucional tienen un nombramiento a plazo (9 años), sino que también los que forman parte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (6 años) y los del Tribunal de la Contratación Pública (5 años), entre otros casos. Lo mismo sucederá, al parecer, con los miembros de los tribunales ambientales (6 años).

Hasta el momento, no hay ninguna declaración de inconstitucionalidad sobre la temporalidad del cargo de juez especial, por parte del Tribunal Constitucional.

#### *4. Carácter revocable o irrevocable de las decisiones del Consejo para la Transparencia*

De conformidad con el artículo 28 de la Ley de Transparencia, las resoluciones adoptadas por el Consejo para la Transparencia carecen de la irrevocabilidad propia de las decisiones jurisdiccionales, ya que pueden ser revisadas por la Corte de Apelaciones respectiva, a través del reclamo de ilegalidad. Cuando digo que las resoluciones del Consejo carecen de irrevocabilidad, me refiero al hecho que ellas siempre pueden ser controladas y, si procede, dejadas sin efecto por otro poder del Estado, como lo es la jurisdicción, si es que el afectado por ellas así lo requiere.

Este es un aspecto relevante, pues la irrevocabilidad es uno de los elementos esenciales de los actos jurisdiccionales. Lo que decide un

tribunal, agotados todos los recursos procesales que establezca la ley contra esa decisión, no puede ser cuestionado ni desobedecido por ningún otro poder del Estado, pudiendo el tribunal ordenar el cumplimiento de su decisión con el auxilio de la fuerza pública, si fuese necesario. En este sentido, la irrevocabilidad tiene estrecha relación con el concepto de cosa juzgada.

La cosa juzgada ha sido considerada por gran parte de la doctrina como requisito típicamente jurisdiccional. Puede entenderse que a eso se refiere nuestra Constitución cuando define la jurisdicción como la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas *y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley* (art. 76 CPR).

La cosa juzgada, en su dimensión activa, implica el derecho para pedir el cumplimiento forzado de una decisión judicial. Ello será así cuando esa decisión o sentencia judicial haya adquirido el carácter de irrevocable, o bien ejecutoriada o firme. Ello sucederá cuando no proceden recursos contra tal decisión judicial, o bien cuando existiendo tales recursos no se dedujeron dentro de plazo o en definitiva fueron rechazados por otro tribunal.

Dicho lo anterior, se debe señalar que lo que decide el Consejo puede ser revisado por otro poder del Estado -la jurisdicción-, lo que serviría para avalar la tesis que nos encontraríamos frente a una decisión de tipo administrativa y no jurisdiccional.

Sin embargo, también se puede considerar que, como estamos frente a un órgano independiente de los poderes políticos y, especialmente, de la Administración del Estado, que es el sujeto pasivo en este contencioso, la resolución que da el Consejo constituiría una primera instancia que puede ser impugnada, luego, ante una Corte de Apelaciones.



Es necesario recordar que parte de nuestra doctrina y jurisprudencia constitucional consideran que la actuación de la Administración que incide sobre un derecho de los particulares, es una decisión jurisdiccional de primera instancia, y que si la ley permite impugnar tal decisión ante un tribunal de justicia, esa intervención debe ser entendida como una impugnación de segunda instancia<sup>17</sup>.

Esta tesis no es aceptada por toda nuestra doctrina, pues cuando se reclama una decisión de la Administración ante un tribunal de justicia, debe entenderse -se dice-, que recién aquí comienza la fase jurisdiccional, pues antes se estaba en sede administrativa<sup>18</sup>.

Esta última parece ser a mi juicio la posición correcta. Cuando se impugna un acto de una autoridad administrativa ante un tribunal de justicia, la impugnación judicial da lugar a un proceso judicial de única o primera instancia, según sea el caso, pero nunca puede ser considerada una segunda instancia revisora de lo fallado por una autoridad administrativa.

---

<sup>17</sup> Enrique Evans sostiene que cuando la Administración impone sanciones, priva de bienes a sus dueños, desconoce el derecho de asociación negando arbitrariamente la personalidad jurídica, etc., esa Administración ejerce jurisdicción, y el reclamo ante la justicia ordinaria no es más que la continuación de ese proceso jurisdiccional que se inició ante la Administración, ahora ante un órgano judicial de superior jerarquía. De este modo, es perfectamente plausible sostener que respecto del Consejo para la Transparencia, que no es la Administración tradicional, sino un órgano autónomo, con funciones administrativas y jurisdiccionales, los reclamos que se hagan de sus decisiones jurisdiccionales ante la justicia ordinaria, en este caso ante las Cortes de Apelaciones, pueden ser consideradas como una segunda instancia revisora de la primera instancia desarrollada ante el Consejo. Para la tesis del autor citado, remito a EVANS, ENRIQUE, *Los derechos constitucionales, Tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, Santiago, 2004, p. 144.

<sup>18</sup> Vid. MUÑOZ, NATALIA, "Facultades de control jurisdiccional radicadas en entes ajenos al Poder Judicial. Consideraciones críticas acerca de estas competencias"; en *Derecho Administrativo chileno*, Pantoja, R. (coordinador), Editorial Porrúa, México D. F., 2007, p. 899.

No puede haber actividad jurisdiccional previa ante un órgano de la Administración que carece de independencia y, por lo tanto, de la debida imparcialidad en el caso concreto. Ello es contrario al artículo 76 CPR y al derecho fundamental de todas las personas al debido proceso que reconoce el art. 19 n° 3 inc. 5° CPR.

Cuando la Administración resuelve un asunto, imponiendo sanciones o determinando derechos de las personas, ejerce en ese caso una actividad administrativa sancionatoria o resolutive que, de conformidad con nuestra Carta Constitucional (art. 38 inc. 2° CPR), puede ser revisada por un tribunal de justicia mediante un proceso de única o primera instancia, según lo determine el legislador.

La ley no puede entregar válidamente el conocimiento en primera instancia de una reclamación de una persona contra la Administración del Estado, a órganos que tengan vínculos de dependencia con esa Administración, pues tal ley, a mi juicio, es contraria a la Constitución.

Ahora bien, ante el Consejo nos encontramos en una situación distinta, pues se trata de un órgano independiente del Gobierno y de la Administración, situación que podría dar pie para entender que en este caso nos situaríamos ante un órgano que sí puede ejercer una función jurisdiccional como tercero imparcial, conociendo de un proceso judicial de primera instancia.

Una posible objeción a la tesis afirmada precedentemente, diría que el Consejo si bien puede conocer de la reclamación de manera imparcial, pues su independencia se lo permite, no lo hace de manera neutral, pues este órgano tiene por fin *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* (art. 32 LT), por lo que no

se comportaría como un tribunal de justicia y sí como un órgano de tipo administrativo.

Respecto a este punto, hay que decir que la neutralidad tampoco es exigida para los jueces. A éstos sólo se les exige independencia e imparcialidad<sup>19</sup>, mas no neutralidad. No es posible en ningún ser humano, jueces incluidos, fallar con total desapego afectivo o ideológico respecto de los intereses en conflicto<sup>20</sup>. Es perfectamente lícito que el juez coincida afectiva o ideológicamente con la posición de una de las partes del proceso, pero lo que no se puede admitir es que la voluntad del juez o su ideología termine por prevalecer respecto del mandato general expresado en la ley.

De este modo, un juez que coincide con una de las partes del proceso, es decir, no es neutral respecto de los intereses en juego, puede perfectamente ser imparcial, si se sobrepone a su esfera subjetiva y decide en definitiva según la voluntad popular plasmada democrática y jurídicamente.

Aún más, de conformidad con nuestra carta constitucional, no se puede predicar neutralidad de ningún poder público, incluidos los jueces, pues todo órgano público debe respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana garantizados por la Constitución y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes (art. 5º CPR). Se puede sostener que existiendo un derecho fundamental involucrado en una controversia

---

<sup>19</sup> Vid. COMOGLIO, LUIGI PAOLO, *Etica e tecnica del "giusto processo"*, Giappichelli, Turín, 2004, p. 287; PICÓ I JUNOY, JOAN, *Las garantías constitucionales del proceso*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 133. En el contexto americano véase ABREU, ALIRIO, "Independencia judicial (jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 13, 2007, p. 643.

<sup>20</sup> Vid. PEDRAZ, ERNESTO, *Derecho procesal penal, tomo I, principios de derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 2000, p. 210.

jurídica, los jueces tienen el deber constitucional de velar para que ese derecho fundamental pueda ser ejercido por su titular.

De este modo, puede entenderse que el Consejo es independiente respecto de los poderes políticos, lo que posibilita que resuelva de manera imparcial los amparos sometidos a su conocimiento y decisión, aunque desarrolle tal función sin total neutralidad. Tiene de este modo una regulación orgánica, en lo esencial, parecida a todo tribunal de la República.

Ahora bien, además de no neutral, podría sostenerse que el Consejo nunca conocerá de los reclamos o amparos deducidos ante él de una manera imparcial, pues ante él se presenta siempre la satisfacción de un interés público para el cual ha sido creado el órgano<sup>21</sup>. Es decir, en este caso se señala que el Consejo carece de imparcialidad, concepto que se lo utiliza de un modo similar al de neutralidad, como se indicaba anteriormente. Ese interés público será la *promoción de 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* (art. 32 LT). Y sin imparcialidad, dirá Eduardo Aldunate, jamás podríamos estar frente a un órgano que ejerce jurisdicción, pues la *nota característica de la actuación jurisdiccional es la imparcialidad*<sup>22</sup>. Esta tesis dirá que la Administración del Estado jamás podrá resolver algún asunto con imparcialidad.

Lo anterior no se condice con la propia ley que regula la actuación de la Administración, pues el artículo 11 de la Ley nº 19.880

---

<sup>21</sup> Cfr. ALDUNATE, EDUARDO, "El concepto de jurisdicción en la Constitución Política. Notas sobre la importación de conceptos constitucionales hacia el procedimiento administrativo", en *Acto y procedimiento administrativo. Actas de las Segundas Jornadas de Derecho Administrativo*, AA.VV., Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2007, p. 17

<sup>22</sup> Vid. *Ibid.* p.16.

sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de la Administración del Estado (en adelante LBPA), establece que la Administración debe actuar bajo el principio de imparcialidad (art. 11).

Alguna doctrina precisará este fenómeno señalando que si bien la Administración no puede ser imparcial, en la medida que busca la satisfacción de intereses públicos, el funcionario en concreto que actúa debe ser imparcial<sup>23</sup>. Es el funcionario público el que debe ser imparcial, pues debe siempre actuar en el interés general del Estado y no por intereses privados o de terceros<sup>24</sup>.

De este modo, si bien podemos concordar en que la Administración no podrá ser imparcial, al mismo nivel que los jueces, en el caso del Consejo para la Transparencia la situación es distinta, pues tiene funciones que ejecuta directamente para la satisfacción de un interés público, pero tiene otras funciones (v. gr. art. 32 b) LT), en las que aparece como un tercero que media entre la pretensión de un sujeto que reclama y la resistencia de un sujeto pasivo, resolviendo tal controversia según lo que prescribe la ley.

Se comporta de este modo el Consejo en algunas de sus competencias, como un órgano de tipo administrativo que busca la satisfacción de determinados intereses que la ley ha puesto bajo su tutela, pero en otras, como es el caso de los reclamos o amparos que debe conocer y resolver, actúa como un tercero que media entre los intereses de dos partes, desarrollando así una función típicamente jurisdiccional.

Lo anterior trae aparejado como consecuencia que si la decisión del Consejo no es reclamada ante una Corte de Apelaciones, puede

---

<sup>23</sup> Vid. MONTERO AROCA, JUAN, ET. AL. *Derecho Jurisdiccional. I. Parte General*, Tirant lo Blanch, novena edición, Valencia, 1999, p. 137.

<sup>24</sup> Vid. RICCI, GIAN FRANCO, *Principi di Diritto Processuale Generale*, Giappichelli, Tercera Edición, Turín, 2001, p. 8.

entenderse que ella adquiere el carácter de decisión judicial irrevocable, ejecutoriada o firme (art. 46 LT), desde que transcurre el plazo de 15 días corridos que se tenía para reclamarla, contado desde la notificación de la misma (art. 28 inc. 4º LT).

Si la decisión del Consejo adquiere la calidad de irrevocable, ejecutoriada o firme, él mismo podría ordenar su cumplimiento forzoso. Creemos que para hacer ejecutar la decisión del Consejo no es necesario aplicar supletoriamente el artículo 238 CPC que dispone que *cuando se trate del cumplimiento de resoluciones no comprendidas en los artículos anteriores, corresponderá al juez de la causa [Consejo] dictar las medidas conducentes a dicho cumplimiento, pudiendo al efecto imponer multas que no excedan de una unidad tributaria mensual o arresto hasta de dos meses, determinados prudencialmente por el tribunal, sin perjuicio de repetir el apremio*. No es necesario aplicar esta normativa procesal, pues la Ley de Transparencia ya establece sanciones para el incumplimiento de lo ordenado por el Consejo por resolución firme, que puede consistir en multa de 20% a 50% de la remuneración correspondiente de la autoridad o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado requerido, que podrá duplicarse en el monto y agregarse una suspensión en el cargo por un lapso de cinco días, si persistiere en su actitud rebelde (art. 46 LT).

##### *5. Consejo para la Transparencia: Naturaleza similar a las agencias administrativas independientes anglosajonas*

El Consejo para la Transparencia presenta las características propias de las denominadas agencias independientes u órganos administrativos autónomos, típicamente del *common law* y especialmente del derecho estadounidense. Se trata de organismos que desarrollan funciones normativas, administrativas y jurisdiccionales, entrelazando funciones de los tres poderes del Estado. Así, estas agencias controlan, garantizan, y en algunos casos resuelven que las

reglas objetivas de ciertos sectores de la sociedad funcionen adecuadamente, lo que hace que el criterio para determinar su naturaleza se torne especialmente complejo.

Las *administrative agencies* estadounidenses se caracterizan por una elevada independencia respecto del control del Ejecutivo, dada la intervención del Senado en el nombramiento de los *commissioners* y su inamovilidad por el período fijo de duración de su cargo. Tienen potestades de creación de normas generales y abstractas (potestad de *rulemaking*), así como de adoptar decisiones destinadas a producir efectos vinculantes respecto de uno o más sujetos determinados, que resultan afectados individualmente por ellas (*adjudication*). Por ello, en esta última parte, esa función ha sido considerada de tipo cuasi-judicial<sup>25</sup>, lo que a ante los ojos de nuestra doctrina constitucional mayoritaria y jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es claramente jurisdiccional.

La existencia de estas facultades de tipo jurisdiccional en cabeza de órganos que no son formalmente cortes de justicia, ha generado un amplio debate en los Estados Unidos de Norteamérica. Una de las últimas decisiones más relevantes en esta materia es la recaída en *Commodity Futures Trading Commission v. Schor* (478 U.S. 835 [1986]), donde la Corte Suprema estadounidense define la función jurisdiccional, más que en aspectos formales, en propósitos sustantivos, como lo son la protección del rol de un poder judicial independiente en el esquema constitucional y el asegurar siempre a los ciudadanos que sus causas sean resueltas por jueces libres de una potencial dominación por los otros poderes.

En este sentido, para la Corte Suprema de los Estados Unidos, lo que decida una agencia autónoma será válido constitucionalmente, en

---

<sup>25</sup> Vid. PIERCE, RICHARD, *Administrative Law Treatise*, Aspen Law & Business, Nueva York, 2007, p. 116.

la medida que quien decida pueda ser considerado independiente de los poderes políticos y, además, que esa decisión pueda ser sometida a revisión judicial por parte de la misma Corte<sup>26</sup>. Esencial en todo ello será que se aseguren las garantías procesales y orgánicas previstas en los estatutos normativos de las agencias administrativas autónomas, para garantizar así un juicio imparcial<sup>27</sup>.

En este sentido, en los Estados Unidos de Norteamérica se ha considerado válido que las agencias administrativas autónomas desarrollen funciones del tipo jurisdiccional, aunque no se trate de auténticos tribunales de justicia. No habría nada contrario a la Constitución Política de la República en ello.

Nos parece que respecto del Consejo para la Transparencia, se pueden predicar precisamente esos rasgos distintivos de las agencias administrativas autónomas: Se trata de un ente encargado de promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y garantizar el derecho de acceso a la información. Dentro de la amplia gama de competencias que la ley de otorga, se incluye la facultad de resolver reclamaciones relacionadas con el acceso a la información pública de sujetos concretos y singulares (*adjudication*).

Si bien, como he sostenido, el Consejo puede ser comprendido como un órgano principalmente de tipo administrativo, se trata de un organismo autónomo consagrado como un ente políticamente independiente respecto del conjunto de los poderes públicos, sujeto únicamente a la autoridad de la ley, por lo que respecto de su atribución de resolver reclamaciones no podría predicarse parcialidad, o que se trate de un órgano que al mismo tiempo es juez y parte, como sí ocurre con otros procedimientos de resolución de casos efectuados

---

<sup>26</sup> Vid. PIERCE, RICHARD, op. cit. p. 122.

<sup>27</sup> Vid. VERKUIL, PAUL, "Separation of powers, the rule of law and the idea of independence", en *William and Mary Law Review*, Vol. 30, 1988, *passim*.



por órganos administrativos o de Gobierno. Este hecho lleva a que, tal como ocurre con otros órganos con las mismas características, el Consejo desarrolle en algunos casos funciones de tipo administrativo y, en otros casos, de tipo jurisdiccional.

Esta concepción de agencia administrativa autónoma consta, por lo demás, en la historia de la Ley. Al respecto, en el Informe de la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización del Senado, se indica que *el señor Pedro Anguita expresó que dentro de las propuestas, tal como ha sido la experiencia en el derecho comparado, la existencia de un órgano administrativo autónomo e independiente resulta esencial para la operatividad de la ley. Recientes leyes de acceso a la información dictadas en Gran Bretaña y México crean tal instancia administrativa. La omisión de un órgano administrativo dejaría sólo la instancia de revisión judicial, lo cual supone una barrera de entrada a un número significativo de ciudadanos. Dentro de las atribuciones del ente estatal debiera incluirse la competencia para conocer y resolver las negativas e impugnaciones de acceso a la información que dictaminen los órganos públicos requeridos. Una condición esencial para el adecuado funcionamiento de estos órganos, es la creación de un estatuto que le asegure autonomía de la Administración del Estado, y que debe estar integrada por personas independientes*<sup>28</sup>.

Entendiendo que estamos frente a un órgano o agencia independiente y si seguimos los criterios dados por la Corte Suprema estadounidense para valorar la actividad de estas agencias, que por cierto van más allá de nuestro Tribunal Constitucional, al preguntarse no sólo por la función que desarrolla el órgano para considerarla o no jurisdiccional, sino también por las garantías procesales y orgánicas que permitan asegurar la libertad de los sujetos frente al poder político, el Consejo para la Transparencia, al resolver, fundadamente y con

---

<sup>28</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la Ley nº 20. 285, Informe de la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización del Senado, p. 31.

independencia de los poderes políticos activos (Ejecutivo y Legislativo), los reclamos por denegación de acceso a la información que le sean formulados de conformidad a la Ley de Transparencia, desarrolla una función de tipo jurisdiccional.

Lo anterior no impide considerar que en las demás competencias reconocidas por el artículo 33 LT al Consejo, le sean aplicables directa o supletoriamente normas de carácter administrativo, pues pese a ser un ente autónomo, es posible considerar que su naturaleza más esencial sea la de un órgano de tipo administrativo.

Lo afirmado hasta aquí no debe entenderse como una situación que en lo personal considere satisfactoria. En otros trabajos he sido especialmente crítico respecto de la organización judicial chilena y de la interpretación que la doctrina y jurisprudencia constitucional han realizado sobre el concepto de jurisdicción y tribunales de justicia<sup>29</sup>. En todos esos trabajos he rechazado tajantemente que la Administración adquiera en algunos casos la fisonomía y cumpla una función jurisdiccional, pues aunque existan preceptos constitucionales que den a entender que existen *órganos que ejercen jurisdicción* (art. 19 n° 3 inc. 5° CPR), lo que podría entenderse como una categoría aplicable a cualquier órgano del Estado, esa disposición constitucional debe interpretarse lógica y sistemáticamente con otros preceptos

---

<sup>29</sup> Pueden verse mis críticas sobre estos puntos en BORDALÍ, ANDRÉS, “Análisis crítico de la función e independencia judicial en el derecho chileno”, en *La judicatura como organización*, Couso, J. / Atria, F. (coordinadores), Expansiva, Instituto de Estudios Judiciales, Santiago de Chile, 2007, pp. 57 a 82; BORDALÍ, ANDRÉS, “La doctrina de la separación de poderes y el Poder Judicial chileno”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXX – 2008, pp. 185 a 219; BORDALÍ, ANDRÉS, “Organización judicial en el derecho chileno: Un poder fragmentado”, en *Revista Chilena de Derecho*, mayo – agosto 2009, Vol. 36 – n° 2, pp. 215 a 244; BORDALÍ, ANDRÉS, “El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXIII – 2009, segundo semestre, pp. 263 a 302.

constitucionales. En efecto, el artículo 19 n° 3 inc. 5° CPR exige un debido proceso en la actuación de los órganos jurisdiccionales, lo que incluye el derecho a un tribunal independiente e imparcial, rasgo que nunca podrá predicarse de la Administración del Estado. Asimismo debe tenerse siempre presente el artículo 76 CPR, que consagra el principio de independencia judicial y de separación de poderes.

Sin embargo, frente al Consejo para la Transparencia no estamos frente a la Administración del Estado, sino ante un órgano o agencia administrativa independiente. La existencia de estas agencias autónomas en nuestro sistema jurídico, debería obligar al legislador a regular sus competencias de una manera tal que pudieran coordinarse con las funciones de otros poderes del Estado, cuestión que al día de hoy no ha realizado este poder del Estado. Por ello, no se puede pedir claridad extrema a cualquier intérprete en determinar las consecuencias jurídicas de sus funciones reguladas legalmente. Algunas de ellas serán de tipo administrativas y otras de tipo jurisdiccional, y es probable que se entremezclen las regulaciones de ambos tipos.

De este modo, no es de extrañar que se le entregue a la Corte Suprema la facultad de remover a los consejeros del Consejo para la Transparencia, como si fuesen jueces, pero también no es de extrañar que el Reglamento de la Ley de Transparencia contenido en el Decreto Supremo n° 13/2009, de la Secretaría General de la Presidencia, regule la reclamación o amparo ante el Consejo como *Procedimiento Administrativo del Derecho de Acceso a la Información* (art. 24 y Título III), como si de actos administrativos se tratase.

Ideal a mi juicio es que la función jurisdiccional la desarrollen exclusivamente tribunales que pertenezcan al Poder Judicial, como sucede en países como España. Pero en Chile estamos lejos de ello, pues los tribunales del Poder Judicial son solo una pequeña parte del conjunto de los tribunales de justicia que existen en el país.

De una manera bastante aislada en la dogmática constitucional y procesal chilena, me he manifestado en los trabajos citados precedentemente, contrario a que la Administración pueda ejercer la función jurisdiccional, por respeto del derecho fundamental de todas las personas a un tribunal independiente e imparcial y por respecto también de los principios constitucionales de independencia judicial y de separación de poderes. Sin embargo, no puedo negar que en el caso del Consejo para la Transparencia, esas objeciones constitucionales no rigen del mismo modo que respecto del poder administrativo y político, pues a diferencia de estos últimos, ante el Consejo existe autonomía o independencia.

Ahora bien, cuando llego a la conclusión que el Consejo para la Transparencia es un órgano que ejerce en algunos casos jurisdicción, no sigo la tesis sustentada por nuestro Tribunal Constitucional, en el entendido que estos órganos son tribunales especiales situados fuera del Poder Judicial. Órgano que ejerce jurisdicción y tribunal de justicia no son sinónimos.

Si el artículo 19 n° 3 inciso 5º CPR recoge la expresión *órgano que ejerce jurisdicción*, lo hace para aplicarle a todo tribunal, órgano político gubernamental o administrativo, las reglas de un debido o racional y justo proceso, lo que a mi modo de ver, como explicaré más adelante, significa simplemente una proscripción de la arbitrariedad en el trato que debe dar Estado a los ciudadanos.

Pero el que se le deba exigir a un órgano que ejerza jurisdicción una regulación que respete un debido proceso, ello no transforma a ese órgano en tribunal de justicia, ni hace exigible a él una aplicación íntegra y supletoria de la legislación procesal vigente.

Lo anterior quiere decir que los tribunales de justicia que forman parte del Poder Judicial, tendrán su propia organización y reglas

procesales dadas por el Código Orgánico de Tribunales y códigos procesales respectivos. Los tribunales especiales situados fuera del Poder Judicial, tendrán las reglas orgánicas y procesales que sus leyes especiales establezcan, y les serán aplicables supletoriamente las reglas orgánicas (art. 5º inc. 4º Código Orgánico de Tribunales) y las procesales (arts. 1º y 3º Código de Procedimiento Civil). Mientras que los órganos que ejerzan jurisdicción, se regirán por sus propias leyes especiales a las que se les aplicarán supletoriamente las leyes que correspondan, las que serán normalmente de Derecho Administrativo. En todo caso, esas leyes deberán respetar las garantías mínimas de un debido proceso a modo de proscribir la arbitrariedad en la actuación del órgano.

El concepto de debido proceso no está definido de manera precisa por nuestra Carta Fundamental, para no darle rigidez al término, permitiendo al contrario darle dinamismo y actualización vía desarrollo legislativo e interpretación judicial. El debido proceso puede entenderse como un principio constitucional<sup>30</sup> orientador de la actividad del legislador y de los tribunales de justicia del país.

El debido proceso ante todo tribunal de justicia y órgano que ejerce jurisdicción, sostuvo la Comisión de Estudio de una Nueva Constitución en sus sesiones 100 y siguientes, debe permitir el oportuno conocimiento de la acción, o más correctamente de la pretensión deducida por el actor, una adecuada defensa y libre producción de la prueba que corresponda, la publicidad de las actuaciones, el emplazamiento, el examen y objeción de la prueba rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad como regla general para interponer recursos, el pronunciamiento de los fallos dentro de los plazos previstos en la ley y la fundamentación de las sentencias con arreglo al sistema jurídico en vigor.

---

<sup>30</sup> Vid. ZAPATA, PATRICIO, *Justicia constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p. 568.

No se trata de requisitos mínimos ni los únicos de un debido proceso, sino solo de elementos que ejemplifican los requisitos de un proceso debido.

Esto quiere decir que un proceso ante un órgano que ejerce jurisdicción, podrá tener las reglas procedimentales que establezcan su respectiva ley o su organización o dirección interna, con tal que se respete en ese procedimiento y organización las reglas básicas de un proceso debido, en cuanto les sean aplicables.

En esta misma línea, ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que la cláusula del debido proceso que es la que regula el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, *no se aplica solamente a jueces y tribunales judiciales. Las garantías que establece esta norma deben ser observadas en los distintos procedimientos en que los órganos estatales adoptan decisiones sobre la determinación de los derechos de las personas, ya que el Estado también otorga a autoridades administrativas, colegiadas y unipersonales, la función de adoptar decisiones que determinen derechos [...] de esta forma, las garantías contempladas en el artículo 8.1. de la Convención son también aplicables al supuesto en que alguna autoridad pública adopte decisiones que determinen tales derechos, tomando en cuenta que no le son exigibles aquellas propias de un órgano jurisdiccional, pero sí debe cumplir con aquellas garantías destinadas a asegurar que la decisión no sea arbitraria*<sup>31</sup>.

De esta manera, la Corte Interamericana de Derechos Humanos asume un concepto sustantivo de debido proceso, aplicable a todo órgano público que tome decisiones que incidan sobre los derechos de las personas. En este caso, el órgano público chileno en cuestión era el Comité de Inversiones Extranjeras, vinculado a la Administración del

---

<sup>31</sup> Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 19 de septiembre de 2006, causa Claude Reyes y otros v/s Chile.

Estado. Considera la Corte Interamericana que en este caso no estamos frente a un tribunal de justicia y, por ello, no se le puede exigir todos los elementos de un debido proceso procesal propio de la actividad estrictamente judicial. Esto quiere decir que a la Administración del Estado, cuando decide sobre un derecho o interés de una persona, podremos exigirle que escuche a la parte afectada y que fundamente su decisión, entre otras cosas, pero no se le podrá exigir, obviamente, que desde el punto de vista orgánico sea un *tribunal de justicia independiente e imparcial*.

En relación a este punto, estoy de acuerdo con lo que sostiene Eduardo Aldunate<sup>32</sup>, en el sentido de lo inapropiado de la utilización del concepto de racional y justo procedimiento o debido proceso, a la Administración del Estado. En realidad, lo que corresponde exigir aquí es que el Estado, en sus diversas manifestaciones, funcione de una manera no arbitraria. Así, esa garantía de interdicción de la arbitrariedad de los tribunales de justicia, se encuentra consagrada bajo el principio del debido proceso. Pero para el poder legislativo y especialmente para el Ejecutivo, bastaría con asegurar, como lo hace la Constitución española en su artículo 9.3, un principio general de *interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*, sin que sea necesario recurrir a la idea de debido proceso, en su faceta sustantiva.

---

<sup>32</sup> Vid. ALDUNATE, EDUARDO, “El concepto de jurisdicción en la Constitución Política. Notas sobre la importación de conceptos constitucionales hacia el procedimiento administrativo”, op. cit. p. 16.

## *6. El Consejo para la Transparencia como órgano que ejerce jurisdicción*

### *6.1. Reglas que rigen el procedimiento ante el Consejo para la Transparencia*

El procedimiento por el que se rige la reclamación ante el Consejo está regulado en los artículos 24, 25, 26 y 27 LT. Estos artículos de la Ley de Transparencia respetan en lo esencial un procedimiento respecto del cual se pueda decir que es racional y justo o debido. O bien, se puede decir que el legislador dispuso un procedimiento ante el Consejo para la Transparencia, donde está proscrita la arbitrariedad. En efecto, el reclamante puede deducir su pretensión ante el Consejo, debiendo acompañar junto a su presentación los medios de prueba de que disponga. La reclamación se notifica al órgano de la Administración del Estado correspondiente y a los terceros involucrados, quienes podrán presentar descargos para defenderse de la pretensión deducida en su contra. Pueden adjuntar los antecedentes y medios de prueba de que dispongan, pudiendo el Consejo de oficio o a petición de parte fijar audiencias para la recepción de las pruebas. El Consejo debe fallar sobre el reclamo deducido. En contra de la resolución del Consejo procede un recurso de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones competente.

Por otra parte el artículo 34 LT exige publicidad y fundamentación en todos sus actos y resoluciones.

Como se puede observar, cumple el procedimiento ante el Consejo para la Transparencia con los elementos necesarios de un debido proceso. En otros aspectos que escapen de una exigencia de debido proceso, como cómputo de los plazos, comparecencia con abogado o no, etcétera, hay que decir que habrá de estarse a lo que su ley disponga o, en su defecto, las leyes administrativas supletorias.



Puede entenderse de este modo, que ante el Consejo, los plazos de días se suspenden los días sábados, domingos y festivos, según lo prescrito por el artículo 25 LBPA.

Por otra parte, ante los órganos que no son propiamente tribunales de justicia, no le es exigible la obligación de comparecer con el patrocinio y poder de abogado o habilitado, que exige la ley nº 18.120.

Son estas algunas de las consecuencias de entender que estamos frente a un órgano que ejerce jurisdicción y no ante un tribunal de justicia.

*6.2. El Consejo para la Transparencia como eventual legitimado activo en el Recurso de Inaplicabilidad de las Leyes ante el Tribunal Constitucional*

Otra de las consecuencias que es posible deducir de la naturaleza de órgano jurisdiccional del Consejo, cuando conoce de un reclamo por denegación de acceso a la información o vulneración de las obligaciones de transparencia activa, es que eventualmente, podría deducir un Recurso de Inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional.

El estar legitimado activamente en este procedimiento constitucional dependerá si se lo considera o no tribunal de justicia.

Hay que tener presente que de conformidad con el artículo 93 inciso 28º CPR, pueden deducir un recurso o cuestión de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional, cualquiera de las partes o el juez que conoce del asunto.

En la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, artículo 79 inciso 1º, se hace referencia, como en el precepto

constitucional citado, al concepto de juez, mientras que el mismo artículo, en su inciso 3º y 4º, se refiere al tribunal, como sujeto legitimado activo.

Luego, tanto en el artículo 93 nº 6 CPR como en el artículo 81 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, se expresa que la inaplicabilidad puede interponerse respecto de cualquier gestión judicial en tramitación y en cualquier oportunidad procesal.

Al utilizar tanto la Constitución como la ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, expresiones tan abiertas y genéricas como “juez”, “tribunal” y “cualquier gestión judicial en tramitación”, no puede dudarse de que no es posible excluir a ningún juez o tribunal, en cualquier tipo de proceso o procedimiento, como legitimado activo en una cuestión de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional.

Lo que corresponde determinar, por lo tanto, es si el Consejo para la Transparencia, conociendo sobre las reclamaciones o amparos por denegación de acceso a la información, puede ser considerado como un juez o como un tribunal que conoce de gestiones judiciales.

El Tribunal Constitucional tiene un criterio bastante flexible para comprender la función jurisdiccional y el concepto de tribunal de justicia<sup>33</sup>, pues en algunos casos asimila órgano que ejerce jurisdicción con tribunal de justicia especial situado fuera del Poder Judicial.

De este modo, el Consejo para la Transparencia, cuando conoce de las reclamaciones que deducen las personas, puede ser comprendido, al menos para el Tribunal Constitucional, como un tribunal especial, por lo que podría legítimamente, en cualquier momento, antes de

---

<sup>33</sup> Vid. en igual sentido ALDUNATE, EDUARDO, *Jurisprudencia constitucional*, op. cit. p. 67.

resolver el asunto, deducir una cuestión de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional.

¿Cómo debería comparecer el Consejo ante el Tribunal Constitucional en una cuestión de inaplicabilidad?

La reglamentación sobre la comparecencia de los legitimados activos en la cuestión de inaplicabilidad es diferente, según se trate de las partes de una gestión judicial pendiente o del juez o tribunal que está conociendo de una gestión judicial cualquiera. En el primero caso, el artículo 42 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional exige, al presentarse la cuestión de inaplicabilidad, el patrocinio y representación de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión. En caso que la cuestión sea promovida por un juez o tribunal, no existe tal exigencia de patrocinio y representación. Pero del hecho que no sea exigible dicho patrocinio y poder, no debe colegirse necesariamente que esté prohibido para ese juez o tribunal comparecer con el patrocinio y el poder de un abogado.

¿Puede, de este modo, deducir el Consejo una cuestión de inaplicabilidad confiriendo patrocinio y poder a un abogado para que lo asesore y represente ante el Tribunal Constitucional?

Contestando tal pregunta, una primera respuesta dirá que mientras ello no esté prohibido, es legítimo que el Consejo lo pueda hacer. Sin embargo, creemos que una interpretación sistemática de la Constitución y las leyes, aconsejan que los jueces o tribunales que deducen una cuestión de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional, lo hagan sin el patrocinio y poder de un abogado.

Los abogados, como sostiene la ley, *son personas revestidas por la autoridad competente de la facultad de defender ante los Tribunales de Justicia los derechos de las partes litigantes* (art. 520 Código Orgánico de Tribunales). En el caso de un juez o tribunal que deduce una cuestión

de inaplicabilidad, hay que entender que no está solicitando la defensa de sus derechos ni de intereses que pudieran corresponderle, sino que lo hace para que se realice y afiance el principio de supremacía constitucional. Ni siquiera corresponde entender que los jueces tengan un “interés” en que rijan la supremacía constitucional, sino que es más apropiado entender que todo órgano público y todo juez, tienen el deber u obligación de velar por la supremacía de la Primera Norma.

Así lo ha entendido también el Tribunal Constitucional, cuando ha sostenido que la posición del juez que promueve la cuestión de inaplicabilidad es distinta a la de las partes, pues estos últimos procuran la tutela de un derecho subjetivo o interés legítimo, mientras que el juez sólo vela por la supremacía constitucional, dando cumplimiento al mandato del artículo 6º de la Constitución<sup>34</sup>.

Creemos de este modo que si un juez o tribunal deduce una cuestión de inaplicabilidad con el patrocinio y poder de un abogado habilitado, el Tribunal Constitucional está facultado para rechazar tal figura, proveyendo, por ejemplo, “no ha lugar por improcedente”.

Evidentemente, si se estimase que la función resolutoria del Consejo es de tipo administrativa antes que jurisdiccional, el Consejo carece de legitimación activa para deducir una cuestión de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional, pues tal legitimación sólo está reconocida a los jueces y tribunales.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado inadmisibles requerimientos de inaplicabilidad respecto de preceptos legales que se habían de aplicar en procedimientos seguidos ante órganos que no ha considerado tribunales de justicia, como sucedió en

---

<sup>34</sup> Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 24 de noviembre de 2008, rol nº 1029.

una gestión que estaba siendo conocida por la Superintendencia de Valores y Seguros<sup>35</sup>.

Pero tratándose de otros casos que son conocidos por superintendencias, el Tribunal Constitucional ha considerado que se trata de un tribunal de justicia y ha declarado admisibles requerimientos de inaplicabilidad<sup>36</sup>. Este es el caso del Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, quien como funcionario de la Superintendencia de Salud, conoce como árbitro arbitrador de los reclamos que deducen los afiliados contra una Isapre.

Como se puede ver, no hay un criterio muy claro en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para entender que estamos frente a un tribunal de justicia legitimado para deducir un requerimiento de inaplicabilidad.

Hay, sin embargo, dos cuestiones relevantes que se pueden extraer de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para entender que estamos frente a un tribunal de justicia: En primer lugar, que la ley denomine tribunal al órgano que resuelve un determinado asunto, como ocurre con los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos y el Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, pues en dichos casos la ley se refiere a ellos como tribunales y tribunal arbitral, respectivamente. En segundo lugar, que fallen un asunto como terceros, aunque no necesariamente imparciales, como ocurre con los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos.

En el caso del contencioso tributario se puede entender que las partes en conflicto son el Servicio de Impuestos Internos y el contribuyente, interviniendo como tercero el Director Regional del

---

<sup>35</sup> Vid. Resolución del Tribunal Constitucional de fecha 27 de junio de 2006, rol 514, considerando 6º.

<sup>36</sup> Existen muchos fallos en este sentido. Remito últimamente a la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 27 de enero de 2011, rol 1765-2010.

Servicio. En el caso del contencioso de salud previsional, el concepto de tercero en discordia es menos problemática, pues el funcionario de la Administración falla como tercero entre el afiliado y la Isapre.

El Consejo para la Transparencia no es denominado como tribunal por la Ley de Transparencia. Sin embargo, conoce como tercero imparcial de una controversia entre partes.

Es mi criterio que por mor de la vigencia del principio de supremacía constitucional, para efectos del artículo 93 n° 6 CPR, el Consejo para la Transparencia puede ser comprendido como una especie de *tribunal especial* legitimado activamente para deducir una cuestión de inaplicabilidad.

Para ello hay que tener presente además que la Constitución de 1980, tanto en su texto original de 1980 como en su reforma del año 2005, dispuso una extensión de la procedencia del Recurso de Inaplicabilidad respecto a su regulación en la Constitución de 1925, recurso que se puede deducir ahora en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial. Para efectos del artículo 93 n° 6 CPR, el procedimiento de reclamación o amparo ante el Consejo para la Transparencia puede ser considerada una gestión ante un *tribunal especial*.

### III. RECURSO DE RECLAMACIÓN O AMPARO ANTE EL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA

El artículo 24 de la Ley de Transparencia, en su inciso 1º, dispone que *Vencido el plazo previsto en el artículo 14 para la entrega de la documentación requerida [20 días hábiles, prorrogables por otros 10], o denegada la petición, el requirente tendrá derecho a recurrir ante el Consejo establecido en el Título V, solicitando amparo a su derecho de acceso a la información.*

Esta disposición además es aplicada para los casos en que los órganos de la Administración del Estado incumplan las normas relativas a transparencia activa, esto es, la obligación de publicar permanentemente ciertas informaciones por diferentes medios (artículo 8º LT).

### *1. Historia de la ley*

Es importante destacar que la norma contenida en el artículo 24 de la Ley de Transparencia fue modificada dentro de la discusión en el Congreso Nacional, ya que en un principio el precepto disponía que era competente para conocer de este amparo o reclamo del derecho de acceso a la información, el juez de letras en lo civil del domicilio del órgano o institución requerido, o del suyo propio.

Este cambio en la discusión legislativa puede interpretarse de dos maneras distintas. Una primera interpretación dirá que lo que se quiso al extraer estos amparos de la vía judicial y entregarlas al Consejo para la Transparencia, fue desjudicializar estos conflictos y facilitar el acceso a la información y publicidad de los actos de la Administración a los ciudadanos, evitándose la vía formal del proceso judicial y los costos que trae aparejado, como los honorarios de receptores judiciales y abogados, entre otros aspectos.

Otra interpretación posible dirá que lo que se quiso con el cambio legislativo, era garantizar la vía judicial a los ciudadanos, pero esta vez ante un órgano más especializado en garantizar el acceso a la información pública y con unos procedimientos más expeditos. Una especie de vía judicial ante un órgano administrativo, lo que en el derecho comparado la doctrina denomina función *cuasi jurisdiccional*, pues es una función de tipo jurisdiccional, pero no desarrollada por una corte de justicia sino por una agencia independiente. Sin embargo,

de conformidad con nuestra doctrina y jurisprudencia constitucional mayoritarias, esa función será considerada derechamente como jurisdiccional.

## *2. Opinión de la Corte Suprema*

Dentro de la discusión legislativa, se ofició a la Corte Suprema para solicitar su informe con respecto al proyecto de ley en discusión, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 77 de la Constitución Política de la República y 16 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.

La Corte Suprema, mediante Informe emitido por su Presidente, hizo presente su conformidad con el proyecto de ley, señalando que consideraba que resultaba evidente el fortalecimiento de la vía administrativa para solicitar el acceso a la información, reservando la vía jurisdiccional solamente para la segunda instancia (oficio N° 29, de 25 de enero de 2007). No obstante, dejó constancia del parecer de algunos Ministros en el sentido de mantener a la justicia civil como la primera instancia para el conocimiento de la solicitud de acceso a la información que fuere denegada por el órgano administrativo, y de otro de sus integrantes en cuanto a la necesidad de la creación de tribunales contencioso administrativos con competencia especial para el conocimiento de estos asuntos.

La opinión mayoritaria de la Corte Suprema parece seguir la tesis arraigada en nuestro derecho constitucional, propuesta entre otros autores por Enrique Evans, en el entendido que en este tipo de contencioso, participa en primer lugar la Administración y luego en



segunda instancia la justicia ordinaria, pero se trataría, según esta doctrina, de dos instancias jurisdiccionales<sup>37</sup>.

Esta tesis, como ya lo he señalado precedentemente, no puede ser compartida, en tanto la primera respuesta al ciudadano la dé la Administración, la que al carecer de independencia e imparcialidad, no podrá nunca hacer las veces de jurisdicción. No obstante, cobra más sentido cuando la primera respuesta la da un órgano que tiene independencia respecto de los poderes políticos y respecto del cual puede presumirse imparcialidad en el ejercicio de sus funciones, como ocurre con el Consejo para la Transparencia.

### *3. El procedimiento ante el Consejo para la Transparencia*

Además de garantizarse que el recurso de reclamación por denegación de acceso a la información pública será conocido por un órgano que debe ser considerado independiente de la Administración del Estado, que es el órgano que figura como sujeto pasivo en este contencioso, lo que permite presuponer una aplicación imparcial de la ley en el caso concreto, además, ante el Consejo se desarrolla un procedimiento que garantiza en sus aspectos más esenciales el respeto del debido proceso.

### *4. La resolución del Consejo para la Transparencia: Naturaleza y recursos que proceden contra ella*

Un aspecto importante a determinar, es la posibilidad de interponer recursos respecto de la resolución del Consejo por la que falla el reclamo. Al respecto, hay que entender que, si estimamos que conociendo y resolviendo este reclamo el Consejo se comporta como un órgano que ejerce jurisdicción, su resolución que falla el reclamo

---

<sup>37</sup> Vid. EVANS, ENRIQUE, op. cit. P. 144; también en un sentido similar VIVANCO, ÁNGELA, *Curso de Derecho Constitucional. Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980, tomo II*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2004, p. 319.

corresponde a una sentencia definitiva de primera instancia, pues mediante ella el Consejo pone fin a la instancia, resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio (art. 158 inc. 1º CPC).

¿Reconoce la Ley de Transparencia un recurso contra la resolución del Consejo? Sí, es el recurso de ilegalidad de competencia de la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante, que regula los artículos 28 y siguientes de la Ley de Transparencia. Si bien puede asumirse que corresponde a una segunda instancia, en cuanto permite revisar cuestiones fácticas y de derecho en relación a lo que falló el Consejo, este recurso no debe ser entendido como un recurso de apelación del modo en que tradicionalmente se entiende este recurso.

Hay varias cuestiones en el reclamo de ilegalidad que lo hacen diferente de un recurso de apelación. Desde luego, en este caso, el reclamo se deduce directamente ante la Corte de Apelaciones competente y no ante el órgano que dictó la resolución. Por otra parte, la regla de competencia aplicable acá no es la regla del grado, sino una regla especial de competencia, cual es la del domicilio del reclamante (art. 28 LT). Por otra parte, el recurso debe ser notificado por cédula al Consejo y al tercero interesado. Asimismo, en el recurso se puede abrir un término probatorio no residual, como sucede generalmente con el recurso de apelación, sino completo.

Es decir, hay varias disposiciones de la Ley de Transparencia que nos dan a entender que el reclamo que se puede deducir contra la resolución del Consejo no es propiamente un recurso de apelación. En esta parte, se asemeja más propiamente a un proceso impugnatorio de tipo autónomo de única instancia.

Esta regulación del reclamo como proceso judicial impugnatorio y no como recurso de apelación podría fortalecer, en principio, la tesis de que la decisión del Consejo es de tipo administrativa antes que jurisdiccional. Se trataría de una decisión administrativa que es posible

de revisar por un proceso judicial de única instancia. Sin embargo, hay que decir, no es ésta la tesis que asume nuestro Tribunal Constitucional ni un sector importante de la doctrina constitucional.

Tampoco puede ser aceptada la tesis de Enrique Evans<sup>38</sup> que sostendría que la primera instancia es la que se desarrolla ante el Consejo y la segunda instancia ante una Corte de Apelaciones, pues como ya he expresado, no hay propiamente una segunda instancia, salvo que se usen los términos apelación o segunda instancia en un sentido no técnico y sí como sinónimo de revisión amplia por otro tribunal.

Pero también puede entenderse que existen dos procesos judiciales autónomos distintos. Un proceso de única instancia ante el Consejo y un proceso de única instancia ante la Corte de Apelaciones competente.

¿Es válido sostener que en materia de acceso a la información pública el legislador haya previsto un proceso de tipo judicial ante el Consejo para la Transparencia y luego, no un recurso procesal, sino un proceso revisor o impugnatorio ante una Corte de Apelaciones?

En general, las experiencias comparadas demuestran que un proceso impugnatorio de tipo autónomo como competencia de la judicatura, contra una decisión previa, sólo procede contra actos o actuaciones de la Administración que actúa como tal. No es la regla entender que un proceso autónomo se utilice para impugnar las decisiones judiciales dictadas en otro proceso judicial.

En nuestro derecho, quizás la única excepción a esta regla sea el recurso de revisión (arts. 810 y ss. Código de Procedimiento Civil y 473 y ss. Código Procesal Penal), pues si bien la ley lo denomina como

---

<sup>38</sup> Vid. EVANS, ENRIQUE, *op. cit.* p. 144.

recurso, es técnicamente más cercano a un proceso autónomo de impugnación de una sentencia firme y del proceso en que se dictó ésta<sup>39</sup>.

Pero el hecho que no sea lo habitual que mediante un proceso autónomo se impugne lo resuelto en otro, ello no lo hace ilegítimo.

Desde luego, no hay ninguna norma constitucional del debido proceso infringida con una figura como la que estamos describiendo. Por una parte, el derecho al recurso solo es exigible perentoriamente en materia procesal penal en los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por el Estado chileno (art. 8º nº 2 letra h) de la Convención Americana de Derechos Humanos), no así en materias civiles, entendidas éstas latamente<sup>40</sup>. Pero aun así, nadie podrá objetar que una manera de tutelar adecuadamente los derechos e intereses de los justiciables, es permitir que otro tribunal de justicia (en este caso un Tribunal Superior de Justicia), revise de manera íntegra lo fallado por otro, conociendo tanto de cuestiones de hecho como de derecho, como sucedería en la especie.

De esta manera, es posible concluir que el reclamo contra la resolución del Consejo puede entenderse como un proceso autónomo revisor de la actividad de la Administración o bien, como un proceso autónomo revisor de una decisión jurisdiccional previa. La segunda alternativa está más acorde con nuestra doctrina constitucional y especialmente con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y cobra, a mi juicio, mayor plausibilidad, al entender que la revisión por la judicatura ordinaria no se da respecto de una decisión de un órgano

---

<sup>39</sup> Vid. PEREIRA, HUGO, *La cosa juzgada en el proceso civil*, Conosur, Santiago de Chile, 1997, pp. 244 y 245.

<sup>40</sup> Cosa distinta es sostener que el derecho fundamental a un racional y justo proceso (19 nº 3 inc. 5º CPR), aconseja al legislador regular que toda sentencia judicial que declara derechos de las personas, pueda ser revisada por un tribunal superior.

de la Administración, sino respecto de un ente autónomo e independiente de esa Administración.

¿Proceden otros recursos contra la resolución del Consejo? Todo depende de la naturaleza que se le reconozca al reclamo que se deduce ante el Consejo. Si se asume una naturaleza de carácter jurisdiccional, sólo procede el reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones competente. Sin embargo, es procedente preguntarse si el Recurso de Queja es procedente en este caso, como asimismo un Recurso de Protección, lo que examinaré en lo que sigue.

#### *4.1. La resolución del Consejo para la Transparencia y el Recurso de Queja*

Si se asume que el reclamo de ilegalidad ante las Cortes de Apelaciones no es técnicamente un recurso procesal sino un proceso de tipo autónomo, por lo que respecto de la resolución del Consejo, habría que concluir, no procede recurso procesal alguno, ello podría hacer procedente la interposición de un Recurso de Queja.

El Recurso de Queja solo procede contra sentencias interlocutorias que pongan término al juicio o hagan imposible su prosecución y contra sentencias definitivas, en ambos casos, no susceptibles de recurso alguno, ordinario o extraordinario, y que contengan una falta o abuso (art. 545 Código Orgánico de Tribunales). En este caso, la decisión del Consejo puede ser estimada como una sentencia definitiva respecto de la cual no procede recurso procesal alguno. Esta interpretación se basa en que técnicamente no hay recurso procesal alguno contra la decisión del Consejo, sino un proceso judicial revisor.

El Tribunal competente para conocer del Recurso de Queja será siempre la Corte de Apelaciones de Santiago.

El Recurso de Queja puede entenderse procedente aunque la Ley de Transparencia no haya dicho nada al respecto. ¿Por qué puede entenderse procedente? En primer lugar, puede entenderse procedente por lo que dispone el artículo 82 CPR: *La Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la Nación. Se exceptúan de esta norma el Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones y los tribunales electores regionales. Los tribunales superiores de justicia, en uso de sus facultades disciplinarias, sólo podrán invalidar resoluciones jurisdiccionales en los casos y forma que establezca la ley orgánica constitucional respectiva.*

La ley orgánica constitucional respectiva es el Código Orgánico de Tribunales (por aplicación de la disposición Cuarta transitoria de la Constitución Política de la República). El artículo 545 COT podría hacer aplicable a la resolución del Consejo un Recurso de Queja, pues puede entenderse que estamos frente a una sentencia definitiva que no es susceptible de recurso alguno, ordinario o extraordinario.

Por otra parte, debe tenerse presente lo que dispone expresamente el artículo 63 COT: Las Cortes de Apelaciones conocerán: 1º En única instancia: c) De los recursos de queja que se deduzcan en contra de jueces de letras, jueces de policía local, jueces árbitros y órganos que ejerzan jurisdicción, dentro de su territorio jurisdiccional.

Nuestra doctrina y jurisprudencia constitucional mayoritarias no dudarían en denominar al Consejo como un órgano que ejerce jurisdicción respecto de su competencia de resolución de conflictos, aunque en algunos casos irían más allá y lo llamarán derechamente un tribunal de justicia especial situado fuera del Poder Judicial.

¿Es posible y lógico concluir que la decisión del Consejo pueda ser impugnada vía reclamo de ilegalidad ante una Corte de Apelaciones y, además, vía Recurso de Queja ante esa misma Corte? La

respuesta positiva a esta pregunta pasa por considerar que ambos recursos son manifestaciones de diversa índole de la judicatura: las primeras propiamente jurisdiccionales y las segundas disciplinarias, no referidas al ejercicio de la jurisdicción, sino al gobierno judicial.

Por otra parte, el propio artículo 545 COT permite la conjunción de actividad jurisdiccional (recurso de casación en la forma) y disciplinaria (recurso de queja) respecto de una misma decisión jurisdiccional, cuando se trate de impugnar una sentencia definitiva de primera o única instancia dictada por árbitros arbitradores. Volveremos sobre el sentido del Recurso de Queja cuando analicemos los recursos contra la sentencia de la Corte de Apelaciones que conoce del reclamo de ilegalidad contra la decisión del Consejo para la Transparencia.

#### *4.2. La resolución del Consejo para la Transparencia y el Recurso de Protección*

Si se asume una tesis jurisdiccional respecto a la decisión del Consejo, no sería procedente un Recurso de Protección, pues la jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema, por regla general, no aceptan que a través de este procedimiento constitucional se puedan impugnar sentencias judiciales<sup>41</sup>.

Contra sentencias judiciales sólo deberían interponerse los recursos procesales que la ley haya dispuesto a tal efecto. Sólo en ausencia de tales recursos procesales se justificaría la procedencia de

---

<sup>41</sup> Un exhaustivo trabajo que analiza críticamente la procedencia del Recurso de Protección contra sentencias judiciales, y con buenos criterios para entender que no debería ser procedente como regla general, puede verse en PALOMO, DIEGO, "Violaciones de derechos fundamentales por los tribunales de justicia: Recurso de Protección y de amparo español. Un análisis comparado", en *Ius et Praxis*, Vol. 9 n<sup>o</sup> 2, Talca, 2003.

un Recurso de Protección, lo que, como se ha visto, no sucede en la especie.

#### *4.3. La resolución del Consejo para la Transparencia como órgano administrativo y los recursos que proceden en esa situación*

Por el contrario, si se asume una naturaleza administrativa en el reclamo del que conoce el Consejo, además del reclamo de ilegalidad que reconoce el artículo 28 LT, son procedentes, previamente, los recursos de reposición, revisión y aclaración ante el mismo Consejo (artículos 59, 60 y 62 LBPA).

Del mismo modo, la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, n° 18. 575 (en adelante LBGA), también consagra el recurso de reposición, el que se podrá siempre interponer ante el mismo órgano del que hubiere emanado el acto respectivo, sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales a que haya lugar (art. 10).

La procedencia de estos recursos administrativos internos contra la resolución del Consejo para la Transparencia, pasa por considerar que este órgano sea un *servicio público creado para el cumplimiento de la función administrativa* (art. 2° LBPA y artículo 1° inc. 2° LBGA).

Si consideramos las funciones del Consejo como administrativas, habría que concluir que son procedentes respecto de sus decisiones un recurso de reposición ante el propio Consejo, un reclamo de ilegalidad de conformidad con el artículo 28 LT ante la Corte de Apelaciones, así como un Recurso de Protección, en el caso que la resolución del Consejo, como acto administrativo, vulnere al reclamante un derecho fundamental de los que enumera el artículo 20 de la Constitución Política de la República.



#### 4.3.1. Recurso de reposición administrativa contra la decisión del Consejo para la Transparencia. Prohibición de reformatio in peius

En el caso que se considere que sea procedente un recurso de reposición ante el propio Consejo, la reconsideración del Consejo no puede empeorar la posición jurídica de quien reclama. Esto pasa por considerar que ante el Consejo, aun como entidad de tipo administrativa, debería respetarse, como señalan la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, el principio y derecho fundamental del debido proceso.

La doctrina nacional ha señalado que las exigencias del debido proceso no solo deben darse frente a los tribunales de justicia sino frente a todo tipo de autoridades<sup>42</sup> que afecten los derechos de las personas. En realidad esta doctrina no es siempre clara en el sentido que el debido proceso debe regir también respecto de la Administración cuando decide sobre derechos de las personas, pues para esta doctrina en esos casos la Administración pasa a desarrollar una función jurisdiccional, siendo por ello un órgano que ejerce jurisdicción o tribunal especial.

---

<sup>42</sup> Vid. EVANS, ENRIQUE, *Los derechos constitucionales, Tomo II*, op. cit. p. 143; SILVA BASCUÑÁN, ALEJANDRO, *Tratado de Derecho Constitucional, Tomo XI, De los derechos y deberes constitucionales*, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago, 2006, p. 143; VIVANCO, ÁNGELA, *Curso de Derecho Constitucional. Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980, Tomo II*, op. cit. p. 319; FERNÁNDEZ, MIGUEL ÁNGEL, *La nueva justicia penal frente a la Constitución*, Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2006, p. 319.

Más clara en este sentido es la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>43</sup>, pues entiende que el debido proceso debe aplicarse a todas las decisiones de los poderes del Estado, sean judiciales o administrativos. Se podrá hablar de un debido proceso procesal en el primero supuesto y de un debido proceso sustantivo en el segundo. La Corte Interamericana no confunde a la Administración con la Jurisdicción, sino que dice que a ambos poderes les rige la exigencia de respetar el debido proceso.

Como sea, es perfectamente defendible en nuestra dogmática constitucional, que ante el Consejo para la Transparencia debe regir, en lo que corresponda, un debido proceso, ya sea que consideremos que él desarrolla una función jurisdiccional o bien administrativa.

Las exigencias del debido proceso deben excluir la posibilidad de que quien recurra resulte empeorado respecto de su situación inicial, como consecuencia del recurso que ha interpuesto, es decir, sin que medie impugnación directa o incidental de la contraparte y sin que el empeoramiento sea debido a poderes de actuación de oficio del órgano estatal.

La prohibición de *reformatio in peius* se relaciona también con la necesidad de congruencia procesal. El órgano que decide no puede modificar de oficio, sin audiencia y en perjuicio de quien reclama, la resolución recurrida.

Congruente con esta argumentación es que el artículo 41 LBPA prohíbe expresamente la *reformatio in peius*.

---

<sup>43</sup> Vid. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recaída en la causa Claude Reyes y otros v/s Chile, de fecha 19 de septiembre de 2006. Y en igual sentido los casos Yatama, Ircher Bronstein y otros.

#### 4.3.2. *Recurso de Protección contra la decisión del Consejo para la Transparencia*

El Recurso de Protección es procedente en este caso inclusive conjuntamente con el reclamo de ilegalidad, y aun con el de reposición, pues su naturaleza cautelar lo hace compatible con un proceso de tipo declarativo como lo es el procedimiento de ilegalidad de los artículos 28 y siguientes de la Ley de Transparencia y, desde luego, con recursos de tipo administrativo.

Esta compatibilidad pasa por considerar que el Recurso de Protección efectivamente tiene una naturaleza cautelar, lo que quiere decir que no resuelve el fondo del asunto sometido a conocimiento y decisión de la Corte de Apelaciones, sino que solo debería mantener un *status quo* a fin de dar amparo a los derechos fundamentales del recurrente.

La compatibilidad del Recurso de Protección -en el entendido que se le dé un fin cautelar como el que definimos precedentemente y no declarativo-, con otros procesos judiciales y recursos administrativos, lo prevé expresamente la Constitución Política de la República en el su artículo 20, en la parte que dispone que se podrá recurrir a la Corte de Apelaciones respectiva, *sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer [el recurrente] ante la autoridad o los tribunales correspondientes.*

Ahora bien, esta compatibilidad del Recurso de Protección con el reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones competente, pasa por considerar que estamos ante el supuesto que el Consejo para la Transparencia haya denegado la información solicitada. En efecto, si estamos frente a una situación contraria, donde el Consejo ordena otorgar la información requerida, el fin perseguido por un Recurso de Protección se cumple de un mismo modo con la interposición de un

reclamo de ilegalidad, pues el artículo 29 LT dispone que en este caso, el mero hecho de interponer el reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones, suspende, de pleno derecho, la entrega de la información, no pudiendo esta Corte decretar medida que permita el conocimiento o acceso a esa información.

En este caso, el reclamo de ilegalidad ampararía un eventual derecho fundamental involucrado del reclamante, de un mismo modo como lo haría un procedimiento de protección. Por otra parte, estamos ante una tutela que será de conocimiento y decisión de una Corte de Apelaciones, igualmente como sería si se interpusiera un Recurso de Protección. Por todo ello, lo que se observa como más racional, es entender que en este caso sólo procede un Recurso de Protección si la resolución del Consejo para la Transparencia deniega la solicitud de información.

Obviamente, como veremos a continuación, procede siempre en estos casos el reclamo de ilegalidad contra la resolución del Consejo ante la Corte de Apelaciones competente.

#### IV. RECLAMO DE ILEGALIDAD ANTE LAS CORTES DE APELACIONES

Dentro de este punto abordaremos la naturaleza del reclamo de ilegalidad contenido en el artículo 28 y siguientes de la Ley de Transparencia, el cual dispone que:

*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.*

*El afectado también podrá reclamar de la resolución del Consejo ante la Corte de Apelaciones respectiva, cuando la causal invocada hubiere sido la oposición oportunamente deducida por el titular de la información, de conformidad con el artículo 20.*

*El reclamo deberá interponerse en el plazo de quince días corridos, contado desde la notificación de la resolución reclamada, deberá contener los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya y las peticiones concretas que se formulan.*

El procedimiento de este reclamo está contenido en el artículo 30 LT, y presenta las siguientes características:

- i) En primer lugar, dispone que el reclamo de ilegalidad debe ser notificado tanto al Consejo como al tercero interesado.
- ii) Se abre un plazo de diez días para que los emplazados formulen observaciones o descargos, cuestión que podría perfectamente ser asimilada a la contestación de una demanda.
- iii) Se establece la facultad para la Corte de abrir un término probatorio que no podrá ser superior a siete días y oír alegatos.
- iv) Vencido dicho período de prueba, la Corte tiene un plazo de diez días para dictar sentencia, la cual no es susceptible de recurso alguno.

Atendidas estas características, es posible afirmar que esta reclamación de la cual conocen las Cortes de Apelaciones corresponde a un procedimiento contencioso administrativo especial, en donde un tribunal superior de justicia es competente para resolver una contienda existente entre el Consejo y un particular (u otro órgano del Estado, que habrá sido aquél a quien le requirieron la información en un comienzo). Esto avala la tesis de que, técnicamente, el reclamo de ilegalidad no sea un recurso procesal sino un proceso autónomo, pues el Consejo, en este proceso, figura como sujeto pasivo de la pretensión reclamatoria del sujeto afectado por la resolución sobre acceso a la

información pública; en otras palabras, debe entenderse que en el reclamo de ilegalidad no hay solo una mera revisión de los fallado por el Consejo, sino que éste, además, es el demandado ante la Corte de Apelaciones competente.

Lo que se impugna mediante el reclamo de ilegalidad es la resolución del Consejo, que resolvió previamente si el organismo público debía o no entregar determinada información a un ciudadano interesado en acceder a ella. La misión de la Corte de Apelaciones respectiva será determinar si efectivamente el Consejo actuó dentro del ámbito de su competencia, y en este entendido, si su resolución se ajustó o no a la legalidad vigente.

#### *1. Facultades de las Cortes de Apelaciones al decidir estos reclamos*

Las Cortes de Apelaciones tienen la atribución para acoger o rechazar los reclamos de ilegalidad presentados. Para llegar a tal decisión, se les concede además facultativamente la opción de abrir un término probatorio (artículo 30 inciso 3º LT).

Dentro de sus facultades, en caso de acoger el reclamo, la Corte debe señalar un plazo dentro del cual el órgano público requerido tiene la obligación de hacer entrega de la información solicitada.

Otra de las facultades que la ley contempla para este tribunal es la posibilidad de señalar que debe iniciarse un procedimiento disciplinario con el objeto de perseguir las eventuales responsabilidades funcionarias derivadas de la denegación de acceso a la información pública.

Siguiendo la línea de lo anteriormente dicho, reitero lo expresado en este informe, en el sentido que la facultad de la Corte de Apelaciones respectiva que conocerá del reclamo, no constituye una segunda

instancia de la cuestión debatida ante el Consejo, sino que revisa que la decisión del Consejo se ajuste a la ley.

La consecuencia práctica de que el reclamo de ilegalidad sea más cercano a un proceso y no un recurso de apelación o segunda instancia, es, en términos generales, una mayor amplitud en la formulación de la pretensión reclamatoria y en los medios de prueba que se pueden presentar, pues en apelación existe mayor restricción para aportar medios probatorios. Nótese la redacción del art. 207 inciso 1º Código de Procedimiento Civil: *En segunda instancia, salvo lo dispuesto en el inciso final del artículo 310 y en los artículos 348 y 385, no se admitirá prueba alguna.* Esa restricción no existe en el reclamo de ilegalidad.

Por otra parte, la Corte de Apelaciones no tiene ningún impedimento para dictar una sentencia que empeore la situación del reclamante. Dicho de otro modo, es procedente en el reclamo de ilegalidad la *reformatio in peius*.

No hay prohibición para la *reformatio in peius* debido a que no estamos frente a un recurso procesal y sí ante un proceso donde las partes podrán alegar y probar lo que corresponda según sus derechos. El tercero interesado podría intentar que se agrave la decisión adoptada por el Consejo, al momento de realizar sus descargos u observaciones.

Ahora bien, si el tercero no solicita el empeoramiento o agravación de la decisión adoptada previamente por el Consejo al reclamante, la Corte de Apelaciones no puede resolver de un modo tal que agrave la situación de éste. La Corte de Apelaciones tendría que tener reconocidos poderes oficiosos para poder proceder así, de los que actualmente carece. El empeoramiento de la situación del reclamante ante la Corte de Apelaciones sólo es posible si un recurrido, que no puede ser el Consejo (por exigirle el respeto de la doctrina de los actos propios), lo exige en el proceso.

## 2. Corte de Apelaciones competente

El artículo 28 de la Ley de Transparencia dispone que la Corte de Apelaciones competente para conocer del reclamo de ilegalidad es la del domicilio del reclamante. Sin embargo, puede suceder que deseen presentar el reclamo, como veremos, más de un sujeto legitimado activamente. En este caso podría darse la situación que ambos legitimados activos deduzcan conjuntamente la reclamación o que cada uno lo presente por separado, con domicilios diferentes.

La actuación conjunta en la misma reclamación la permite el artículo 18 del Código de Procedimiento Civil, que establece que *en un mismo juicio podrán intervenir como demandantes o demandados varias personas siempre que se deduzca la misma acción, o acciones que emanen directa e inmediatamente de un mismo hecho, o que se proceda conjuntamente por muchos o contra muchos en los casos que autoriza la ley.*

Si los demandantes en el reclamo de ilegalidad de la Ley de Transparencia son dos o más, y tienen distintos domicilios, puede aplicarse por analogía la regla del artículo 141 Código Orgánico de Tribunales, y la demanda podrá ser presentada en la Corte de Apelaciones correspondiente al domicilio de cualquiera de los demandantes, a elección de éstos.

Puede ocurrir, también, que cada demandante o reclamante presente su demanda por separado. En este caso, puede decretarse la acumulación de autos, por prescripción del artículo 92 del Código de Procedimiento Civil. Dicha acumulación de autos procede a petición de parte, pero si se están tramitando ante el mismo tribunal, éste de oficio puede proceder a la acumulación (art. 94 Código de Procedimiento Civil).



Puede darse el caso que las reclamaciones de ilegalidad se estén tramitando ante una misma Corte de Apelaciones o bien ante Cortes distintas. El criterio será siempre el mismo; el proceso más nuevo se acumulará al más antiguo (art. 96 Código de Procedimiento Civil). Si se han interpuesto en la misma fecha, cualquiera podrá acumularse al otro.

Si las partes no piden la acumulación o el tribunal no lo dispone de oficio, seguirán tramitándose los procesos, irremediablemente, por cuerda separada. Se deben seguir tramitando los procesos ante cada Corte de Apelaciones, sin que el conocimiento de una inhiba la de otra. Si esos procesos se han deducido ante una misma Corte de Apelaciones, ella continuará conociendo en forma separada de todos esos procesos.

La solicitud de acumulación de procesos se reconoce como una facultad de las partes, mas no como una obligación, por lo que no están obligadas a poner en conocimiento del tribunal tal situación.

### *3. Legitimación activa*

Del tenor del artículo 28 LT, se entiende que son legitimados activos para impetrar esta reclamación tanto el particular a quien se le denegó el acceso a la información, los órganos de la Administración del Estado que hubieren denegado la misma (a menos que la causal para negar el acceso a la información sea la contenida en el artículo 21 N°1), y el afectado, en caso que el titular de la información se hubiere negado a que ésta sea divulgada.

La jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones ha ampliado el ámbito de competencia que ellas tendrían para conocer de esta reclamación, señalando que no sólo son reclamables de ilegalidad aquellas resoluciones que deniegan el acceso a la información

requerida, sino también aquellas que se funden en el artículo 8° inciso segundo de la Carta Fundamental, que consagra diversas excepciones al principio de publicidad, entre ellas, 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<sup>44</sup>.

El fallo al que aludo, dictado recientemente por la Corte de Apelaciones de Santiago, acogió a tramitación el reclamo de ilegalidad presentado por un órgano público, aun cuándo dicho organismo invocó en su momento como causal de denegación la contenida en el número 1 del artículo 21 LT, numeral que se encuentra excluido de la posibilidad de que el órgano requerido presente esta reclamación. Sin embargo, y dado que se invocaban también otras causales de excepción al principio de transparencia -entre ellas una de las mencionadas en el artículo 8° de la Carta Fundamental- la Corte estimó que era procedente el reclamo, aunque en el fondo lo rechazó.

De este modo, es posible afirmar que si bien el artículo 28 LT impide accionar al órgano de la Administración del Estado cuando la denegación de acceso a la información se hubiere fundado en la causal del artículo 21 n° 1 LT, esto no obsta a que el corte pueda conocer del reclamo, si se encuentra fundado además en otras causales constitucionales o legales.

Si se invocan diversas causales por parte de un órgano público para denegar la información solicitada por un particular, incluida la del art. 21 n° 1 LT, ese órgano público, en el caso que el Consejo le ordene entregar la información, podría presentar un reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones competente.

---

<sup>44</sup> Cfr. Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 2080-2010, de 22 de Noviembre de 2010, considerando 3º.

Cuando el Consejo ordena entregar una información que el órgano público había denegado exclusivamente en virtud del artículo 21 n° 1 LT, la decisión del Consejo no puede ser reclamada por ese órgano. En ese caso, se puede decir que el órgano público carece de legitimación activa para incoar el procedimiento de reclamo ante la Corte de Apelaciones. O bien, puede decirse también que en este caso la decisión del Consejo se dicta en única instancia, no procediendo ningún recurso jurisdiccional en contra de ella.

Como se ha señalado, ello no obsta a que pueda reclamar, si conjuntamente con el art. 21 n° 1 LT, el órgano público ha invocado otras causales legales o constitucionales. En ese caso la Corte deberá conocer del reclamo deducido por el organismo público y podrá pronunciarse sobre las causales invocadas, incluida la del 21 n° 1 LT, pues dicho precepto sólo debe entenderse como una limitación del poder de impugnación para el órgano público, pero no puede limitar la competencia para conocer de la Corte de Apelaciones.

#### *4. Rol y posición del Consejo para la Transparencia en el procedimiento de reclamo de ilegalidad*

De acuerdo a lo preceptuado por el artículo 30 de la Ley de Transparencia, el reclamo de ilegalidad debe ser dirigido contra el Consejo, quien viene a ser el legitimado pasivo de este procedimiento. Dan cuenta del rol de sujeto pasivo del Consejo en la pretensión reclamatoria, el hecho de que debe ser notificado por cédula del reclamo y de que tenga un plazo para presentar sus descargos u observaciones. Además, el Consejo tiene la facultad de comparecer en la audiencia fijada con el objeto de rendir pruebas, o en los respectivos alegatos.

En esta parte el reclamo de ilegalidad de la Ley de Transparencia se asemeja a otras regulaciones similares, como el denominado recurso

de ilegalidad municipal que reconoce la Ley de Municipalidades en su art. 141. En materia municipal, es lógico pensar que el demandado sea el Alcalde, pues se trata claramente de un ente de tipo administrativo y sus actos son de esa naturaleza. En este caso es coherente que el Alcalde, como representante de la Municipalidad, pueda figurar como legitimado pasivo en el reclamo deducido ante la Corte de Apelaciones, y que pueda alegar y presentar pruebas en el contencioso. Es un clásico ejemplo de contencioso administrativo anulatorio.

Precisamente esta posición del Consejo en el reclamo de ilegalidad podría dar lugar a pensar que estamos frente a un órgano administrativo que cumple una función administrativa, como sucede con el contencioso municipal antes descrito. El Consejo asume así, se podría decir, una posición de sujeto pasivo porque es su decisión administrativa la impugnada.

Pero en el caso del reclamo de ilegalidad contra el Consejo, la situación es distinta del reclamo de ilegalidad municipal. En primer lugar, no se impugna un acto administrativo del municipio o del Alcalde, sino que una resolución o decisión de un órgano que, como hemos visto, resuelve como tercero independiente e imparcial respecto de lo que ha decidido previamente la Administración del Estado. Entre el Alcalde y los demás órganos del municipio hay una continuidad y dependencia de los sujetos involucrados, pues se trata de la misma persona jurídica, lo que no sucede respecto de la Administración y el Consejo, que son personas jurídicas y órganos completamente diferentes y plenamente independientes en la toma de sus decisiones.

Por otra parte, no se trata de un contencioso de nulidad, sino más bien de tipo revisor, determinando si el Consejo se ajustó o no a la legalidad al dictar su resolución.

En realidad, no aparece correcta la opción por la que optó el legislador en este contencioso de la Ley de Transparencia. Habría sido

más coherente darle una tramitación de recurso procesal, sin necesidad de hacer parte al Consejo ni, obviamente, de que éste conteste el reclamo ni aporte pruebas, pues éste resuelve los amparos deducidos como tercero imparcial y no como parte interesada.

O bien, podría haberse optado porque ante la Corte de Apelaciones figuren como partes el ciudadano que reclama la información y el órgano público que niega la información, pero no el Consejo.

Sin embargo, tenemos, al día de hoy, que en la Ley de Transparencia el Consejo figura como legitimado pasivo o demandado en el reclamo de ilegalidad, lo que permite asumir todos los derechos y facultades de parte procesal.

Avala esta posición de parte del Consejo en este contencioso el hecho de que tiene entre sus funciones el *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*, finalidad que es coherente con su naturaleza de agencia administrativa autónoma que reúne en su seno múltiples funciones, incluidas las administrativas y, como hemos dicho, también jurisdiccionales.

Si fuese un exclusivo tribunal de justicia el Consejo, no sería procedente hacerlo participar en este contencioso como parte, pero su naturaleza compleja de órgano multifuncional (agencia administrativa autónoma) justifica en mayor medida esta situación.

*5. Mecanismos para instruir los eventuales sumarios que pueda decretar la Corte de Apelaciones según el artículo 30 inciso final de la Ley de Transparencia*

Existen dos mecanismos para instruir sumarios, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 49 LT:

- a) El primero es mediante las mismas reglas que se establecen para los funcionarios públicos dentro del Estatuto Administrativo (Ley N° 18. 834) Es decir, la Corte de Apelaciones podrá solicitar al Consejo que se dé inicio a una investigación sumaria o sumario administrativo, y dependiendo del resultado de ellos, podrán aplicarse multas y otro tipo de sanciones a los funcionarios que hubieren infringido las disposiciones relativas al acceso a la información pública.
- b) A solicitud del Consejo, cabe la posibilidad de que sea la Contraloría General de la República la que instruya un sumario, conforme a las reglas de su propia Ley Orgánica Constitucional (N° 10.336), tras el cual podrá establecer las sanciones que correspondan.

Cabe agregar que en virtud del convenio suscrito entre la Contraloría General de la República y el Consejo para la Transparencia, de fecha 3 de junio de 2009, sin perjuicio de que a solicitud del Consejo sea la Contraloría General de la República la que pueda realizar los sumarios administrativos respecto de las infracciones previstas en los artículos 45 a 47 LT, pudiendo establecer este organismo contralor las sanciones que correspondan, es el Consejo Directivo del Consejo el que finalmente ponderará prudencialmente los antecedentes remitidos por la Contraloría, decidiendo en definitiva este Consejo Directivo si aplica la sanción o sobresee la causa (art. 4º Convenio)

La duda interpretativa que surge con este literal b), es el rol de la Corte de Apelaciones respecto a este procedimiento. Una primera interpretación dirá que respecto a posibles sumarios ante la Contraloría General de la República, la Corte de Apelaciones no tiene facultad alguna, dependiendo íntegramente al Consejo solicitarlo. Una segunda interpretación dirá que la Corte de Apelaciones puede requerir al Consejo que pida a la Contraloría que dé inicio al sumario. Una tercera interpretación postulará que la Corte de Apelaciones está facultada para requerir directamente a la Contraloría General de la República que inicie el sumario respectivo.

De conformidad con el artículo 49 LT, parece correcto interpretar que la posibilidad de recurrir a la Contraloría General de la República es una facultad privativa del Consejo, por lo que dependerá exclusivamente de éste concurrir o no ante este órgano. El rol de las Cortes de Apelaciones se limitaría a pedir el inicio de los sumarios al Consejo.

#### *6. Vías de impugnación de lo resuelto por la Corte de Apelaciones*

El artículo 30 de la Ley de Transparencia, establece que contra la sentencia de la Corte de Apelaciones no procederá recurso alguno. Cuando se dice que no procede recurso alguno, debe entenderse que se refiere a recursos procesales, es decir, que tengan como fin impugnar el contenido de lo resuelto por la Corte como órgano jurisdiccional. Pero lo que disponga la Ley de Transparencia en materia de procedimientos judiciales, no puede ir contra las facultades disciplinarias que tiene la Corte Suprema respecto de todos los tribunales del país, incluidas por cierto las Cortes de Apelaciones (art. 82 CPR).

Coincido de esta manera con la prevención manifestada por los Ministros Venegas y Navarro en la sentencia del Tribunal Constitucional que declaró la constitucionalidad de la LT, quienes señalaron que *si bien se indica que contra la sentencia pronunciada no*

*procederá recurso alguno, ello ciertamente debe entenderse sin perjuicio de la superintendencia directiva y correccional de la Corte Suprema de Justicia, en los términos señalados en el artículo 82 de la Constitución Política de la República, como lo ha reiterado esta Magistratura (Rol N° 795-2007)*<sup>45</sup>.

Especial aplicación podrá tener el denominado Recurso de Queja regulado en los artículos 545 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales. Precisamente procede este recurso contra sentencias definitivas que no son susceptibles de recurso alguno, como ocurre en la especie.

La Corte Suprema, conociendo del recurso disciplinario de queja, puede dejar sin efecto o invalidar la sentencia de la Corte de Apelaciones por considerar que cometió en ella una falta o abuso, caso en el cual deberá aplicar la o las medidas disciplinarias que estime pertinentes (art. 545 inc. 3º Código Orgánico de Tribunales).

El Recurso de Queja es un recurso de tipo disciplinario y no jurisdiccional, pero tiene efectos en este último aspecto, pues puede comportar invalidar una resolución judicial.

La Corte Suprema, conociendo de los recursos de queja contra las sentencias de las Cortes de Apelaciones en el reclamo de ilegalidad, podrá invalidar éstas y dictar, acto seguido, una sentencia de reemplazo, como podría ser la de dar la orden de entregar la información que se solicitaba o de no entregarla.

Es ésta una extraña consecuencia de un recurso que no tiene finalidad jurisdiccional sino disciplinaria o administrativa<sup>46</sup> y que no constituye instancia.

---

<sup>45</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 10 de julio de 2008, rol n° 1051.

<sup>46</sup> Vid. PEREIRA, HUGO, *Curso de Derecho Procesal. Derecho Procesal Orgánico*, Conosur, Santiago de Chile, edición actualizada, 1996, p. 365.



El Recurso de Queja fue modificado sustancialmente el año 1995 con la ley n° 19.374, para evitar la distorsión que se producía hasta ese entonces, al entregar a los tribunales superiores de justicia y especialmente a la Corte Suprema, un recurso muy discrecional, que hacía de la Corte Suprema, en vez de un tribunal de casación (de derecho), un tribunal de equidad y muy similar a una tercera instancia<sup>47</sup>, debido a la amplitud que tenía para conocer.

El Recurso de Queja, antes del año 1995, venía a sustituir al recurso de casación, debido a que este último es un recurso extraordinario y de derecho estricto que procede solo por las causales establecidas por la ley, lo que hace más complejo y difícil su interposición. Para los abogados era más fácil interponer un Recurso de Queja, ya que la causal genérica para interponerlo -falta o abuso- equivalía en la práctica a una especie de agravio general donde todo podía ser invocado para dejar sin efecto una resolución judicial.

La ley n° 19.374 se dictó con el fin de poner atajo a esta situación, restringiendo sustancialmente el rango de resoluciones que podían ser impugnadas vía queja, negando su procedencia para sentencias respecto de las cuales procedan recursos ordinarios o extraordinarios. Se pretendía así que la Corte Suprema volviera a su rol de corte de casación en defensa de la ley y la uniformidad en la interpretación del derecho.

No obstante, aún persiste este recurso disciplinario para algunas resoluciones judiciales, como es el caso de aquella que puede dictar una Corte de Apelaciones conociendo de un reclamo de ilegalidad de la Ley de Transparencia.

---

<sup>47</sup> Sobre esta crítica al rol de la Corte Suprema como tribunal de equidad y como tercera instancia, remito a los trabajos de VALENZUELA, EUGENIO, *Proposiciones para la reforma judicial*, Centro de Estudios Públicos, Santiago de Chile, 1991, p. 32; CAROCCA, ALEX, "Reflexiones sobre las funciones de la Corte Suprema", en *Ius et Praxis*, año 4, 1998, p. 207, PEREIRA, HUGO, *Curso de Derecho Procesal*, op. cit. p. 367.

## *7. Paralelo entre el reclamo de ilegalidad de la Ley de Transparencia y otros reclamos de ilegalidad*

### *7.1. Reclamo de ilegalidad de la Ley de Transparencia y reclamo de ilegalidad municipal*

El recurso de ilegalidad municipal se encuentra regulado en los artículos 140 y siguientes de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades (Nº 18.695, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el DFL nº 1, de 2006, del Ministerio del Interior). En él se establece la posibilidad de que los ciudadanos que estiman que alguna resolución del Alcalde o de algún otro órgano o funcionario municipal, no se ajusta a la legalidad vigente, presenten esta reclamación precisamente ante el Alcalde respectivo. De lo que decida el Alcalde, o en silencio de éste, caso en el cual se considera que rechaza el recurso, se puede recurrir ante la Corte de Apelaciones competente, dentro de un plazo de quince días.

En este caso nos encontramos frente a una situación en que un órgano de la Administración del Estado (art. 1º inc. 2º Ley 19.653), resuelve un conflicto dentro del cual él mismo o el órgano al que representa, es parte. En el reclamo de ilegalidad municipal se advierten claramente dos etapas:

- a) La etapa propiamente administrativa, en virtud de la cual cualquier particular puede reclamar ante el Alcalde en contra de sus resoluciones u omisiones o las de sus funcionarios, que estime ilegales, cuando éstas afectan el interés general de la comuna; reclamo que también se hace extensivo a los particulares agraviados por toda resolución u omisión del Alcalde o de sus funcionarios, que estimen ilegales. La etapa administrativa termina cuando el Alcalde se pronuncia sobre el reclamo, ya sea aceptándolo o rechazándolo, y se entenderá que lo rechaza si no se

pronuncia dentro del término de quince días, contados desde la fecha de su recepción en la Municipalidad;

b) La etapa jurisdiccional, donde el particular afectado con la resolución u omisión del funcionario municipal o del Alcalde en la etapa administrativa, recurre contra la actuación del municipio ante la Corte de Apelaciones.

Desde la doctrina administrativista nacional resulta claro que la etapa ante el Alcalde corresponde a un verdadero recurso administrativo, de reposición o jerárquico, constitutivo de un agotamiento previo de la vía administrativa<sup>48</sup>, aunque como se ha visto, un sector de la doctrina constitucional<sup>49</sup> y el propio Tribunal Constitucional<sup>50</sup>, señalarían que ante el Alcalde se daría un proceso jurisdiccional de primera instancia, posición que no compartimos, pues no puede haber actividad propiamente jurisdiccional donde quien decide es juez y parte a la vez.

De este modo, es posible advertir una primera diferencia inicial entre ambos reclamos de ilegalidad, en el entendido de que el reclamo contenido en la Ley de Transparencia contempla dos instancias de carácter jurisdiccional, pues el órgano llamado a resolver la contienda en una primera etapa ostenta una autonomía e independencia, y por lo tanto se puede presumir la debida imparcialidad, de la cual carece el Alcalde dentro del reclamo de ilegalidad municipal.

Además, existe otra diferencia relativa a la competencia que tiene la Corte de Apelaciones en cada caso, ya que en el reclamo de ilegalidad municipal, la Corte de Apelaciones puede revisar la misma

---

<sup>48</sup>Vid. BERMÚDEZ, JORGE, *Derecho Administrativo General*, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2010, p. 275.

<sup>49</sup> Vid. EVANS, ENRIQUE, *Los derechos constitucionales*, Tomo II, op. cit. p. 144.

<sup>50</sup> Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 22 de noviembre de 1993, rol nº 176.

reclamación presentada ante el Alcalde, en tanto en el reclamo de ilegalidad de la Ley de Transparencia objeto de este informe, ya no se impugna lo mismo que se solicitó ante el Consejo, sino que se reclama de la resolución dictada por este último, a raíz de un requerimiento o amparo presentado por un particular.

Por otra parte, el reclamo de ilegalidad municipal es más amplio que el que consagra la Ley de Transparencia, puesto que permite impugnar cualquier actuación u omisión del Alcalde o de otros funcionarios que se estime ilegal, en tanto la reclamación objeto de este informe solo puede impugnar la resolución del Consejo que denegó u obligó a entregar información solicitada a un órgano público.

Otras diferencias entre ambos recursos, dicen relación con que en el reclamo de ilegalidad municipal se contempla un caso de silencio negativo, en donde transcurridos 15 días desde la presentación del reclamo ante el Alcalde, se entiende que éste lo ha rechazado. También en cuanto a la orden de no innovar contenida en la letra e) del artículo 140 de la Ley Orgánica de Municipalidades, la que claramente en el reclamo de la Ley de Transparencia no procede, pese a que podría entenderse que cumple el mismo rol la norma del artículo 29 LT, que dispone que en caso de haberse otorgado por el Consejo el acceso a la información denegada por el órgano administrativo, la interposición del reclamo suspende la entrega del documento solicitado; aunque esta disposición no es facultativa para la Corte de Apelaciones sino obligatoria.

Finalmente, cabe hacer presente que el reclamo de ilegalidad municipal contempla dos tipos de legitimación activa: una acción popular para el caso en que el acto u omisión que se considera ilegal afecte el interés de la comuna, y una legitimación activa ordinaria para el particular agraviado por la acción u omisión, en los demás casos. En el reclamo de ilegalidad ante el Consejo para la Transparencia, solo puede ser presentado por el órgano de la Administración del Estado a

quién se le solicitó información, o el particular que la requirió, y al cual le fue denegada, sin que existan hipótesis de acción popular.

Se entiende por tanto que el contencioso de la Ley de Transparencia es más restringido, y consagrado para resguardar una situación puntual, a diferencia de lo que ocurre con el reclamo de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.

### *7.2. Reclamo de ilegalidad de la Ley de Transparencia y reclamos de resoluciones de las Superintendencias*

Mencionaré aquí, a modo ejemplar, dos procedimientos contenciosos administrativos que impugnan resoluciones de diversas superintendencias:

El artículo 19 de la Ley 18.410, que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, señala que *Los afectados que estimen que las resoluciones de la Superintendencia no se ajustan a la ley, reglamentos o demás disposiciones que le corresponda aplicar, podrán reclamar de las mismas, dentro del plazo de diez días hábiles, contado desde la notificación, ante la Corte de Apelaciones correspondiente al domicilio del reclamante. Enseguida, se señala en la disposición que la Corte deberá notificar a la Superintendencia y conferirle un plazo para que evacue traslado. Además la Corte tiene la facultad de abrir un término probatorio si lo estima pertinente. Por otra parte, se establece la posibilidad de recurrir de apelación respecto de lo que resuelva la Corte de Apelaciones, recurso del que conoce la Corte Suprema.*

En segundo lugar, otro caso que se puede mencionar, es el de la Ley Orgánica Constitucional de la Superintendencia de Valores y Seguros. Al respecto el artículo 44 y siguientes del Decreto Ley 3.538, que contiene la referida Ley Orgánica Constitucional, contempla una serie de recursos para los casos en que personas o entidades estimen

que los actos administrativos que realice la Superintendencia o sus omisiones no se ajustan a la ley, reglamentos o normas que le compete aplicar, entre los que se cuenta el recurso de reposición y el recurso de ilegalidad. Este último se presenta ante la Corte de Apelaciones de Santiago y, por regla general, no suspende los efectos del acto reclamado. Se contempla la posibilidad de que la Superintendencia evacue traslado dentro del término de 6 días contados desde que es notificada. Transcurrido ese plazo, o en rebeldía de la Superintendencia, la Corte debe dictar sentencia dentro de los 15 días siguientes, y respecto de ella no procederá recurso alguno.

En ambos casos, nos encontramos frente a un procedimiento contencioso administrativo en el cual una Corte de Apelaciones -indeterminada en el primer ejemplo, o la Corte de Santiago en el segundo-, revisa la legalidad de la actuación de una Superintendencia. Se cumple en ambos casos con las reglas del debido emplazamiento de la parte recurrida, permitiéndole que formule sus descargos.

El recurso de la ley nº 18.410 es más completo y cumple de una mejor manera con las exigencias de un debido proceso que el procedimiento de la Superintendencia de Valores y Seguros, toda vez que permite presentar pruebas y contiene un recurso de apelación de la sentencia. Este último procedimiento se asemeja al reclamo del artículo 28 LT por el hecho de que no procede recurso alguno respecto de la sentencia, sin perjuicio de que nos remitimos a lo ya dicho en el sentido de que siempre cabe la posibilidad, en estos casos, de presentar un Recurso de Queja ante la Corte Suprema.

Como ya hemos visto en este informe, para algunos, la decisión de la Superintendencia de Valores y Seguros será una decisión jurisdiccional de primera instancia, mientras que el reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones será una apelación de lo resuelto previamente por el órgano administrativo. Para otros, entre los que me encuentro, al tratarse de un órgano administrativo, la

decisión de la Superintendencia sólo será reclamable judicialmente en un procedimiento de única instancia ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

La diferencia fundamental entre estos dos contenciosos y el de la Ley de Transparencia, dice relación con que en este último lo que se impugna no son actuaciones *estricto sensu*, sino más bien se reputa ilegal una decisión del Consejo, que se expresa formalmente en una resolución. Se advierte además otra nota distintiva, relacionada con que en estos procedimientos la legitimación activa corresponde siempre a un particular, siendo la Superintendencia respectiva la legitimada pasiva, mientras que en el reclamo de la Ley de Transparencia, pueden ser legitimados activos el particular afectado, el particular que solicitó información, o el órgano requerido; y como sujeto pasivo siempre encontramos al Consejo para la Transparencia, sin perjuicio de que puedan comparecer en el proceso todas las personas y órganos señalados.

Tal como mencioné a propósito del reclamo de ilegalidad municipal, estos procedimientos de reclamación contra actuaciones de las Superintendencias son más amplios, ya que pueden referirse a diferentes tipos de actos, y no necesariamente a una resolución, como en el caso de la Ley de Transparencia.

El contencioso ante el Consejo para la Transparencia, como se ha podido observar, se aparta de los caminos tradicionales que, en las últimas décadas, había dispuesto el legislador como vías de impugnación de los actos y actuaciones de la Administración del Estado. Ello se debe, en mi concepto, a su naturaleza de agencia administrativa autónoma.

*Andrés Bordalí Salamanca*

## **INFORME EN DERECHO**

Algunas Experiencias Relevantes De Derecho Comparado  
Sobre El Derecho de Acceso A La Información Pública  
En Relación A Los Correos Electrónicos De Los Funcionarios Públicos

**Ignacio Covarrubias Cuevas**

**José Manuel Díaz de Valdés J.**



## ÍNDICE

<b>I. JURISDICCIONES EN QUE LOS TRIBUNALES SE HAN PRONUNCIADO DIRECTAMENTE SOBRE LA PRIVACIDAD/PUBLICIDAD DE LOS CORREOS ELECTRÓNICOS DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS .....</b>	<b>7</b>
<b>1. ESTADOS UNIDOS.....</b>	<b>7</b>
1.1. Síntesis .....	7
1.2. Introducción: el Ordenamiento Jurídico Norteamericano .....	7
1.3. Legislación Relevante .....	8
1.3.1. Freedom of Information Act 1966 (“FOIA”).....	8
1.3.2. Legislaciones estatales sobre Acceso a la Información Pública.....	12
1.3.3. Otras legislaciones pertinentes.....	13
1.4. Derecho de Acceso a los E-mails de Funcionarios Públicos .....	13
1.4.1. Corte Suprema (Federal) de Estados Unidos .....	14
1.4.2. Cortes Supremas estatales .....	17
<b>2. CANADÁ.....</b>	<b>24</b>
2.1. Síntesis .....	24
2.2. Introducción: la particularidad del Ordenamiento Jurídico Canadiense.....	24

2.2. Legislación Relevante .....	25
2.3.1. The Access to Information Act 1982 (AIA) .....	25
2.4. Derecho de Acceso a los E-mails de Funcionarios Públicos .....	28
2.4.1. Los correos electrónicos de los funcionarios públicos como “documento” accesible en virtud de la AIA.....	28
2.4.2. La privacidad de los correos electrónicos conforme a lo resuelto por la Corte de Ontario .....	29

**II. JURISDICCIONES EN QUE AUTORIDADES DE ORDEN ADMINISTRATIVO SE HAN PRONUNCIADO SOBRE LA MATERIA SIN ULTERIOR RECLAMACIÓN JUDICIAL .....32**

**1. INGLATERRA .....32**

1.1. Síntesis .....	32
1.2. Introducción: el Ordenamiento Jurídico Inglés.....	32
1.3. Legislación Relevante .....	33
1.3.1. Freedom of Information Act 2000 (“FOIA”) .....	33
1.3.2. Otras Normas Legislativas .....	37
1.3.3. Normativas Sectoriales de Acceso a la Información Pública .....	38
1.3.4. Propiedad Intelectual.....	38
1.4. Derecho de Acceso a los E-mails de Funcionarios Públicos .....	38

1.4.1. ¿Se considera a los e-mails de funcionarios públicos como continentes de información que se encuentra en poder de la autoridad pública? .....	38
1.4.2. ¿Pueden los e-mails de funcionarios públicos acogerse a alguna excepción al derecho de acceso a información en poder de autoridades públicas? .....	40
1.4.3. Excepción contenida en la Section 35 de la FOIA .....	41
1.4.4. Excepción contenida en la Section 36 de la FOIA .....	44
1.4.5. Test de Interés Público .....	45
1.4.6. Test de Perjuicio .....	47

**III. JURISDICCIONES EN QUE NO HA HABIDO PRONUNCIAMIENTO PARTICULAR POR LO QUE LA NORMATIVA O JURISPRUDENCIA GENERAL PUEDE SER ILUSTRATIVA .....**

<b>1. ESPAÑA .....</b>	<b>49</b>
1.1. Síntesis .....	49
1.2. Constitución Española .....	49
1.2.1. Libertad de Información y derecho de acceso a la información en poder de la Administración .....	49
1.2.2. Derecho a la intimidad, secreto de las comunicaciones privadas y derecho a la protección de datos.....	50
1.3. Legislación más relevante.....	51

1.3.1. Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común .....	52
1.3.2. Ley Orgánica 5/1992 de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal.....	53
1.4. Algunos lineamientos del Tribunal Constitucional que inciden respecto de la privacidad/publicidad en los correos electrónicos de los funcionarios públicos .....	54
1.4.1. En relación con la injerencia en el contenido protegido por el derecho al secreto de las comunicaciones (v.gr. correos electrónicos).....	54
1.4.2. El derecho a la protección de datos como la facultad de disponer de los mismos, se encuentren éstos en soporte particular o público .....	55
1.4.3. Referente a la protección constitucional de los datos personales contenidos en un computador portátil .....	55
1.5. Anteproyecto Ley de Transparencia en España.....	57
1.5.1. Características principales.....	57
<b>2. CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS.....</b>	<b>59</b>
2.1. Síntesis .....	59
2.2. Introducción .....	59
2.3. El Derecho de Acceso a la Información Pública en la Normativa del Consejo de Europa.....	60
2.4. Jurisprudencia Relevante de la Corte .....	63

2.4.1. Se ha reconocido el derecho de acceso a información oficial en ciertos contextos .....	63
2.4.2. La privacidad de los e-mails se encuentra protegida por el derecho al respeto a la vida privada y familiar consagrado en el Artículo 8º de la Convención.....	64
2.4.3. La protección del Artículo 8º de la Convención no es absoluta.....	65
2.4.4. La protección del Artículo 8º no sólo se ejerce frente al Estado .....	65
2.5. Observaciones Finales.....	66
<b>3. CORTE DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.....</b>	<b>67</b>
3.1. Síntesis .....	67
3.2. Introducción .....	67
3.3. Normativa Relevante.....	67
3.4. Jurisprudencia de la Corte Europea de Justicia .....	71
<b>IV. CONCLUSIONES .....</b>	<b>73</b>
<b>V. BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA.....</b>	<b>75</b>

# I. JURISDICCIONES EN QUE LOS TRIBUNALES SE HAN PRONUNCIADO DIRECTAMENTE SOBRE LA PRIVACIDAD/PUBLICIDAD DE LOS CORREOS ELECTRÓNICOS DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS

## 1. ESTADOS UNIDOS

### 1.1. Síntesis

Si bien no existe normativa específicamente atinente a la publicidad/privacidad de los correos electrónicos de los funcionarios públicos, en esta materia se aplican las reglas generales sobre Acceso a la Información Pública. Conforme a éstas, los e-mails serán públicamente revelables si se consideran como “documentos públicos”, a menos que sean calificados bajo alguna de las excepciones genéricas previstas en dicho ordenamiento. En tal evento puede tener lugar un proceso de balance con el fin de determinar si, en definitiva, prevalece la privacidad o el interés público en su develación.

La Corte Suprema Federal se ha pronunciado en varias ocasiones respecto de solicitudes de acceso que, en el contexto de la Ley de Acceso a la Información Pública, han incidido directamente en la excepción que protege la privacidad, sin embargo, sólo algunas Cortes Supremas estatales se han pronunciado derechamente sobre la privacidad de correos electrónicos de funcionarios públicos. En estos casos, el criterio dominante ha sido no autorizar la revelación de emails si de la solicitud no se desprenden antecedentes que digan relación con los deberes o desempeño del funcionario público cuyo correo electrónico se pide conocer.<sup>1</sup>

### 1.2. Introducción: el Ordenamiento Jurídico Norteamericano

La presente sección dice relación con el derecho vigente en los Estados Unidos de América (en adelante indistintamente “Estados Unidos” o “USA”). Cabe considerar algunos rasgos generales del ordenamiento jurídico norteamericano que son relevantes para la comprensión del presente informe.

En primer término, existe un control de constitucionalidad que se concentra en el Tribunal Supremo Federal, cuya revisión judicial no sólo comprende las Leyes Federales (dictadas por el Congreso de los Estados Unidos) sino que también abarca las Leyes Estatales (dictadas por los diversos Congresos estatales). En segundo lugar, las fuentes del derecho

---

<sup>1</sup>WATKINS, John&PELZ, Richard, *The Arkansas Freedom of Information Act* (4th ed. 2004), pp. 436-437, afirman que a diferencia de las comunicaciones tradicionales, el caso de los emails “*es particularmente complejo porque los empleados [públicos] usualmente tienen una expectativa de privacidad al comunicarse por correo electrónico (...). Esta expectativa aumenta debido a que la vida privada y pública de los funcionarios convergen en muchas comunicaciones electrónicas (...)*”. Esta idea se ve complementada por la noción [admitida por los tribunales] de que los antecedentes públicos bajo la FOIA lo son mientras estén relacionados con “*documentos sobre desempeño o falta de desempeño de las funciones públicas*”.

presentan ciertas características propias derivadas del sistema del CommonLaw. A modo ilustrativo, la jurisprudencia es fuente directa y obligatoria con carácter general para todo el ordenamiento jurídico (*staredecisis*) que incluso vincula a los jueces y también a los del Tribunal Federal, respecto de sus fallos anteriores (*precedent*). En tercer término, la doctrina suele gozar de menor efecto que la *auctoritas* desarrollada en los países del sistema de derecho continental europeo. Por otra parte, hay una serie de fuentes (*softlaw*) que si bien no son obligatorias para los jueces, sí son vinculantes para las propias autoridades que concurren en su dictación (buenas prácticas, ordenanzas, interpretaciones administrativas, etc.).

Dentro de las fuentes, y ciertamente por debajo de la jurisprudencia del Tribunal Federal, se sitúa la potestad reglamentaria del Presidente del Gobierno Federal (*executiveorders*) habilitada para restringir por la vía interpretativa las garantías establecidas por una ley (*Act*). Esta ha solidado ser una potestad muy activa para declarar confidencial, por largos períodos de tiempo, documentos ejecutivos que por diversas causales se estime que deben quedar bajo secreto. A modo ejemplar, varios actos administrativos han revertido la tendencia a la apertura, por la vía de “ensanchar la discrecionalidad para establecer secretos oficiales”.<sup>2</sup>

Conforme a lo señalado, el presente informe comprende principalmente el tratamiento de las fuentes de orden legal y jurisprudencial, incorporando otras fuentes –especialmente la doctrina- en la medida que sean pertinentes como complemento de las fuentes principales y obligatorias.

### **1.3. Legislación Relevante**

#### **1.3.1. Freedom of Information Act 1966 (“FOIA”)**

La norma legal más importante es la Freedom of Information Act (en adelante, indistintamente, “FOIA” o “la Ley”) una de las legislaciones más antiguas en establecer la sujeción de todos los organismos del poder ejecutivo federal –incluso las agencias reguladoras (Superintendencias)- al acceso público en los casos autorizados por la referida FOIA. Esta persigue la apertura de la rama ejecutiva del gobierno, por lo que queda fuera de su alcance tanto el poder legislativo como el poder judicial del gobierno federal así como también los gobiernos estatales, municipales y otros organismos públicos de carácter local. Estas últimas entidades están sujetas a las respectivas leyes estatales de Acceso a la Información Pública, sobre las que nos referiremos más adelante.

Es importante adelantar que la FOIA excluyó de su imperio al grupo de asesores más inmediatos del Presidente (*immediate personal staff*) cuya función consiste fundamentalmente en brindar consejo y asesoría al Jefe del Ejecutivo. Esta exclusión comprende, asimismo, al Vice-Presidente del gobierno federal.<sup>3</sup>

La progresiva apertura del gobierno federal comenzó a sufrir sucesivos traspiés con ocasión de los atentados del 11 de septiembre de 2001, momento a partir del cual se dictaron

---

<sup>2</sup>Executive Order 12.356/1982.

<sup>3</sup> Por ejemplo, la Casa Blanca ha sostenido que el Consejo de Seguridad Nacional, como ente, es un consejero personal del Presidente por lo que no se encuentra cubierto por las normas de la FOIA.

una serie de leyes que han significado importantes escollos para la operatividad de la FOIA<sup>4</sup>, entre otras, cabe mencionar la CriticalInfrastructureInformationAct (2003) y la IntelligenceAuthorizationAct (2003), en cuya virtud el Presidente ha ido restringiendo el acceso a documentos de sus predecesores en el cargo. El actual gobierno federal ha implementado un esfuerzo de apertura y transparencia, aunque sin modificar las leyes que permiten contrarrestar lo establecido por la FOIA.

### 1.3.1.1. Principales características de la FOIA<sup>5</sup>

- El objeto de la FOIA, según la modificación de 1974, es el de proveer acceso público a los documentos o archivos de las agencias [federales] del modo establecido por la Ley. El listado de los organismos obligados por la Ley no es taxativo, pues se refiere a todas las agencias federales, por lo que se va incrementando en la medida que se creen las aludidas entidades, a menos que expresamente queden excluidas por ley.<sup>6</sup>
- La Ley exige que cada agencia publique (Federal Register) los detalles de su organización, incluyendo los empleados a quienes es posible solicitar el acceso y los métodos por los cuales la información puede ser obtenida, entre otros aspectos prácticos. Lo anterior también debe estar disponible a través de los sitios de internet del respectivo organismo.
- Los documentos o antecedentes susceptibles de ser revelados son aquellos que se encuentran en poder o a disposición de las referidas agencias y que no se encuentran actualmente a disposición del público.
- La solicitud de acceso debe ser por escrito. Debe incluir la dirección postal, un número de teléfono disponible para que sea posible para contactar al requirente, de ser necesario.
- El solicitante (cualquier persona, incluso extranjeros) no requieren probar interés alguno para conocer los documentos cuyo acceso pide, aunque debe pagar una tarifa para ejercer su derecho, monto que es recuperado si su solicitud finalmente es admitida.
- Cada agencia gestiona la solicitud de acceso a la información y, de ser necesario, justifica la negativa, identificando los motivos del rechazo y la excepción invocada, decisión que puede ser apelada ante las Cortes Federales, quienes conocen y resuelven sobre el asunto en un procedimiento donde la carga de la prueba recae en la agencia que denegó el acceso.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup>BIRKINSHAW, Paul, *Freedom of Information: the Law, the Practice and the Ideal* (4 ed. Cambridge University Press, Cambridge 2010)MACDONALD, John, et al., *The Law of Freedom of Information* (2 ed. Oxford University Press, Oxford 2009), p. 459-462.

<sup>5</sup> Al respecto: <http://www.foia.gov/>Para complementar este aspecto, véase: BIRKINSHAW, Paul (2009): p. 462-464. Respecto de las causales 6 y 7 (c), FRED CATE, ANNETE FIELDS AND JAMES MCBAIN(1994),“The Right to Privacy and the Publics Rights to know: the ‘central purpose’ of the Freedom of Information Act”, en *Administrative Law Review* 41, p. 52-57.

<sup>6</sup> A modo meramente ejemplar, hay 18 agencias dependientes o vinculadas con el Ministerio del Trabajo, sometidas a la FOIA. *Vid.*: <http://www.dol.gov/dol/foia/agencies.htm>

<sup>7</sup> Cada apelante debe costear a su abogado para que apele, tarifa que es devuelta si se estimó que el reclamante ha tenido un “éxito sustancial” en su apelación.



- La retención de lo solicitado por parte del ente requerido obliga a éste a responder una carta en que informa al requirente de su derecho a apelar, por regla general dentro del plazo de 30 días.

### 1.3.1.2. Las excepciones contempladas por la FOIA

Son nueve las salvedades previstas por la Ley en el artículo 5 del USC 552 (b).

Excepción 1: información de seguridad nacional. Protege la divulgación de toda la información de seguridad nacional sobre la política de defensa nacional o extranjera que ha sido declarada confidencial de acuerdo con los requisitos sustantivos y de procedimiento de la orden ejecutiva actual.<sup>8</sup>

Excepción 2: normativa interna del organismo. Protege la información sobre asuntos de naturaleza trivial (conocida como “Información baja 2”) o bien aquella cuya relevación supondría una carga que afectaría las funciones del organismo (“información alta 2”).

Excepción 3: Información expresamente exenta por otras leyes. Ejemplos de dicha normativa son algunas leyes –la Privacy Act o la Critical Infrastructure Information Act- a las que nos referiremos brevemente más adelante.

Excepción 4: secretos comerciales, información comercial y financiera. Se refiere a aquella obtenida por el Gobierno y que sea confidencial o excepcionada (priveleged).

Excepción 5: memorandos o correspondencia (letters) emanadas de las agencias (interagency). Se refiere a aquella que no se encuentra disponibles al público por alguna causal legal, por ejemplo, la información que dice relación con una persona que actualmente está litigando con el organismo en cuestión.

Excepción 6: información personal o privada. La ley se refiere expresamente a los “documentos personales, médicos u otros similares” cuya revelación pública constituiría “una clara e injustificada invasión a la privacidad”.

Excepción 7: Documentos sobre investigaciones efectuadas con propósitos disciplinarios (law enforcement purposes). Esta salvedad contempla, a su vez, 6 tipos de información cuya revelación pública:

- (A) Pudiera razonablemente interferir en la ejecución de procedimientos policiales.
- (B) Pudiera privar a las personas de un juicio justo o un juicio imparcial.
- (C) Pudiera constituir una “invasión injustificada de la privacidad personal”.

---

<sup>8</sup>La orden ejecutiva vigente en la actualidad es el número 12.958, firmada por el Presidente George W. Bush con fecha 25 de marzo de 2003.

(D) Pudiera dar a conocer la identidad de una fuente confidencial, estatal, local, de una agencia o de autoridad extranjera o de cualquier institución privada que provee información confidencial, o debe tratarse de información recopilada en virtud de procedimientos criminales actualmente en el curso o de una agencia de está llevando a cabo una investigación sobre materias de inteligencia que afecten la seguridad nacional.

(E) Pudiera dar a conocer técnicas y procedimientos de investigación disciplinaria o criminal siempre que tal descubrimiento arriesgara la observancia de la ley.

(F) Pudiera razonablemente esperarse que pusiera en peligro la vida o la seguridad física de cualquier individuo.

Excepción 8: Antecedentes en manos de instituciones financieras. Dice relación principalmente con la información personal de orden bancaria o tributaria.

Excepción 9: Información geográfica o geofísica, mapas incluidos, concerniente a pozos.

### **1.3.1.3. La privacidad personal protegida por la FOIA. Alcance general de la excepción N° 6**

Para invocar exitosamente la exención N° 6 frente a una solicitud de acceso a la información pública, la jurisprudencia ha reconocido que deben seguirse escalonadamente los siguientes pasos.

En primer lugar, la información requerida debe caer dentro de la categoría de "personal, médica o similar".<sup>9</sup> Una vez que se ha establecido que la información satisface el denominado requisito de umbral de la referida excepción, el segundo requerimiento consiste en determinar si la divulgación de los documentos en cuestión "constituiría una clara e injustificada invasión en la intimidad personal". Hasta aquí las exigencias no son sino aquellas legalmente exigidas. La jurisprudencia, particularmente la del Tribunal Supremo –recogiendo la historia fidedigna de la FOIA-<sup>10</sup> ha sostenido que esta segunda exigencia debe ser complementada por un tercer paso configurado por un proceso “de balanceo entre el derecho del público a saber y el derecho personal a la vida privada”<sup>11</sup> protegida por la excepción.

---

<sup>9</sup>En *U.S. Dept. of State v. Washington Post Co.*(1982), 599-603, el Tribunal Supremo sostuvo que la expresión “documento similar” debía entenderse en un sentido que no sólo incluyera información “sobre detalles íntimos de una persona”, sino también similar, tal como es la información contenida en un pasaporte, toda vez que ésta excepción también persigue “proteger a las personas del daño y vergüenza que puede derivarse de la revelación innecesaria de información personal”. Es en este sentido que la aludida frase debía entenderse en un sentido más amplio que restringido.

<sup>10</sup> El reporte del Senado en la tramitación de la referida Ley: “La frase ‘clara e injustificada invasión a la privacidad personal’ enuncia la aplicación de una medida que supondrá un balance de intereses entre la protección de los asuntos privados de una persona y la consecución del derecho del público a la información gubernamental.”, en: Senador Rep. N° 813, 93d Congreso. 2d sesión. 11. (1974).

<sup>11</sup>*Dept. of Air Force v. Rose* (1976), 372. En el mismo sentido, *NARA v. Favis* (2004), 171, en que se precisó que “la expresión ‘injustificada’ nos exige balancear el derecho a la privacidad familiar y el interés público en la transparencia”.

En uno de los hitos jurisprudenciales (landmark case) sobre la FOIA –U.S. Dept. of Justice v. Reporters Committee for Freedom of the Press (1989)- sentencia que “gobierna todas las decisiones judiciales de protección a la privacidad bajo la FOIA”<sup>12</sup>, la Corte Suprema Federal puso fin a once años de periodismo investigativo de un reportero de la cadena CBS, quien había solicitado acceso sobre los antecedentes criminales (arrestos, formulación de cargos, condenas o absoluciones) de una figura del crimen organizado, por los supuestos beneficios contractuales recibidos por su industria a cambio de contribuciones en las campañas de un congresista. Sin embargo, la Corte, unánimemente sostuvo que las agencias gubernamentales podían retener los aludidos antecedentes de particulares aun cuando dicha información pudiera encontrarse disponible en archivos públicos de las respectivas reparticiones públicas estatales.

La Corte Suprema dijo que el único interés público a ser reconocido en una ponderación con la privacidad es aquel que dice relación con información que directamente devela las actividades del gobierno.<sup>13</sup> Así, se sentó un principio que ha sido recogido por toda la progenie jurisprudencial desarrollada a partir del aludido caso, cual es que el propósito central de la FOIA es “exponer al escrutinio público información oficial que de luz acerca del desempeño de las obligaciones legales de la agencia, antes que sobre el propósito particular por el cual el documento fue requerido (...). El propósito de la ley no se ve incentivado por la revelación de información, sobre ciudadanos particulares, acumulada en varios archivos de la administración, pues ello entrega poco o nada acerca de la propia conducta de la agencia.”<sup>14</sup>

Algunos otros aspectos destacables de la doctrina jurisprudencial sostenida por la Corte Federal se advertirán más adelante en una síntesis sobre algunas de las sentencias más relevantes que dicen relación con la tensión entre la FOIA y la privacidad personal.

### 1.3.2. Legislaciones estatales sobre Acceso a la Información Pública

Si bien las leyes sobre Acceso a la Información Pública (en adelante, “leyes FOI”) poseen variedad de denominaciones –Ley de Documentos Públicos<sup>15</sup>, Ley de la Luz<sup>16</sup>, y muchas otras más<sup>17</sup>- en la mayoría de los casos son del todo similares con la FOIA. En efecto, junto con compartir el propósito común de brindar acceso sobre la información gubernamental, en todas ellas los documentos se presumen disponibles al público y contemplan específicas excepciones que son estrictamente redactadas. Asimismo, todas prevén una acción de reclamación judicial ante un tribunal estatal en caso de denegación de información.<sup>18</sup>

---

<sup>12</sup>Department of Justice Guide to the Freedom of Information Act, p. 423.

<sup>13</sup>U.S. Dept. of Justice v. Reporters Committee for Freedom of the Press 489 U.S. (1989), p. 772-773.

<sup>14</sup> Ibid, p. 771-775.

<sup>15</sup> Public Records Law (Arizona).

<sup>16</sup>Sunshine Law (Missouri).

<sup>17</sup> Public Information Act (Maryland), Access to Public Records Act (Rhode Island), a modomeramenteejemplar.

<sup>18</sup>Vid. *Open Gov't Guide*, REPORTERS COMMISSION FOR FREEDOM OF THE PRESS (2006), disponible en: <http://rcfp.org/ogg/index.php>. Esta versión online exhibe una clara comparación entre las distintas leyes FOI y sus características.

Con todo, las grandes diferencias existentes entre las distintas leyes FOI y la FOIA dicen relación con algunos aspectos –carácter del cumplimiento o ámbito de cobertura<sup>19</sup>, a modo ejemplar- que no inciden mayormente en las materias relevantes que son objeto del presente informe por lo que no nos referiremos a ellas.

### 1.3.3. Otras legislaciones pertinentes

Si bien existe una variada legislación estrechamente vinculada a la FOIA<sup>20</sup>, no nos referiremos directamente a ella, ya sea porque no es estrechamente atinente al tema objeto del presente Informe, ya sea porque en muchos casos la aplicación de dicha normativa ha tenido un impacto más bien negativo en el desempeño de la Ley al desincentivar el ejercicio del derecho de acceso a la información o bien al excluir determinada información como disponible en virtud de la FOIA.

Un ejemplo ilustrativo de lo último es la Critical Infrastructure Information Act (2002), que regula el uso y revelación de información entregada al Ministerio de Seguridad Interna (Homeland Security) por motivos de riesgos y amenazas a la “infraestructura crítica”, definida ésta como “sistema y activos, sean físicos o virtuales, tan vitales para los Estados Unidos, que la inutilidad o destrucción de tales sistemas y activos generaría un debilitamiento en la seguridad nacional, en la estabilidad económica, en la salud pública, o en la combinación de éstas materias”.<sup>21</sup> El resultado de esta legislación ha significado un aumento sin precedentes de la información de privados en manos del Gobierno. De hecho, “se estima que sobre el 90 por ciento de la infraestructura de la nación está a cargo de la industria privada”.<sup>22</sup> La conciencia acerca del peligro que la diseminación de tal información produciría en la seguridad nacional ha hecho que se encuentre formalmente excluida del derecho de acceso garantizado por la FOIA.

Leyes como la señalada y otras similares -The Federal Advisory Committee Act (1972)- no han sido muchas veces un estímulo adecuado que contribuya al acceso a la información pública promovida por la Ley<sup>23</sup>, por lo que no es pertinente referirse mayormente a ellas.

## 1.4. Derecho de Acceso a los E-mails de Funcionarios Públicos<sup>24</sup>

Si bien la normativa precedentemente expuesta no prevé expresamente la situación en que se encuentran los e-mails de los funcionarios públicos, los tribunales de justicia de orden estatal se han pronunciado derechamente sobre el punto, aplicando las normas y principios

---

<sup>19</sup>WATKINS, John & PELZ, Richard, ob. cit, p. 417. Así lo explican los autores citados: “*Mientras la FOIA sólo aplica a los documentos en poder y control de una ‘agencia’ del Poder Ejecutivo, la mayoría de las leyes FOI rigen sobre todos los ‘documentos públicos’ (...) una clase más genérica*”.

<sup>20</sup>Vid. *The Sunshine Act* (1976) o *The Intelligence Authorization Act* (2003), etc.

<sup>21</sup>*Patriot Act* (2001), Section 1016 (e).

<sup>22</sup>SUMMERILL, Joseph, (2003) *The Federal Lawyer* (Ed. Civil Practice, Virginia, 2010), p. 24.

<sup>23</sup>BIRKINSHAW, Paul, ob. cit, p.472.

<sup>24</sup> La prensa mundial informó durante el año 2011 acerca de la revelación pública de cerca de 24.000 correos electrónicos enviados por Sarah Palin como ex Gobernadora de Alaska. Los medios señalan que dicha revelación habría tenido lugar con ocasión del ejercicio del derecho de acceso previsto por la FOIA. No nos ha sido posible acceder a dicho procedimiento y tampoco hemos podido constatar que tal evento haya sido objeto de algún tipo de reclamación judicial. Al respecto, puede consultarse: <http://www.abc.es/20110610/internacional/abci-sarah-palin-mails-201106101616.html>

generales de acceso a la información pública vigentes en cada Estado. Tratándose del específico tema de los aludidos correos electrónicos, no se ha aplicado el principio fundante de la FOIA en cuanto a que toda la información en poder de una autoridad pública es por ello accesible a menos que una excepción justifique lo contrario.

En efecto, en las ocasiones en que esta particular situación ha sido analizada se ha sostenido que la presunción de publicidad rige recién una vez que se ha estimado que los antecedentes solicitados cae dentro de la categoría de documento público y para que ello ocurra es condición previa que el solicitante haya proveído ciertos indicios para pensar que existe una “conexión sustantiva” entre el contenido de los correos y el ejercicio de la función pública que se desempeña.<sup>25</sup> Esta exigencia de vinculación entre la información solicitada y su conexión con el desempeño de los deberes funcionarios parece tener asidero sustantivo en la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema Federal, por lo que nos referiremos de inmediato a ello, previo a revisar los fallos que tienen directa relación con los correos electrónicos de los funcionario públicos.

#### **1.4.1. Corte Suprema (Federal) de Estados Unidos**

La Corte Suprema Federal se ha pronunciado aproximadamente en treinta y un ocasiones sobre la aplicación de la FOIA, desde 1966 hasta el año 2011.<sup>26</sup> De todas ellas, en sólo ocho oportunidades<sup>27</sup> ha emitido su opinión sobre la excepción relativa a la invasión a la privacidad personal. Si bien en ninguna de ellas se ha referido directamente a la privacidad de los correos electrónicos de los funcionarios públicos, parece de todos modos pertinente ilustrar el modo en que el Tribunal Federal ha resuelto en algunos casos la tensión existente entre el derecho de acceso y la excepción de la privacidad contemplada por el número 6 de la FOIA.

##### **1.4.1.1. U.S Dept. of the Air Force v. Rose (1976)<sup>28</sup>**

La Corte Suprema, reiterando lo dispuesto por una sentencia de segunda instancia, acogió (5-3) la solicitud de conocer los sumarios de honor y éticos llevados a cabo en la Academia de la Fuerza Aérea, organismo que se había opuesto invocando la excepción N° 6 de la Ley, afirmando que la aludida revelación estigmatizaría a los afectados por el resto de sus carreras.<sup>29</sup> El tribunal concluyó, en cambio, que concurre un indudable interés público en conocer los engaños y otras infracciones disciplinarias ocurridas en la Academia de la Fuerza

---

<sup>25</sup>TAYLOR, Lindsay J., “Griffis v. Pinal County: estableciendo cuando los correos personales de un funcionario público son documentos públicos sujetos a revelación”, en *Arizona LawReview*, vol. 49 (2007), p. 1032. El autor ha destacado esta jurisprudencia aunque critica que no se haya definido ni dado ejemplos para ilustrar en qué casos se está ante dicha exigencia de “nexo sustantivo” entre el documento solicitado y los deberes gubernativos.

<sup>26</sup>Collaboration on Government Secrecy, disponible en: [www.wcl.american.edu/lawandgov/cgs/](http://www.wcl.american.edu/lawandgov/cgs/) Si bien el último caso pronunciado por la Suprema Corte –*FCC v. AT&T, Inc.*, 562 U.S. (2011)– se refiere a la excepción 7 (c) de privacidad personal, no lo incluiremos en nuestro recuento, puesto que sólo responde a la acotada pregunta de si esta excepción era aplicable a las personas jurídicas (*corporations*), no innovando en nada respecto de los temas objeto del presente informe.

<sup>27</sup>Desde el leading case *U.S. Dept. of the Air Force v. Rose* (1976) hasta el *National Archives & Records Administration v. Favish* (2004).

<sup>28</sup>*Air Force v. Rose* 425 U.S. 352 (1976).

<sup>29</sup>*Ibid*, p. 377.

Aérea, toda vez que la obediencia y confiabilidad son virtudes muy relevantes para la efectividad militar.<sup>30</sup>

Aparte del modo en que se resolvió el balance entre ambos intereses, el caso es relevante porque por vez primera la Corte Federal sostuvo que el lenguaje como la historia legislativa de la FOIA indica que las excepciones por ella contempladas debían ser interpretadas restrictivamente.<sup>31</sup>

#### **1.4.1.2. U.S. Dept of State v. Washington Post Co. (1982)<sup>32</sup>**

El Diario Washington Post había pedido al Departamento de Estado revelar si era efectivo que dos oficiales del Ejército Revolucionario Iraní contaban con pasaportes norteamericanos. El ente público se negó a acceder argumentando que dicha información calificaba como “documentación similar” a que hace referencia la excepción prevista en el N° 6 de la FOIA y cuya develación constituiría una “clara e injustificada” invasión a la privacidad bajo la referida salvedad.<sup>33</sup> La Corte Suprema (en resolución unánime) apoyó la decisión del Departamento de Estado en cuanto a retener, en virtud de la referida causal, la información solicitada por el periódico. Sostuvo que los dos iraníes podrían correr peligro si se accediera a lo pedido por el Diario. Ello les “generaría una seria amenaza de carácter físico emanada de los grupos revolucionarios prestos para la violencia”.<sup>34</sup>

Al no acogerse el argumento que había sustentado la Corte de Apelaciones en cuanto a que la aludida excepción contenida en la Ley no autoriza la retención de información fundado en la “seguridad física o personal de personas situadas o residentes fuera del país”, el Tribunal Supremo atribuye un sentido amplio a la referida excepción y al mismo tiempo uno más restringido al interés público en la referida revelación.<sup>35</sup> La Corte Suprema mantendría similar interpretación restrictiva del interés público en *Federal Bureau of Investigación v. Abramson* (1982)<sup>36</sup>, caso en el que el FBI rechazó la solicitud de un periodista para conocer algunos documentos de dicho organismo.

#### **1.4.1.3. U.S. Dept. of Justice v. Reporters Committee for Freedom of the Press (1989)<sup>37</sup>**

Un grupo de periodistas pidió al FBI los antecedentes sobre los arrestos, cargos, condenas y absoluciones sobre una conocida figura del crimen organizado, a cuyas empresas se imputaba haber recibido contratos en materia de Defensa a cambio de contribuciones a la campaña de un corrupto congresista.<sup>38</sup> La Corte Suprema (en fallo unánime) apoyó la retención de información por parte del ente requerido, añadiendo que el único interés público que ha de reconocerse en un balance con la privacidad del afectado es en develar información –en este

---

<sup>30</sup>Ibid, p. 381.

<sup>31</sup>Ibid, p. 361.

<sup>32</sup>*Dept. of State v. Washington Post* 456 U.S. 595 (1982).

<sup>33</sup> Ibid, p. 596-600.

<sup>34</sup>Ibid, p. 597 N° 2.

<sup>35</sup>HALSTUK, Martin. E., “Blurred Vision: The Supreme Court’s FOIA Opinions on Invasion of Privacy”, (2000) p. 130.

<sup>36</sup>*FBI v. Abramson* 456 U.S. 615 (1982).

<sup>37</sup>*Dept. of Justice v. Reporters* 489 U.S.,p. 749.

<sup>38</sup>Ibid, p. 757. El parlamentario había sido condenado por violar la Ley de Campañas Políticas.

caso sobre los antecedentes criminales de una persona- si la solicitud busca tener acceso a “información oficial” que dé luz acerca de la conducta o desempeño de una agencia o funcionario público.<sup>39</sup>

En la misma línea se pronuncia la Corte Federal en cuanto al modo de interpretar la FOIA. La sentencia afirma que su “propósito central es asegurar que las actividades del gobierno estén abiertas al ojo crítico del escrutinio público, no que la información sobre ciudadanos particulares que se encuentran en poder del gobierno pueda ser revelada”<sup>40</sup>, por lo que concluyó que la revelación pública de los antecedentes criminales de una persona, que no inciden directamente en el desempeño gubernamental constituye una “injustificada invasión a la privacidad” atendido que dicha información “cae fuera del ámbito del interés público que la FOIA pretende servir”.<sup>41</sup>

Este caso es considerado como de capital relevancia (seminal case), toda vez que junto con establecer lo que se denomina el “oficial information test”<sup>42</sup>, constituye un precedente indudable en los tres siguientes casos en que organismos públicos invocan la excepción N° 6 de la FOIA para retener la información solicitada.<sup>43</sup>

#### **1.4.1.4. U.S. Dept. of State v. Ray (1991)<sup>44</sup>; U.S. Dept. of Defense v. Federal Labor Authority (1994)<sup>45</sup> y, Bibles v. Oregon Natural Desert Assn. (1997)<sup>46</sup>**

Los tres casos señalados son categóricos en sostener el fondo de la argumentación desarrollada en el caso precedentemente expuesto. En el primero, Ray (1991), el Tribunal citó expresamente el considerando pertinente de Reporters Commitee (1989) en cuanto a que el interés público en la revelación pública se refiere a aquella “información oficial” que ilumine acerca del desempeño de las obligaciones legales del ente o funcionario público en cuestión.<sup>47</sup>

Federal Labor Authority (1994), un caso en que se pedía acceder al domicilio de ciertos empleados públicos, la Corte Suprema enfatizó que el único interés público en la revelación pública que debe ser sopesado en este balance es el grado en el cual dicha revelación puede servir al propósito central de la FOIA, cual es “contribuir significativamente al conocimiento público de las operaciones o actividades del gobierno”.<sup>48</sup> Por último, en Bibles v. Oregon Natural Desert Assn. (1997), caso en que se solicitó tener acceso a los nombres y direcciones de quienes habían recibido un boletín publicado por la Oficina de Bienes Nacionales, el

---

<sup>39</sup>Ibid, p. 772-773. En este considerando cita el caso *Air Force v. Rose* (1976), p. 372.

<sup>40</sup> Ibid, p. 774.

<sup>41</sup> Ibid, p. 775.

<sup>42</sup>FRED CATE, ANNETEFIELDS AND JAMES MCBAIN(1994), ob. cit., p. 67, donde define este “test” como un umbral para determinar si la información solicitada bajo la FOIA debería ser revelada públicamente.

<sup>43</sup>HALSTUK, Martin . E., ob.cit.,(2000) p. 135.

<sup>44</sup>*U.S. Dept. of State v. Ray* (1991) 502 U.S. 164.

<sup>45</sup>*U.S. Dept. of Defense v. Federal Labor Authority* (1994) 510 U.S. 487.

<sup>46</sup>*Bibles v. Oregon Natural Desert Assn.*117 U.S. 795 (1997).

<sup>47</sup>*Ray* (1991) p. 177-179. Creemos que lo categórico de esta afirmación debería matizarse a la luz de lo expuesto en este mismo considerando en que si bien la Corte estimó que había interés público en saber si el organismo requerido estaba cumpliendo la política prometida (en cuanto a supervigilar la protección de Haitianos deportados a su país) el interés en proteger la privacidad y seguridad de los haitianos era superior.

<sup>48</sup>*Federal Labor Authority* (1994), p. 494-495.

Tribunal Federal reiteró lo antes afirmado en cuanto a los propósitos centrales de la FOIA para efectos de determinar cuando era legítimo pasar por encima de la excepción contenida en el N° 6 de la referida Ley.<sup>49</sup>

#### **1.4.1.5. National Archives & Records Administration v. Favish (2004)**

El caso trata de la publicitada muerte en 1993, del presumiblemente suicidado Vince Foster, uno de los asesores de Bill Clinton mientras este era Presidente. Allan Favis solicitó el acceso de las fotografías de la escena de muerte del aludido ex asesor. Los organismos en poder del material requerido denegaron el acceso, invocando la salvedad 7 (C) de la FOIA, que exime de revelación pública los documentos cuyo conocimiento podría causar “una clara e injustificada invasión en la intimidad personal.”

Al llegar el asunto ante la Corte Suprema Federal, ésta concluyó (unánimemente) que la intimidad implicada en este caso superaba el débil interés público en el descubrimiento de las fotografías, ya que el solicitante no había acompañado antecedentes plausibles para sostener tal interés público.

Y siendo coherente con la doctrina precedentemente sostenida, afirmó al respecto que “donde hay un interés de intimidad protegido por la exención 7 (C), el interés público invocado debe mostrar que los funcionarios responsables actuaron negligentemente o de algún modo incorrectamente en la realización de sus obligaciones [por lo que] el requirente debe producir pruebas que garantizarían la creencia, para una persona razonable, que la presunta impropiedad del gobierno podría haber ocurrido”.<sup>50</sup> Profundizando el razonamiento, agregó: “Sólo cuando el requirente de FOIA haya producido pruebas suficientes para justificar la convicción, por una persona razonable, que la presuntiva impropiedad del gobierno podría haber ocurrido, allí habrá un contrapeso en la balanza de la FOIA (...) para sopesarlos contra los intereses de intimidad reconocibles en los documentos solicitados. Favish no ha producido ninguna prueba para poner aquel equilibrio en el juego.”<sup>51</sup>

#### **1.4.2. Cortes Supremas estatales**

##### **1.4.2.1 Corte Suprema de Arizona: ¿puede estimarse que los e-mails de un funcionario público no son “documentos públicos”?**

Síntesis: en *Griffis v. Pinal County* (2007)<sup>52</sup> la Corte Suprema de Arizona se pronunció acerca de si la información personal contenida en los correos electrónicos creados y mantenidos por computadores de propiedad del gobierno eran documentos públicos bajo el ámbito de la ley estatal de acceso. La decisión del tribunal concluyó que las referidas comunicaciones no eran documentos públicos per se, dado que el criterio por el cual debían ser conocidos dependía de si se advertía una conexión entre lo solicitado y un compromiso en los deberes funcionarios del requerido.

---

<sup>49</sup>*Bibles v. Oregon* (1997), p. 795.

<sup>50</sup>*National Archives & Records Administration v. Favish* 541 U.S. 157 (2004), p. 157.

<sup>51</sup>Idem.

<sup>52</sup>TAYLOR, Lindsay, ob. cit., p.156 P.3d 418.



Atendida la pertinencia del caso para los efectos del presente informe, nos referiremos al mismo con mayor detalle.

A) Antecedentes de hecho y procedimientos judiciales previos

En 2005, la Oficina de la Policía de Pinal County comenzó una investigación como consecuencia de denuncias efectuadas, en contra del Administrador del referido Condado, señor Griffis, que lo inculpaban de beneficiarse de un negocio de armas de caza a expensas de fondos del Condado, sin la debida autorización.<sup>53</sup> En dicho contexto, uno de los periódicos locales solicitó tener acceso a todos los correos electrónicos, enviados y recibidos en determinadas fechas por Griffis, administrados por el sistema computacional de Pinal County.<sup>54</sup>

El Condado otorgó acceso a más de setecientos correos electrónicos sobre el tema rechazando, asimismo, entregar aquellos que el afectado había estimado de carácter personal o confidencial hasta que el Periódico solicitante amenazó con demandar judicialmente al Condado si no se le daba conocimiento de todos los correos electrónicos inicialmente requeridos.<sup>55</sup> Griffis interpuso una acción cautelar (preliminary injunction) que le fue concedida por la Corte local aunque luego el Diario como el Condado lograron dejarla sin efecto, a lo cual accedió el tribunal en el entendido que se trataba de información “presuntivamente abierta a la inspección pública”<sup>56</sup> por lo que ordenó la liberación de los correos del afectado con la excepción hecha de la información personal financiera (números de tarjetas de crédito, cuentas corrientes, etc.).<sup>57</sup> El tribunal ofreció al afectado efectuar una inspección personal para resolver si lo sostenido por él superaba la presunción de conocimiento público, quién rechazó la posibilidad y apeló ante la Corte de Apelaciones del estado.<sup>58</sup>

Dicha Corte revirtió la orden dada por el tribunal local, fundada especialmente en una decisión anterior de la Corte Suprema estatal -Salt RiverPima-Maricopa Indian Community v. Rogers (1991)- en que el mismo Diario había solicitado conocer documentación creada por una compañía privada bajo el argumento de que dicha información se encontraba situada en una oficina gubernamental y estaba en posesión de una agencia pública.<sup>59</sup> El fallo de la C. Suprema desechó entonces esta noción amplia y había formulado tres definiciones de “documento público”, cuyo elemento definitorio común era la necesidad de existir una relación entre el documento y los deberes oficiales del funcionario afectado.

El argumento principal de Griffis ante la Corte de Apelaciones fue que el tribunal local no había aplicado el estándar previamente formulado por la Corte Suprema en Salt River (2001), consistente en determinar “si la información buscada fue creada o recibida en pos de algún deber o asunto público”<sup>60</sup> para los efectos de decidir si los documentos solicitados eran o no de libre acceso. La Corte de Apelaciones hizo suyo el argumento expuesto y estimó, sin

---

<sup>53</sup>TAYLOR, Lindsay, *ibid*, p. 420

<sup>54</sup>Idem.

<sup>55</sup>Idem.

<sup>56</sup>Ibid, p. 783.

<sup>57</sup>Ibid, p. 420.

<sup>58</sup>Ibid, p. 783.

<sup>59</sup>Ibid, p. 907.

<sup>60</sup>Ibid, p. 788.

revisar los correos electrónicos, que de los antecedentes del caso se desprendía que no había conexión entre los correos electrónicos de Griffis y sus deberes funcionarios, por lo que no cabía que fuesen públicamente revelados.<sup>61</sup>

## B) La decisión de la Corte

La decisión unánime (5-0) de la Corte fue categórica en sostener que los correos electrónicos –creados y mantenidos por un sistema computacional público y utilizados por funcionarios públicos- no pueden ser considerados documentos públicos (public records) conforme al derecho de Acceso a la Información.<sup>62</sup> Esta resolución tuvo por fundamento las siguientes consideraciones:

- i. Que el gasto de fondos públicos y tampoco la mera posesión de un documento por un organismo o funcionario público transformará un documento privado en uno público.<sup>63</sup>
- ii. Lo anterior se justifica puesto que aunque los correos electrónicos son enviados y recibidos en computadores públicos, algunos emails pueden referirse “únicamente a asuntos personales y, por tanto, no cumplirían con el requisito sustantivo de que exista una conexión con las actividades de gobierno”<sup>64</sup>
- iii. La Corte reconoció el fuerte compromiso de favorecer la entrega de documentos gubernamentales, aunque sostuvo que no se veía de qué modo la revelación de documentos “estrictamente privados” protegía el propósito subyacente a las políticas públicas de Transparencia. Lo dijo textualmente así: “Los documentos estrictamente privados no dan luz alguna respecto de cómo el gobierno cumple su tarea o gasta el dinero de los contribuyentes”.<sup>65</sup>
- iv. Por tanto, los correos en cuestión, al contener información “puramente personal” no son documentos públicos *per se*<sup>66</sup>, por lo que no es posible acceder a su revelación pública.<sup>67</sup>

La sentencia del máximo tribunal de Arizona formuló básicamente un procedimiento escalonado para determinar si el material solicitado era o no documento público para los efectos de la ley estatal de acceso. En primer lugar, afirmó que la parte solicitante debe dar indicios –en cuanto a la conexión sustantiva con las actividades de gobierno- acerca del carácter público del documento.<sup>68</sup> En segundo término, efectuado lo anterior por la parte

---

<sup>61</sup>Ibid, p. 790.

<sup>62</sup>Ibid, p. 422.

<sup>63</sup>Ibid, p. 421.

<sup>64</sup>Ibid, p. 422. *Vid.* WATKINS, John & PELZ, Richard, p. 436-437.

<sup>65</sup>Idem.

<sup>66</sup>Ibid, p. 421-23.

<sup>67</sup>El mismo tribunal observó a mayor abundamiento en 422-423, que si los correos electrónicos fuesen considerados “documentos públicos” *per se*, habría una presunción en favor de su publicidad aunque también reconoce que, en definitiva la privacidad, la confidencialidad o los superiores intereses del Estado, en un proceso de balanceo, podrían contrarrestar la aludida presunción.

<sup>68</sup>Ibid, p. 422.

solicitante, ésta debe pedir a la Corte que lleve a cabo una inspección personal (in camera review) de los documentos disputados para determinar si constituyen o no documentos públicos.<sup>69</sup> Conforme a lo anterior, el documento puede ser considerado público o privado. Si es considerado privado, no habrá acceso por no estimarse documento público. Si es estimado público, corre una presunción en favor de su revelación, pero no la asegura, toda vez que el tribunal puede [en un proceso de balance] estimar que hay derechos o intereses públicos contrapuestos que ameritan no autorizar la publicidad de los antecedentes solicitados.<sup>70</sup>

#### **1.4.2.2 Corte Suprema de West Virginia: ¿puede un correo electrónico acogerse a la excepción de privacidad personal para justificar su retención?**

Síntesis: en *Associated Press v. Canterbury* (2009)<sup>71</sup>, la Corte Suprema de Apelaciones del estado de West Virginia<sup>72</sup> resolvió que los correos electrónicos enviados por un juez a un particular no constituyen “documentos públicos” bajo la Ley de Acceso a la Información del estado, debido a que ellos no inciden en “las obligaciones, responsabilidades y deberes oficiales” del aludido funcionario público.

Este fallo afirma ser representativo de similar jurisprudencia pronunciada por otras Cortes estatales –en Arizona<sup>73</sup>, Florida<sup>74</sup>, Ohio<sup>75</sup> y Colorado<sup>76</sup>- sobre asuntos idénticos o análogos a aquel decidido por la Corte Suprema de West Virginia. Algunos, por el contrario, rechazan la aludida similitud o analogía.<sup>77</sup>

##### A) Antecedentes de hecho

El año 2008 el solicitante, Associated Press (en adelante “AP”), pidió al señor Canterbury –el responsable de autorizar el acceso- tener conocimiento de todos los documentos en que constaran las comunicaciones (correos electrónicos)<sup>78</sup> entre el juez E. Maynard y el ciudadano D. Blankenship, durante el período que va desde el 1° de enero de 2006 hasta febrero de 2008. El funcionario encargado, Canterbury, denegó la solicitud fundado en que lo requerido no era públicamente revelable conforme a lo dispuesto por la FOIA.

##### B) El Derecho involucrado

---

<sup>69</sup>Idem.

<sup>70</sup>Ibid, p. 423.

<sup>71</sup>*Associated Press v. Canterbury*, 688 S.E.2d 317.

<sup>72</sup>No obstante la denominación de la Corte –“Corte Suprema de Apelaciones”- es la de mayor jerarquía en el estado de West Virginia.

<sup>73</sup>*Associated Press v. Canterbury*, p. 325, en que cita el caso *Griffis v. Pinal County*, 156 P.3d 418 (2007).

<sup>74</sup>Ibid, 326, en que cita *State v. City of Clearwater*, 863 So.2d 149 (2003).

<sup>75</sup>Ibid, 328, donde se cita a *Wilson-Simmons v. Lake County Sheriff's Dept.*, 693 N.E.2d 789 (1998).

<sup>76</sup>Ibid, 326, en que se cita el caso *Denver Publ'g Co. v. Bd. of County Comm'rs*, 121 P.3d 190 (2005).

<sup>77</sup>(sin autor) “Taking out the context: A Critical Analysis of *Associated Press v. Canterbury*”, en *West Virginia Law Review*, vol. 113, (2010), p. 280, donde se afirma que “los casos citados por la Corte son de jurisdicciones con leyes FOIA que definen un documento público de modo más restrictivo que en la WVFOIA”.

<sup>78</sup>*Associated Press v. Canterbury*, p. 320-321. Las referidas comunicaciones constaban en 13 correos electrónicos enviados en un período cercano a dos años.

La Ley de Acceso a la Información de West Virginia (1977) –en adelante “WVFOIA”– entrega a toda persona “el derecho a inspeccionar o copiar cualquier documento público de una institución pública del estado, salvo aquellas excepciones previstas en la sección cuarta del presente artículo”<sup>79</sup>

La WVFOIA define “documento público” como “todo escrito que contiene información relativa con la conducta de los asuntos públicos, elaborados, en posesión y retenidos por una entidad pública”.<sup>80</sup>

Dentro de dichas salvedades la WVFOIA prevé 19 categorías de información exentas de revelación pública. Entre ellas, cabe destacar la número 2, que exime de conocimiento público la “información de naturaleza personal, tal como aquella mantenida en un archivo personal, sea médico o similar, cuya revelación pública constituiría una injustificada invasión a la vida privada, a menos que la evidencia de un claro y evidente interés público exija la revelación en la específica instancia.” (§29B-1-4. Exemptions). Con todo, en el presente caso, al estimarse que no se estaba frente a un documento público, no fue necesario considerar la aplicabilidad de las excepciones.

#### C) La decisión de la Corte Suprema de West Virginia

Para arribar a la conclusión de que la información solicitada no era pública y, por tanto, evitar el sometimiento a la FOIA y a un eventual balanceo de intereses en tensión, la Corte articuló las siguientes consideraciones:

- i. Que la definición de “escrito” (writing) contenida en la WVFOIA incluye las comunicaciones por correo electrónico<sup>81</sup> a cuyo conocimiento se solicitaba tener acceso.
- ii. El argumento medular sostuvo que “[b]ajo el claro lenguaje de la definición [por el WVFOIA] de ‘documento público’, la comunicación de un funcionario público o de un empleado público por correo electrónico personal y que no dice relación con la conducta de un asunto público, no constituye un documento público sujeto a la revelación dispuesta por la FOIA.”<sup>82</sup>
- iii. Luego, concordó en cuanto a que la determinación, acerca de “si la comunicación por correo electrónico, de un empleado o funcionario público, constituye un documento público sometido a la revelación de la Ley de Información Pública de West Virginia,

---

<sup>79</sup> W. VA. CODE § 29B-1-3.

<sup>80</sup> W. VA. CODE § 29B-1-2 (4). Al respecto, NEELY, Alfred, *Administrative Law In West Virginia* 53, Michie Co. ed., 1982, p. 541, afirma que una lectura sensible de la disposición “autorizaría excluir sólo los escritos personales y privados, de funcionarios gubernamentales, que *carecen absolutamente* de relación con obligaciones públicas” (la cursiva es del autor). En el mismo sentido, MC. GINLEY&WEISE (2010).

<sup>81</sup> *Associated Press v. Canterbury*, 324. La Ley define como “writing” a “todo libro, papel, mapa, fotografía, tarjeta, cinta, grabación u otro material documental, independiente de su forma o características físicas” W. Va. CODE § 29B-1-2(5) (2009).

<sup>82</sup> *Ibid*, p. 319-320.

se encuentra circunscrito a un análisis del contenido del correo electrónico que no se extiende a un análisis contextual sobre el interés público del documento.”<sup>83</sup>

D) La disidencia del fallo

La jueza disidente lo fue sólo en términos parciales. En cuanto a las cuestiones de Derecho concordó con la mayoría en cuanto a que un correo electrónico personal de un funcionario público, que no se refiere en su contenido, a asuntos que afecten la función pública que se desempeña, no constituye un documento público para los efectos de la WVFOIA.<sup>84</sup>

Su disidencia se fundó en dos aspectos: el primero –y más relevante- estriba en que ella derechamente desestimó que los correos electrónicos en cuestión fueran “puramente personales”<sup>85</sup> y no se vincularan con la conducta funcionaria en los asuntos públicos. Resulta ilustrativa su opinión al respecto:

“La mayoría, en este caso, sin embargo, no realiza ningún análisis de los hechos como tampoco discute el marco analítico adecuado para determinar si un escrito se relaciona con la conducción en los asuntos públicos. Por el contrario, simplemente hacen una declaración concluyendo que todos los e-mails en cuestión son de naturaleza personal, sin siquiera tratar dediscutir siun correo electrónicoentreun Juez de la Corte Suprema de Justiciael Director General deun litigantecorporativo, conun caso pendiente de una cuantía de más de\$ US 50 millones, tiene alguna (...) conexión demostrable conla conducción delos asuntos públicos.”<sup>86</sup>

En el segundo aspecto de su disidencia, consideró que el objeto del análisis no sólo bastaba focalizarlo en el contenido de la información, como lo hizo la mayoría, sino también en el contexto de la misma para los efectos de determinar si un escrito tiene antecedentes que inciden en la conducta funcionaria en los asuntos públicos.<sup>87</sup> En tal sentido, la disidencia critica, por ejemplo, que el fallo haya omitido información relevante para concluir que ella contenía antecedentes concluyentes en cuanto que afectaba en un asunto de interés público.<sup>88</sup>

En las críticas desplegadas contra este fallo<sup>89</sup> suelen citarse algunos casos de la misma Corte estatal resueltos en la década de los ochenta que enfatiza el principio de que las excepciones al derecho de acceso deben ser interpretadas restrictivamente<sup>90</sup> así como también la

---

<sup>83</sup>Ibid, p. 320. En este sentido, el fallo añade: “[s]i la definición de documento público por la FOLA implica un examen del contexto de los documentos por existir un interés público en el mismo, el legislador debe haber incluido dicha autorización en la definición.”

<sup>84</sup>Ibid, p. 336 (disidencia).

<sup>85</sup>Idem.

<sup>86</sup>*Associated Press*, p. 338-339.

<sup>87</sup>*Associated Press*, p. 336-337 (disidencia).

<sup>88</sup>Ibid, p. 320, en que se señala que “*MasseyEnergyCompany*, la empresa liderada por el Sr. Blankenship (...) tenía un interés relevante en un juicio pendiente ante la Corte que integraba el Juez Maynard”.

<sup>89</sup> (Sin autor), “Taking out of context: A Critical Analysis”, p. 260-285. En una línea similar, aunque no necesariamente atacando el citado fallo, véase: HESTER, Tom (2008): “States Fight to Keep Officials' E-mail From Open-Records Inspection”, en *Associated Press*, Mar. 16, disponible en <http://www.ap.org/FOI/foi031608a.html>; KOZINETS Peter S. (2007): “Access to the E-mail Records of Public Officials: Safeguarding the Public's Right to Know”, en *Communications Lawyer*, vol 25, p. 17-26.

<sup>90</sup>*Hechler v Casey*, 333 S.E. 2d 799, 808 (W. Va 1985).

regla de que el interesado que quiere impedir la entrega de información tiene la carga de probar los motivos que justifican que los documentos en cuestión se excepcionen de la exigencia general de apertura dispuesto por la Ley.<sup>91</sup> Con todo, esta jurisprudencia no presta directa utilidad en relación con el objeto del presente informe.

---

<sup>91</sup>*Daily Gazette Co. v. W. Va. Board of Med.*, 325 S.E. 2d 66 (W. Va 1986).

## 2. CANADÁ

### 2.1. Síntesis

En los escasos antecedentes directamente pertinentes con la publicidad/privacidad de los correos electrónicos, se ha sostenido por la Corte de Ontario, que los correos electrónicos de un funcionario público sobre cuestiones personales no podía considerarse accesible al público por el sólo hecho de encontrarse bajo el control de un organismo público.

### 2.2 Introducción: la particularidad del Ordenamiento Jurídico Canadiense

Antes que nada cabe observar la complejidad del sistema jurídico canadiense, que se explica en buena medida debido a que se trata de un “pacto entre dos comunidades que no sólo habitan dentro de un mismo Estado sino que se distinguen por su identidad específica: idioma, religión, costumbres, sistema legal, pasado común, etc.”<sup>92</sup> Conforme a lo señalado, es impropio referirse al “ordenamiento jurídico canadiense”, puesto que existen al menos dos órdenes claramente distinguidos según la tradición anglosajona (commonlaw) o francesa (de raigambre románico-canónica) en que se fundan, aunque a raíz de la British North America Act (1867) la Federación Canadiense quedó dividida en cuatro provincias: Quebec, Ontario, New Brunswick y New Scotland, a las que más tarde se le agregarían otras seis provincias.<sup>93</sup>

La dispersión jurídica generada a partir de la realidad esbozada comenzó a ser disciplinada en virtud de la dictación de la primera constitución en forma, la Constitución Canadiense (1982) cuyas fuentes están constituidas por el antiguo British Act (1867), la Carta de Derechos y Libertades Canadiense y las disposiciones relativas a las enmiendas constitucionales, que otorgaron autonomía en diversas materias a las diversas provincias. Dentro de esta miscelánea de fuentes locales, Gall señala que las más relevantes son, en primer lugar, la ley y, en segundo lugar, la jurisprudencia, entre otras de segundo orden como la costumbre, las prerrogativas reales (facultad de conceder indultos), la doctrina y la moralidad.<sup>94</sup>

Las primeras fuentes constituyen el derecho directamente vinculante mientras que las restantes son las que se denominan fuentes secundarias (softlaw). Tratándose de la jurisprudencia, las motivaciones de las sentencias judiciales (ratio decidendi) pueden convertirse en precedentes, que en el futuro, otros jueces deberán tener en consideración al resolver sobre casos con situaciones fácticas análogas, pues al igual que en el Reino Unido y Estados Unidos, en Canadá rige la doctrina de la obligatoriedad del precedente judicial (stare decisis).

Siguiendo la relevancia de las fuentes, el presente informe comprenderá principalmente el tratamiento de las fuentes de orden legal y jurisprudencial –directamente vinculantes–

---

<sup>92</sup>CASTRO, Julián, “El Federalismo en Canadá ayer y hoy” en (Ibarra, Guillermo y Ruelas, Ana Luz: coord.) *México y Canadá en la Globalización* (México D.F., Porrúa, 2010), p. 125.

<sup>93</sup>MORINEAU, Marta, *Una introducción al CommonLaw*, Estudios Jurídicos UNAM, México D.F, 2001, pp. 56-57.

<sup>94</sup>GALL, Gerald L., *The Canadian Legal System*, (Calgary, Carswell, 1995), p. 38-44.

incorporando otras fuentes administrativas en la medida que sean pertinentes como complemento de las fuentes principales. En consecuencia, y atendida la nutrida coexistencia de jurisdicciones y legislaciones locales en materia de Acceso a la Información, nos referiremos fundamentalmente a la Ley Federal de Acceso, y a la escasa jurisprudencia judicial en lo que sea directamente pertinente para el objeto de este trabajo.

## **2.2. Legislación Relevante**

### **2.3.1. The Access to Information Act 1982 (AIA)**

Desde el año 1983 (año de entrada en vigencia) Canadá cuenta con legislación especial en materia de Acceso a la Información Pública a través de la Access to Information Act (en adelante “AIA” o la “Ley”, indistintamente), entre cuyos propósitos legalmente definidos (art. 2.1) se encuentran: (a) Ampliar las leyes de Canadá para proporcionar un derecho de acceso a la información en registros que se encuentren bajo control de una institución de gobierno<sup>95</sup>, conforme a los siguientes principios: (i) que la información de gobierno esté disponible al público, (ii) que las excepciones al derecho del acceso sean limitadas y específicas y, (iii) que las decisiones sobre el descubrimiento de información de gobierno sean revisadas independientemente del gobierno. (b) Complementar y no sustituir los procedimientos existentes para el acceso a la información de gobierno sin limitar de ningún modo el acceso a la información de gobierno que está normalmente disponible al público (art. 2.2).

El ámbito de acción de la AIA rige respecto de todo documento (“cualquier documento material independientemente de su medio o forma”) que se encuentre en poder de una “institución de gobierno” o “cabeza” (head) de una institución gubernamental.

Por “institución de gobierno” se entiende (a) cualquier ministerio del Gobierno de Canadá o cualquier entidad u oficina, catalogada en el organigrama I<sup>96</sup> contenido en la Ley y, (b) cualquier corporación vinculada con la Corona y cualquier filial totalmente poseída por tal corporación, dentro del significado de la sección 83 del Acto de Administración Financiera. En relación con una institución de gobierno, se entiende que la “cabeza” de dicha institución es (a) el miembro del Consejo Privado de la Reina para Canadá, quien preside el departamento o el ministerio, o (b) en cualquier otro caso, la persona designada bajo la subdivisión 3.2 (2) como jefe de la institución para los objetivos de esta ley o, si ninguna persona es designada, el Presidente de la institución, cualquiera sea su título (art. 3). Así, la Ley rige para todos los ministerios, organismos o agencias públicas, con la excepción de ciertas corporaciones de la Corona, del Parlamento y de los Tribunales de Justicia.

La AIA dispuso, asimismo, de la creación de un órgano administrativo responsable denominado Office of the Information Commissioner (en adelante, “Comisionado”), ente autónomo y designado por el Parlamento, una de cuyas funciones principales es velar por el

---

<sup>95</sup>Como veremos, según el art. 4.3, para los efectos de la AIA, cualquier documento solicitado conforme a esta ley, que no existe pero puede ser producido, sujeto a las limitaciones legales, de un registro explotable por una máquina lectora de archivos, en poder de una institución de gobierno que usa el hardware de ordenador y el software, se considerará un registro bajo control de la institución de gobierno.

<sup>96</sup> El respectivo organigrama, contenido como Anexo al final de la AIA, contiene un listado larguísimo de instituciones, ministerios, oficinas o agencias públicas sujetas al cumplimiento de esta Ley.



cumplimiento de la Ley y pronunciarse sobre la legalidad de las infracciones reclamadas por los solicitantes de acceso frente a una negativa o a un cumplimiento insatisfactorio o tardío por parte del organismo público requerido.

Cabe añadir que las decisiones del Comisionado no son vinculantes para el organismo público requerido, por lo constituyen meras recomendaciones, las que en todo caso pueden ser reclamadas judicialmente en caso de no ser adoptadas por el ente público ante quien se presentó la solicitud de acceso.

### **2.3.1.1. Otras características relevantes de la AIA**

- ¿Quién tiene derecho a acceder a la información pública y cuales son los requisitos para hacerlo? Los ciudadanos canadienses y los residentes permanentes tienen derecho a acceder a cualquier archivo bajo control de una institución de gobierno (art. 4.1).
- La solicitud de información debe formularse por escrito ante la agencia gubernamental que tiene en su poder lo requerido, debiendo contener los detalles suficientes como para que un funcionario experimentado pueda, sin un esfuerzo extraordinario, identificar lo requerido (art. 6).
- El derecho de acceso otorga igualmente facultades para emplazar y poder obligar a los sujetos obligados a dar testimonio (oral y escrito) sobre lo solicitado; a ingresar en cualquier dependencia de una institución gubernamental; de entrevistar a cualquier funcionario de gobierno y, de examinar cualquier archivo del gobierno y obtener copias de los mismos, así como los que pertenecen a cualquier investigación.
- La institución tiene 30 días para responder a una solicitud por escrito.<sup>97</sup> El plazo es prorrogable si la búsqueda es muy larga y compleja. Cuando toda o parte de la información se refiere a terceros (una persona o entidad que no sea el solicitante), la institución de gobierno debe notificar a dicho tercero para que señale su asentimiento u oposición. Este puede iniciar recurrir directamente ante la Corte Federal si su información es divulgada.
- En caso de negativa frente al requerimiento de acceso, el solicitante tiene el plazo de un año para interponer, sin costo alguno, un recurso de revisión ante la Oficina del Comisionado. Las causales de procedencia del recurso son las siguientes:
  - Si la institución requerida ha negado la información, la ha respondido de manera inapropiada o ha tardado en hacerlo.
  - Si los costos de reproducción de lo solicitado son muy altos de manera que constituye un obstáculo para acceder a dicha información.
  - Cuando la información es enviada en otro idioma oficial al distinto al de elección del solicitante.

---

<sup>97</sup> Las solicitudes formales son las que se hacen por escrito de conformidad a la Ley. Si son verbales o mediante otro modo de expresión se entienden informales, para cuya respuesta no hay plazo o bien este es indefinido.

- Recibido el recurso en la oficina del Comisionado, se asignará un investigador para el caso, quien puede solicitar mayor información o hacer preguntas sobre la cuestión al solicitante. Asimismo, se le dará al solicitante la oportunidad para que exprese su opinión sobre el caso. Es usual que el investigador represente al Comisionado y sea el mediador para encontrar una vía de solución al recurso.
- Habiendo considerados todos los antecedentes y argumentos, los de la agencia y/o de cualquier parte afectada por la publicidad de la información requerida, el Comisionado se pronunciará entregando su mera recomendación al solicitante de acceso.
- Si el Comisionado estima insatisfactoria la respuesta del ente público, podrá, previa autorización del solicitante, reclamar ante la Corte Federal de Canadá. A su vez, si el requirente no está conforme con los resultados de la investigación efectuada por el Comisionado, puede reclamar ante la Corte Federal de Canadá para que revise la respuesta (o la falta de ella) del ente público.
- Los terceros cuyos antecedentes formen parte de lo requerido por una solicitud de acceso pueden reclamar ante la Corte Federal si no están satisfechos con la investigación llevada a cabo por el Comisionado.

### 2.3.1.2. Excepciones previstas en la Ley

Mencionaremos las de mayor relevancia, dado que en el caso de la AIA, el listado de excepciones es de largo y detallado desarrollo. En efecto, la Ley contempla varias categorías de información, a su vez, singularizadas en muchas especies de tales géneros.

#### A) Responsabilidades de Gobierno

- Información obtenida de fuentes confidenciales, tales como gobiernos extranjeros o instituciones similares, por lo que consiste en una prohibición absoluta (art. 13. (1)).
- Asuntos cuya difusión podría ser dañina para la conducción del Gobierno de Canadá en sus asuntos federales o provinciales (art. 14).
- Asuntos exteriores, de defensa o de seguridad. Le ley señala varias materias cuya difusión generaría un daño en los referidos asuntos (art.15. (1)).
- Cumplimiento de la ley en diversas materias. Se refiere a información relativa a la investigación, prevención y sanción del crimen; investigaciones en materia de Inteligencia; información técnica sobre armas, sistemas computacionales, procedimientos disciplinarios, etc. (arts. 16. (1) y 16. (2)).
- Información que fue obtenida o preparada por la Policía Montada de Canadá en el desempeño de sus funciones para una provincia o el municipio. (art. 16.(3)).

- Documentos en que consten investigaciones o auditorías conducida por ciertas autoridades o en representación de éstas, salvo que hayan finalizado. Dichas autoridades son, entre otros, el Comisionado de Información, el Comisionado de la Privacidad, el Auditor General, el Comisionado de Lobby (16.1 y 16.2).
- Seguridad individual. Se refiere a la revelación de documentos cuyo conocimiento podría razonablemente amenazar la seguridad de las personas (art. 17).
- Intereses económicos de Canadá y de ciertas instituciones. El primer tipo de información dice relación con los tratados comerciales o con antecedentes científicos o técnicos cuya revelación pudiera afectar la estabilidad económica. La segunda especie se refiere a información similar en poder de ciertas empresas estratégicas (arts. 18 y 18.1).

#### B) Información personal

Se refiere a los antecedentes contenidos en documentos que contengan información personal, de conformidad con la definición establecida por la sección 3 de la Ley de Protección a la Vida Privada (PrivacyAct) (19. (1)).

Asimismo, la Ley establece que es posible acceder a documentos que contengan información personal, siempre (a) que la persona a quien concierne haya consentido en su revelación; (b) que se trate de información disponible al público, o (c) que la revelación pública se haga según lo dispuesto por la sección 8 de la Ley de Protección a la Vida Privada (19. (2)).

#### C) Información de terceros.

Se refiere a información confidencial financiera, comercial, científica o técnica entregada al gobierno o a una institución de este por un tercero. Se fundamenta en la creencia razonablemente fundada de que haya una pérdida o ganancia financiera o que perjudique la competitividad de un tercero.

#### D) Prohibiciones establecidas por otras leyes

Elementos que la componen y su alcance: Cualquier expediente solicitado que contenga información y que su divulgación este restringida o conforme a cualquier disposición precisada en el Organigrama II.

### **2.4. Derecho de Acceso a los E-mails de Funcionarios Públicos**

#### **2.4.1. Los correos electrónicos de los funcionarios públicos como “documento” accesible en virtud de la AIA**

En una de sus disposiciones fundamentales, la AIA otorga derecho de acceso público a “la información en registros” que se encuentren en poder de un ente público, con independencia de su forma o formato. Desde esta perspectiva, se encuentra garantizado el acceso a registros que no consistan en soporte papel o tradicional, por ejemplo, cintas magnéticas, videos, dibujos, mapas, microfilmes, fotografías, CDs, por los que los correos

electrónicos deben entenderse comprendidos dentro de la noción de documento público susceptible de revelación pública.

Más aún, la legislación canadiense es una de las pocas en virtud de la cual expresamente se exige a las autoridades pertinentes crear o producir documentos electrónicos en respuesta a solicitudes de acceso, siempre que la generación de tal documentación no sea una carga indebida. Así, el artículo 4 (3) es tan singular como inequívoco al prescribir lo siguiente: “Para los propósitos de esta Ley, cualquier registro solicitado conforme a esta Ley, que no existe, pero puede (...) ser producido a partir de un registro explotable por la máquina en el control de una institución de gobierno que use el hardware de ordenador y el software, según la experiencia técnica normalmente usada por la institución de gobierno, será considerado un registro [público] bajo el control de la institución de gobierno.”

La específica disposición citada se encuentra tan asumida por los entes públicos que ello probablemente explica, por una parte, que en este particular aspecto de la Ley no se haya producido mucha litigación judicial en materia de acceso a la información contenida en correos electrónicos de funcionarios públicos. A este resultado puede contribuir, también, el diseño institucional que prevé una vía administrativa como condición previa para acceder a la revisión judicial.

Muestra de una realidad que asume las consecuencias normativas de la disposición legal arriba indicada es que uno los Reportes Canadienses más especializados sobre Acceso a la Información<sup>98</sup> proporcionan consejos directos, desde diversas perspectivas<sup>99</sup>, acerca de cómo enfrentar la inevitable publicidad potencial del contenido de los correos electrónicos de los funcionarios.<sup>100</sup> Esta realidad ha hecho que surjan críticas a la disposición citada, fundada en que los hábitos a que conlleva la apertura de los emails no contribuyen a la eficacia en el cumplimiento de los deberes funcionarios.<sup>101</sup>

La perspectiva señalada ha sido respaldada, tratándose de los correos electrónicos, en aquellas ocasiones en que se ha pronunciado el Comisionado. Sin embargo, ello ha sido últimamente puesto en entredicho con ocasión de una sentencia de diciembre de 2010, de la Corte de Ottawa, en el único caso en que una autoridad judicial se ha pronunciado derechamente sobre el tema.

#### **2.4.2. La privacidad de los correos electrónicos conforme a lo resuelto por la Corte de Ontario**

---

<sup>98</sup>TROMP, Stanley L., *Fallen Behind: Canada's Access to Information Act in the World Context* (2008), p. 394 Disponible en: <http://www3.telus.net/index100/foi>

<sup>99</sup>Ibid, p. 184, por ejemplo, de lo problemático que puede ser borrar los emails desde la perspectiva del cumplimiento de la ley.

<sup>100</sup>Ibid, p. 206, en que cita a un profesor australiano que afirma: “Bien, si quiero sobrevivir en el servicio público, mejor no le dedico mucho tiempo al correo electrónico”.

<sup>101</sup>ALASDAIR, Roberts, *BlackedOut: Government Secrecy in the Information Age*, (New York: Cambridge University Press, 2006), p. 56, donde responde a la pregunta de si los funcionarios deberían autocensurarse el correo electrónico: “Este miedo –afirma Roberts- ha demostrado ser exagerado. El correo electrónico se ha hecho demasiado firme y profundamente enraizado en la vida de trabajo contemporánea como para que la autocensura sea una estrategia eficaz; dicho de modo elíptico, [ello] requiere tiempo, y mina el esfuerzo para conseguir el trabajo hecho.”

#### 2.4.2.1. City of Ottawa v. Ontario (2010)<sup>102</sup>

Síntesis: La pregunta que este caso procura responder es si los correos electrónicos de carácter personal, enviados y recibidos por un empleado público en su lugar de trabajo, que no están relacionados con su función pública, están sometidos a la revelación pública dispuesta por la ley. “Esta es la cuestión central radicada en este juicio”<sup>103</sup>, señala la sentencia.

##### A) Antecedentes de hecho y de derecho

En cuanto a los hechos, el solicitante pide acceso a la Municipalidad de Ottawa, de los correos electrónicos intercambiados entre el señor O' Connor, un empleado municipal, y la Sociedad de Ayuda de niños, una ONG en la cual el señor O' Connor había colaborado como voluntario. El funcionario a cargo de las solicitudes de acceso respondió que “las referidas comunicaciones no se relacionaban con las obligaciones del señor O' Connor como Fiscal de la Municipalidad”<sup>104</sup> (City Solicitor), por lo que los antecedentes requeridos “no estaban bajo la custodia o control municipal por lo que caían fuera del ámbito de la MFIPPA”<sup>105</sup> (Municipal Freedom & Protection of Privacy Act).

El solicitante, insatisfecho, recurrió ante el Comisionado, quien a su vez encomendó el tema a un Árbitro, quien apoyó la idea que los emails en este caso estaban bajo la custodia y/o control de la Municipalidad. La fundó en que “(1) la Municipalidad estaba en posesión material de los correos en su servidor; (2) la Municipalidad estaba facultada para regular el sistema de correos y no podía evadir su responsabilidad por la vía de preferir no ejercer control respecto de un tipo particular de documento; y (3) dado que la Municipalidad estaba facultada para monitorear los correos electrónicos en caso de uso indebido [ello significa que], cualquier email del sistema a cualquier hora está bajo el control de la Municipalidad, incluso en caso que ésta no los haya utilizado ni accedido a ellos”.<sup>106</sup> Atendida la opinión desfavorable del Comisionado, la Municipalidad recurrió ante los tribunales de justicia.

En relación al derecho, la disposición legal en cuestión, el artículo 4 (1) de la señalada Ley establece lo siguiente:

“Toda persona tiene derecho de acceso a un documento o una parte de un documento bajo la custodia o en el control de una institución a menos que, (a) el documento o la parte del mismo quepa dentro de una de las excepciones previstas en los artículos 6 a 15, o (b) que el jefe o superior es de la opinión, fundada en motivos plausibles, que la solicitud del acceso es frívola o molesta.”

La discusión sobre el derecho versaría, por tanto, en si dichos correos se encontraban o no “bajo la custodia o control” del organismo requerido. Para ello se analizó en primer lugar, la

---

<sup>102</sup>City of Ottawa v. Ontario 2010 ONSC 6835.

<sup>103</sup>Ibid, p. 1.

<sup>104</sup>Ibid, p. 9.

<sup>105</sup>Idem.

<sup>106</sup>City of Ottawa v. Ontario, p. 15.

finalidad de la legislación (“incentivar la democracia”)<sup>107</sup> y se llegó a la conclusión que el acceso a correos electrónico personales no contribuiría al proceso democrático<sup>108</sup>.

Luego procuraron determinar de qué modo dicho propósito podía contribuir a la interpretación de la disposición en cuestión.<sup>109</sup> En tercer lugar se examinó si había una diferencia entre email y documentos de papel<sup>110</sup>, concluyendo en que si bien no la había, la circunstancia de que hubiera un control y fiscalización sobre ambos tipos de documentos – incluso con mayor intensidad y frecuencia en los emails- “no cambia la naturaleza [no gubernamental] del documento, ni la naturaleza de los deberes de la Municipalidad en relación con ellos”.<sup>111</sup> Por último, se dejó constancia de que esta aproximación era consistente –en este particular aspecto de “la custodia o control de los documentos”- con el alcance brindado por otros pronunciamientos de los tribunales de justicia.<sup>112</sup>

#### B) La decisión adoptada por la Corte

La Corte de Justicia Superior de Ottawa sostuvo (en decisión unánime) que los aludidos correos electrónico no están dentro del ámbito de la Ley de Acceso a la Información del municipio.

“En mi opinión [afirmó el juez redactor del fallo] no es razonable que los correos electrónicos que pertenecen a una persona particular se encuentren sometidos al acceso público simplemente porque son enviados o recibidos en un servidor de propiedad del Gobierno (...) por lo que confirmo al decisión adoptada por la Municipalidad de Ottawa de negar el acceso a los referidos documentos”<sup>113</sup>.

---

<sup>107</sup>Ibid, p. 21-27.

<sup>108</sup>Ibid, p. 25, 26, 27.

<sup>109</sup>Ibid, p. 28-35.

<sup>110</sup>Ibid, p. 36-42.

<sup>111</sup>Ibid, p. 42.

<sup>112</sup>Ibid, p. 43-51.

<sup>113</sup>Ibid, p. 53-54.

## II. JURISDICCIONES EN QUE AUTORIDADES DE ORDEN ADMINISTRATIVO SE HAN PRONUNCIADO SOBRE LA MATERIA SIN ULTERIOR RECLAMACIÓN JUDICIAL

### 1. INGLATERRA

#### 1.1. Síntesis

Al no existir normativa legal específica respecto de los e-mails, se aplican las reglas generales aplicables a toda clase de información que se encuentre en poder de autoridades públicas. Estas indican que los e-mails están sujetos al derecho de acceso a la información de los ciudadanos, a menos que queden comprendidos en alguna de las numerosas y amplias excepciones a ese derecho. El elemento decisivo es el contenido del e-mail, no así su ubicación en cuentas oficiales o privadas. Al respecto, dos criterios generales pueden extraerse de la normativa inglesa: mientras el e-mail más se refiera a políticas gubernamentales,<sup>114</sup> menores serán las posibilidades de reclamar su publicidad. Del mismo modo, a mayor privacidad de su contenido, menor probabilidad de que se considere información accesible al público.

#### 1.2. Introducción: el Ordenamiento Jurídico Inglés

El presente informe se refiere al derecho vigente en Inglaterra y Gales (en adelante conjuntamente “Inglaterra”), jurisdicción particular dentro del Reino Unido, y por tanto no comprende los ordenamientos jurídicos de Escocia e Irlanda del Norte.

El ordenamiento jurídico inglés presenta algunas características generales que son relevantes para el este informe. En primer término, la combinación de una constitución sólo parcialmente escrita, unida al principio de soberanía parlamentaria en la producción de normas legales<sup>115</sup>, explican que no exista control judicial de constitucionalidad. En consecuencia, el presente informe no se referirá a la constitucionalidad de las normas legales involucradas. En segundo lugar, siendo la cuna del CommonLaw, las fuentes del derecho presentan ciertas características especiales. Así la jurisprudencia, si bien teóricamente inferior en jerarquía a las normas legales, es fuente directa vinculante para todo el sistema jurídico, incluyendo los jueces (*staredecisis*). En contraste, la doctrina presenta menor relevancia que en países de la familia del derecho continental. Adicionalmente, fuentes de “derecho blando” (*softlaw*) son también relevantes (si bien nunca vinculantes para los jueces), tales como códigos de buenas prácticas u orientaciones interpretativas emitidas por autoridades públicas (especialmente aquellas que gozan de autonomía). Aumentando aun más la complejidad de fuentes jurídicas, existe normativa legal no estatutaria (i.e., no incluida en texto formal de ley) o consuetudinaria, la cual es reconocida y aplicada por los jueces con rango de ley. Consecuentemente, el presente informe ha puesto especial énfasis en la legislación y la jurisprudencia, incorporando derecho blando y doctrina como complemento necesario pero de menor valor jurídico. El tratamiento

---

<sup>114</sup>Esta expresión genérica se explica con mayor detalle en el apartado 1.4.3. i).

<sup>115</sup>*Vid.* en DICEY, AV, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (8 edn London 1908)

de convenciones y costumbres se ha reducido al mínimo indispensable dada su inherente obscuridad fuera del sistema inglés. En tercer término, debe recordarse que Inglaterra pertenece a dos organizaciones supranacionales de gran importancia: la Unión Europea (“UE”) y el Consejo de Europa (“CE”). Si bien la jerarquía teóricamente superior de algunas normas emitidas por tales organizaciones, así como la vinculatoriedad de la jurisprudencia de algunos de sus órganos, impactan decididamente en el derecho inglés, hemos preferido evitar repeticiones y dejar el análisis de tales fuentes supranacionales para los capítulos específicos de este informe dedicados a las mismas.

### 1.3. Legislación Relevante

#### 1.3.1. Freedom of Information Act 2000 (“FOIA”)

Esta es la principal norma que regula la materia en estudio. Aprobada con fecha 30 de noviembre de 2000, la FOIA constituye un último eslabón en la transformación de la tradicional ‘cultura del secreto’ inglesa<sup>116</sup> hacia la mayor transparencia de la actividad estatal. Cabe considerar, sin embargo, que la ley no respondió completamente a las expectativas generadas durante su discusión, evidenciando una serie de compromisos que morigeraron notoriamente sus efectos<sup>117</sup>.

Las principales características de la FOIA son las siguientes:

- Se contempla un derecho general de acceso a la información en poder de ‘autoridades públicas’ (Section I), el listado de las cuales es particularmente amplio (Section 3 y Schedule 1), incluyendo las Cámaras del Parlamento; Universidades; el Servicio Nacional de Salud; gobiernos locales; empresas estatales, y entes privados desarrollando funciones públicas (previa singularización ministerial<sup>118</sup>). Cabe destacar que este derecho general de acceso a la información ha sido calificado por la jurisprudencia como ‘nuevo derecho fundamental’.<sup>119</sup>
- La información puede estar registrada de cualquier forma (y excepcionalmente incluso no registrada (Section 84)). Al respecto, la doctrina ha destacado en forma consistente dos puntos. El primero es que la norma debe interpretarse en forma amplia, incluyendo las más diversas formas de registro de información, tales como documentos, fotografías, videos, registros computacionales, grabaciones de sonido, planos, etc.<sup>120</sup> El segundo consiste en

---

<sup>116</sup> E.g., HAZELL, Robert; WORTHY, Ben; GLOVER, Mark, *The Impact of the Freedom of Information Act on Central Government. Does the FOI work?* (Palgrave MacMillan, Basingstoke 2010), p. 106 ss.; BROOKE, H., *Your Right to Know. How to Use the Freedom of Information Act and Other Access Laws* (Pluto Press, London 2005), p. 25.

<sup>117</sup> Comentarios acerca de la historia de la FOIA y sus antecedentes pueden encontrarse en BIRKINSHAW, Paul, ob. cit., p. 27 ss.; BARRATT, P., "Introduction and Background to the Law" in P Carey and M Turle (eds), *Freedom of Information Handbook* (The Law Society, London 2006), p. 1-10.

<sup>118</sup> Esta facultad no había sido utilizada, al menos hasta el año 2009, BIRKINSHAW, Paul, ob. cit., p. 141.

<sup>119</sup> *Department for Education and Skills v Information Commissioner and Evening Standard* EA/2006/0006 para. 61.

<sup>120</sup> MACDONALD, John, et al., *The Law of Freedom of Information* p. 69; BROOKE, H., ob. cit., p. 15; SHARPE AND BIGG, "The Right of Access" in P Carey and M Turle (eds), *Freedom of Information Handbook* (The Law Society, London 2006), p. 55.; Cf. HOLSEN, S. AND AMOS, J., "A Practical Guide to the UK Freedom of Information Act 2000" <[www.ucl.ac.uk/spp/publications/unit-publications/115.pdf](http://www.ucl.ac.uk/spp/publications/unit-publications/115.pdf) > accessed 16 Diciembre 2011, 14; WADHAM, J., et al., *The Freedom of Information Act 2000 (Blackston's Guide)* (4 edn Oxford University Press, Oxford 2011), p. 37.



enfatar que el derecho de acceso es a la información, no al formato de su registro, el cual es sólo un medio<sup>121</sup>. Esta observación posee diversas posibles aplicaciones. Por ejemplo, el requirente de información – en su petición - debe singularizar esta, no siendo necesario señalar con total precisión el registro en que se encuentra. Del mismo modo, si la información se encuentra dividida en diversos registros, el requirente debe recibir copia de todos ellos. Finalmente, la eventual confidencialidad de un documento no se extiende a todo su contenido, sino sólo a la información confidencial contenida en él, por tanto, las secciones no confidenciales del mismo son accesibles al público.

- La petición de información debe ser por escrito (Section 8) y puede estar sujeta al pago de una tasa (Section 9). La respuesta debe ser entregada en el plazo de 20 días hábiles contados desde la recepción de la petición (Section 10).
- Se crea un Comisionado de Información y un Tribunal de Información (Section 18). El Comisionado tiene labores de promoción, evaluación voluntaria y reporte ante las Cámaras del Parlamento (Sections 47 a 49). También puede recibir reclamos contra autoridades públicas que no han respetado debidamente el derecho de acceso a la información (una vez agotadas las reclamaciones internas de la autoridad cuya conducta se cuestiona) (Section 50), requerir información (Section 51) y eventualmente ordenar a la autoridad revelar la información en determinado plazo, si bien ciertas autoridades poseen la facultad de ‘vetar’ tales ordenes<sup>122</sup> (Sections 52 y 53). El no cumplimiento de estas órdenes puede ser tratado como desacato a un tribunal (Section 54), y pueden ser apeladas ante el Tribunal de Información (Section 57), cuyas decisiones son a su vez apelables ante los tribunales ordinarios (Section 59). El Comisionado carece de las facultades de entrada y registro, necesitando expresa autorización de la Justicia Ordinaria (Schedule 3). En cuanto al Tribunal de Información, su composición es sólo parcialmente letrada.
- Se instruye a los ministros para que dicten Códigos de Prácticas que guíen a las autoridades públicas en el cumplimiento de la ley (Section 45).
- La información histórica (más de 30 años de antigüedad) no está sujeta, en términos generales, a las excepciones de acceso aplicables a otro tipo de información (Part VI).
- Contiene disposiciones especiales sobre información en materia ambiental (Part VIII).<sup>123</sup>
- No expresa un propósito o propósitos específicos que puedan servir de orientación interpretativa para los actores jurídicos.<sup>124</sup>

Cabe destacar, sin embargo, que la FOIA contempla un gran número de excepciones, i.e., información que no queda siempre sujeta al derecho de acceso a la información pública. (Part II). Algunas de tales excepciones son absolutas y otras calificadas (Section 2). En las primeras basta con que la información requerida quede comprendida en la categoría

---

<sup>121</sup> Cf. SHARPE AND BIGG, ob. cit., p. 55; TURLE, Marcus, *Freedom of Information Manual* (Sweet & Maxwell, London 2005), p. 7; MACDONALD, John, et al., ob. cit., p. 69; WADHAM, J., et al., ob. cit., p. 38.

<sup>122</sup> *Vid.* BIRKINSHAW, Paul, ob. cit., p. 123-125 y 131 ss.

<sup>123</sup> *Vid.* HOLSEN AND AMOS, ob. cit., p. 10-11.

<sup>124</sup> BIRKINSHAW, Paul, ob. cit.; HAZELL, Robert; et al, ob. cit. p. 16-17.

singularizada por la excepción para que la autoridad pueda excusarse de entregarla<sup>125</sup>. En contraste, las excepciones calificadas exigen un paso adicional, ya que la autoridad debe realizar un ‘test de interés público’. En lo medular, dicho test requiere que la autoridad sopesa si existe un interés público mayor en no entregar la información que en entregarla.

Las excepciones absolutas son las siguientes:

- Información accesible para el solicitante por otros medios (Section 21).
- Información provista o relacionada con organismos de seguridad (Section 23).
- Documentos incorporados en procedimientos judiciales (Section 32).
- Información cuya entrega afectaría las facultades de las Cámaras del Parlamento. Se requiere un certificado del Presidente de la Cámara o del Clerk of theParliaments (cabeza del personal administrativo de la Cámara de los Loes) (Section 34).
- Información que se encuentra en poder de las Cámaras del Parlamento cuya entrega, en la opinión del Presidente de la Cámara o del Clerk of theParliaments, sería perjudicial para la convención de la responsabilidad colectiva de los Ministros, inhibitoria para la libre y franca entrega de opinión o el intercambio de opiniones para deliberar, o perjudicial para la efectiva conducción de los asuntos públicos. (Section 36).
- Información de carácter personal protegida por la Data ProtectionAct 1998 (Section 40).
- Información que obtuvo una autoridad pública de otra persona, la cual no puede revelarse sin que la primera incurra en breach of confidence (Section 41). Esta figura puede entenderse como un tipo de responsabilidad extracontractual por violación de confianza, y es un ejemplo de normas consuetudinarias de rango legal, la cual si bien es aplicada por los jueces, carece de la nitidez y estandarización de las normas legales estatutarias.
- Información cuya revelación este prohibida por ley, infrinja obligaciones comunitarias (i.e., EU), o constituya desacato a los tribunales (Section 44).

Las excepciones calificadas son las siguientes:

- Información que va a ser publicada (Section 22).
- Información exceptuada para salvaguardar la seguridad nacional (Section 24). Basta un certificado firmado por el Ministro correspondiente describiendo en forma general la información clasificada.

---

<sup>125</sup> La autoridad no está obligada, sin embargo, a rechazar la solicitud de acceso a la información. Se trata de una facultad y no de un deber. Cf. BROOKE, H., ob. cit., p. 25.

- Información cuya entrega causaría, o sería probable que causara, perjuicio a la defensa nacional o las fuerzas armadas (Section 26).
- Información cuya entrega causaría, o sería probable que causara, perjuicio a las relaciones internacionales o a los intereses del Reino Unido en el exterior, o se trata de información confidencial de otros estados, organizaciones o cortes internacionales (Section 27).
- Información cuya entrega causaría, o sería probable que causara, perjuicio a las relaciones entre el gobierno nacional y los gobiernos regionales, o entre estos últimos (Section 28).
- Información cuya entrega causaría, o sería probable que causara, perjuicio a la economía nacional o regional, o a los intereses financieros del gobierno nacional o los gobiernos regionales (Section 29).
- Información relacionada a investigaciones criminales o, en general, investigaciones sobre ciertas infracciones de ley (offences) (Section 30).
- Información cuya entrega causaría, o sería probable que causara, perjuicio a una serie de actividades relacionadas con el cumplimiento de la ley (e.g., prevención y detección de delitos, recolección de impuestos, mantenimiento de la seguridad carcelaria) (Section 31).
- Información cuya entrega causaría, o sería probable que causara, perjuicio al ejercicio de las funciones de organismos públicos auditores de otros organismos públicos (Section 33).
- Información en poder del Gobierno relacionada con la formulación o desarrollo de políticas gubernamentales, comunicaciones entre ministros, etc. (Section 35).
- Información cuya entrega causaría, o sería probable que causara, perjuicio a la convención de la responsabilidad colectiva de los Ministros; inhibiría o sería probable que inhibiera, la libre y franca entrega de opinión o el intercambio de opiniones para deliberar; o causaría, o sería probable que causara, perjuicio a la efectiva conducción de los asuntos públicos. (Section 36).
- Comunicaciones con la Reina, la Familia Real o sus colaboradores directos (Royal Household), o la entrega de honores o dignidades por parte de la Corona (Section 37).
- Información cuya entrega causaría, o sería probable que causara, la puesta en riesgo de la salud física o mental, o la seguridad, de cualquier persona (Section 38).
- Información sujeta a regulaciones específicas en materia ambiental (Section 39).
- Información relativa al secreto profesional de los abogados (Section 42).
- Secretos comerciales, o información cuya entrega causaría, o sería probable que causara, perjuicio a los intereses comerciales de cualquier persona (incluyendo la autoridad que detenta la información) (Section 43).

- Otras excepciones, si bien de distinto carácter, se producen cuando el costo de cumplimiento en la entrega de información es excesivo (Section 12), y cuando la solicitud es ‘irritante’ (vexatious) o repetitiva (Section 14).

### 1.3.2. Otras Normas Legislativas

#### 1.3.2.1. Human Right Act 1998 (“HRA”)

La HRA incorporó la Convención Europea de Derechos Humanos (la “Convención”) al derecho interno inglés, cuyo artículo 8º protege el derecho a la vida privada y familiar (incluyendo la correspondencia). Esto es particularmente relevante toda vez que con anterioridad no existía en Inglaterra un derecho general a la privacidad, si bien diversas figuras jurídicas estatutarias y consuetudinarias ofrecían cierto grado de protección<sup>126</sup>.

Un efecto adicional de la HRA es que toda la legislación inglesa (incluyendo la FOIA) debe interpretarse, en la medida de lo posible, en forma compatible con los derechos protegidos por la Convención (Section 3).

Finalmente, la HRA impone a los tribunales ingleses, cuando lidien con casos en que incidan los derechos protegidos por la Convención, la obligación de considerar la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos (la que será analizada en otro capítulo de este informe).

#### 1.3.2.2. Data Protection Act 1998 (“DPA”)

La regla general es que la información protegida en virtud de la DPA no puede ser entregada en respuesta a un requerimiento basado en la FOIA (Section 40). Se trata de ‘información personal’, la cual se entiende como aquella en virtud de la cual un individuo vivo puede ser identificado, ya sea por sí misma o en conjunto con otra información que el controlador de la información ya posee o es probable que llegue a poseer (Section 1 DPA). El régimen aplicable al procesamiento, custodia y entrega de esa información se encuentra específicamente regulado en la DPA, si bien la FOIA establece un régimen especial (también con diversas referencias a la DPA) cuando el solicitante de la información no es el titular de la misma.<sup>127</sup> Finalmente, cierta información personal de autoridades públicas referidas al ejercicio

---

<sup>126</sup> *Vid.* FELDMAN, David, *Civil Liberties and Human Rights in England and Wales* (OUP, Oxford 2002).

<sup>127</sup> La relación entre la DPA y la FOIA es explicada por WHITE, A., "Relationship Between Freedom of Information and Data Protection" in P Carey and M Turle (eds), *Freedom of Information Handbook* (The Law Society, London 2006). Véase también SHARPE AND BIGG, ob. cit., p.67-68, así como los documentos emitidos por Comisionado de Información denominados *Access to Information Held in Complaint Files*, Versión 2 de septiembre de 2011 (disponible en [http://www.ico.gov.uk/for\\_organisations/guidance\\_index/~media/documents/library/Data\\_Protection/Practical\\_application/access\\_to\\_information\\_held\\_in\\_complaint\\_files.ashx](http://www.ico.gov.uk/for_organisations/guidance_index/~media/documents/library/Data_Protection/Practical_application/access_to_information_held_in_complaint_files.ashx), 26 diciembre 2011); y *Freedom Of Information Act Environmental Information Regulations*, Versión 4 del 18 de marzo de 2011 (disponible en [http://www.ico.gov.uk/for\\_organisations/guidance\\_index/~media/documents/library/Freedom\\_of\\_Information/Detailed\\_specialist\\_guides/PERSONAL\\_INFORMATION.ashx](http://www.ico.gov.uk/for_organisations/guidance_index/~media/documents/library/Freedom_of_Information/Detailed_specialist_guides/PERSONAL_INFORMATION.ashx), 26 de diciembre de 2011).

de su cargo (e.g., información de contacto) podría quedar excluida de la protección descrita en esta sección.<sup>128</sup>

### **1.3.3. Normativas Sectoriales de Acceso a la Información Pública**

Existen una serie de normas que regulan el acceso a ciertos tipos específicos de información, normalmente vinculadas al tipo de autoridad en cuyo poder se encuentra la misma. Si bien la FOIA derogó, expresa o tácitamente, algunas de estas normas especiales, otras se mantienen al menos parcialmente vigentes. Ejemplos de lo anterior son la Local Government Act 1985; la Access to Health Records 1990 y la Public Records Act 1958. Cabe destacar que la existencia de estos ‘derechos especiales de acceso a la información pública’ pueden perjudicar solicitudes de información fundamentadas en la FOIA, toda vez que podría aplicarse la excepción absoluta contenida en la Section 21 de dicha norma, i.e., la información sería accesible para el solicitante por otros medios.<sup>129</sup>

### **1.3.4. Propiedad Intelectual**

Finalmente, cabe considerar que el uso, copia, reproducción, etc., de la información entregada en virtud de la FOIA puede quedar sujeta a leyes de propiedad intelectual, incluyendo regímenes de autorización, pago de derechos, etc.<sup>130</sup>

## **1.4. Derecho de Acceso a los E-mails de Funcionarios Públicos**

La normativa mencionada previamente no singulariza en forma expresa la situación en que se encuentran los e-mails de los funcionarios públicos. En consecuencia, se aplican las normas y principios generales de acceso a la información pública. En efecto, la regla básica consagrada en la FOIA es que toda la información en poder de una autoridad pública es accesible, a menos que una excepción justifique lo contrario<sup>131</sup>. Se requiere, por tanto, un análisis de distinga dos etapas sucesivas:

### **1.4.1. ¿Se considera a los e-mails de funcionarios públicos como continentes de información que se encuentra en poder de la autoridad pública?**

Si bien la FOIA no define el concepto de información, establece claramente que para los efectos de la dicha ley basta que haya sido registrada, sin hacer distinción alguna entre los tipos de registro o soporte, sean aquellos manuales o electrónicos, visuales, escritos o auditivos, etc. En consecuencia, no existe argumento textual alguno que permita excluir a los e-mails del rango de soportes de información que la FOIA hace accesibles al público. Más aún, la interpretación amplia que hace la doctrina inglesa del tipo de soporte que puede contener

---

<sup>128</sup>HOLSEN AND AMOS, ob. cit., p. 26.

<sup>129</sup>BARRATT, P., ob. cit., p. 16; SHARPE AND BIGG, ob. cit., p. 52-53.

<sup>130</sup>*Id.*, por ejemplo, la *Guidance N°19 Freedom of Information Publication Schemes* (disponible en [www.nationalarchives.gov.uk/documents/information-management/freedom-of-information-publication-schemes.pdf](http://www.nationalarchives.gov.uk/documents/information-management/freedom-of-information-publication-schemes.pdf), 12/12/2011).

<sup>131</sup>HOLSEN AND AMOS, ob. cit., p. 7.

información confirma la inclusión del e-mail dentro de la regla general de acceso al público<sup>132</sup>. En realidad, lo señalado no es sino un reflejo de que, para la FOIA, el derecho de acceso es a la información en sí, con independencia de cómo haya sido registrada.

Un segundo elemento consiste en determinar si el e-mail ‘se encuentra en poder’ de la autoridad pública. Esta situación supone excluir tanto imposibilidades fácticas como jurídicas. Ejemplos de las primeras son e-mails borrados en forma irrecuperable, o que fueron guardados sólo en la memoria temporal del computador o red computacional (en realidad, la información contenida en ellos no estaría debidamente ‘registrada’)<sup>133</sup>. Ejemplos de las segundas sería el caso de la autoridad que posee información sólo en calidad de depositario de la misma, o tal y como ha señalado el Ministerio de Justicia, discusiones o comunicaciones de contenido privado, las que tampoco se considerarían ‘en poder’ de la autoridad.<sup>134</sup> Más específico en esta materia ha sido el Comisionado de Información, cuyas orientaciones reconocen dos momentos. Con anterioridad a diciembre de 2011, el tratamiento de e-mails era breve y esquemático. Aún así, se había establecido que lo normal es que los e-mails privados enviados o recibidos por los funcionarios en su lugar trabajo no se consideran como información que la autoridad tiene en su poder en cuanto no presentan interés para ella<sup>135</sup>. Sin embargo, esto ‘es una cuestión de hecho y grado (...) dependiendo del nivel de acceso y control que la autoridad tenga sobre el sistema de e-mail y las políticas de uso del computador’<sup>136</sup>. Más aún, el contenido del e-mail resultaría fundamental, ya que si tiene relación con los deberes del funcionario sería potencialmente accesible.

Actualmente, durante la redacción del presente informe, y en respuesta a una situación particular de gran interés mediático,<sup>137</sup> el Comisionado de Información emitió un guía general

---

<sup>132</sup>*Vid. supra* 6. BIRKINSHAW es quien más directamente se refiere a los e-mails al señalar que “*Access to information should include Access to information in documentary form or in a computer or other memory store – the Act is comprehensive in this regard. Computer printout, email attachments as well as papers should be available*”, p. 134. Del mismo modo, COPPEL, P., *Information Rights. Law and Practice* (Hart, Oxford 2010), p. 316, recuerda que en el contexto de la litigación civil se entiende en general por documentos “*anything in which information of any description is recorded (...) including email*”.

<sup>133</sup> Cf. WADHAM, J., et al., *ob. cit.*, p. 37.

<sup>134</sup> *Freedom of Information Guidance. Exemptions guidance Section 35 – Formulation of government policy* ([www.justice.gov.uk/downloads/guidance/freedom-and-rights/foi-exemption-s35.pdf](http://www.justice.gov.uk/downloads/guidance/freedom-and-rights/foi-exemption-s35.pdf), 26 de diciembre de 2011), 8.

<sup>135</sup> *Freedom of Information Act Awareness Guidance No. 12*, Versión 2.0 de 26 de febrero de 2007 (disponible en: [http://www.ico.gov.uk/upload/documents/library/freedom\\_of\\_information/detailed\\_specialist\\_guides/awareness\\_guidance\\_12\\_info\\_caught\\_by\\_foi\\_act.pdf](http://www.ico.gov.uk/upload/documents/library/freedom_of_information/detailed_specialist_guides/awareness_guidance_12_info_caught_by_foi_act.pdf), 26 de diciembre de 2011), 7.

<sup>136</sup> *Idem.*

<sup>137</sup> El Ministerio de Educación rehusó entregar información que, según los denunciantes, se encontraría en e-mails enviados por el Ministro y algunos de sus asesores desde cuentas electrónicas privadas. La razón de la denegación habría sido que la información no se encontraba en poder del Ministerio. Este caso levantó gran revuelo político, y se discutió públicamente la posibilidad de que el uso de cuentas privadas de e-mail por parte de funcionarios de gobierno se hiciera con el propósito de evadir la aplicación de la FOIA. La discusión también se refirió a la posibilidad fáctica y la legalidad de distinguir (y por tanto excluir de la FOIA) e-mails de funcionarios gubernamentales que tuviesen contenido ‘político-partidista’. La situación fue denunciada ante el Comisionado de Información, quien declaró públicamente su posición a favor de la publicidad de e-mails contenidos en cuentas privadas que contengan información relativa a funciones gubernamentales. Posteriormente emitió una guía especial sobre la materia cuyo contenido se explica a continuación en el texto del Informe. Finalmente, con fecha 12 de marzo de 2012, el Comisionado de Información dictó la decisión FS5402276 (disponible en:

sobre los e-mails de autoridades públicas contenidos en cuentas electrónicas privadas, en el cual precisó lo señalado previamente<sup>138</sup>. En concreto, reafirmó que lo relevante es el contenido del e-mail, por lo que si contiene información que “se relaciona con asuntos oficiales de la autoridad pública”, su ubicación en cuentas privadas no lo exime per se de las normas de la FOIA. No obstante lo anterior, eventuales búsquedas de información en tales e-mails se prevén como excepcionales, y siempre a ser realizadas por la persona titular de la cuenta respectiva. Tales búsquedas serían ordenadas por la autoridad pública una vez que, con ocasión de una solicitud de información, se hayan considerado diversos factores tales como el foco de la solicitud de información, la materia de la misma, quién y a quién fue enviada la información, etc. En todo caso, la información debe haber sido “generada en el curso de la conducción de los asuntos de la autoridad pública” y no existir en otra parte del sistema de dicha autoridad. Adicionalmente, el Comisionado advierte que borrar o esconder información para evitar su entrega una vez que ya ha sido solicitada es un delito según la FOIA (Section 77), lo que incluiría la situación que se produciría si la autoridad negara hallarse en poder de cierta información sabiendo que se encuentra en cuentas privadas de e-mail. Finalmente, cabe destacar que la normativa recientemente emitida por el Comisionado se refiere exclusivamente a e-mails en cuentas privadas, por lo que los e-mails contenidos en cuentas oficiales seguirían rigiéndose sólo por las orientaciones anteriores.

En definitiva, parece razonable afirmar que la privacidad del funcionario público constituye una barrera jurídica relevante para el acceso a sus e-mails, en la medida que el contenido de los mismos sea efectivamente privado. En contraste, el hecho de hallarse tales e-mails en cuentas electrónicas oficiales o personales no determinaría el carácter público o privado de la información (aunque sería una consideración que impactaría en el procedimiento de búsqueda de la misma), al menos según lo ha entendido la autoridad administrativa, cuestión que aún debe ser refrendada por los tribunales de justicia. Cabe recordar, sin embargo, que estos últimos se encuentran bajo la obligación que les impone la HRA de interpretar la legislación (incluyendo la FOIA) en forma compatible con el respecto a los derechos fundamentales contenidos en la Convención, incluyendo el derecho a la vida privada

#### **1.4.2. ¿Pueden los e-mails de funcionarios públicos acogerse a alguna excepción al derecho de acceso a información en poder de autoridades públicas?**

Es perfectamente posible que los e-mails de funcionarios públicos (o más precisamente, la información contenida en ellos), puedan quedar comprendidos en las numerosas excepciones que contempla la FOIA. Esta es una cuestión que debe analizarse caso a caso. Sin embargo, y dado el contexto de este informe, analizaremos a continuación dos excepciones que, en nuestra opinión, podrían ser particularmente aplicables a los e-mails entre funcionarios

---

[http://www.ico.gov.uk/news/latest\\_news/2012/~media/documents/decisionnotices/2012/fs\\_50422276.ashx](http://www.ico.gov.uk/news/latest_news/2012/~media/documents/decisionnotices/2012/fs_50422276.ashx), 24 de marzo de 2012), en la cual sostuvo que la información requerida debía considerarse en poder del Ministerio, y por tanto sujeta a la FOIA. El plazo para apelar de dicha decisión se encuentra pendiente.

<sup>138</sup>*Official information held in private email accounts*, Versión 1.0 de 15 de diciembre de 2011 (disponible en: [http://www.ico.gov.uk/for\\_organisations/guidance\\_index/~media/documents/library/Freedom\\_of\\_Information/Detailed\\_specialist\\_guides/official\\_information\\_held\\_in\\_private\\_email\\_accounts.ashx](http://www.ico.gov.uk/for_organisations/guidance_index/~media/documents/library/Freedom_of_Information/Detailed_specialist_guides/official_information_held_in_private_email_accounts.ashx), 26 de diciembre de 2011).

de gobierno del alto rango. Cabe destacar que ambas han sido particularmente polémicas y de alta utilización<sup>139</sup>.

### 1.4.3. Excepción contenida en la Section 35 de la FOIA

Esta disposición exime de entrega a la información en poder del Gobierno relacionada con:

- i. la formulación o desarrollo de políticas gubernamentales.
- ii. las comunicaciones entre ministros, incluyendo los procedimientos del Gabinete o de comités del Gabinete.
- iii. la consultoría legal del Procurador General o similares (o requerimientos de la misma).
- iv. las operaciones de los funcionarios que proveen apoyo administrativo de carácter personal a los ministros.

Para los efectos de esta sección, se entiende por Gobierno cualquier organismo o autoridad que ejerce funciones establecidas por ley en el nombre de la Corona, excluyendo servicios de inteligencia (Section 84). En todo caso, esta definición apunta a las instituciones del gobierno central y no a las autoridades locales<sup>140</sup>.

Adicionalmente, la FOIA provee expresamente que la información estadística no puede incluirse dentro de las dos primeras categorías una vez que se ha adoptado una decisión sobre la política pública respectiva (Section 53 (2)).

El propósito general de esta excepción es proteger el proceso deliberativo interno del gobierno, manteniendo un ‘espacio de pensamiento privado’ y evitando una exposición pública prematura que podría dañar el intercambio “franco y robusto” de opiniones, así como el trabajo del Gobierno en general o la neutralidad de los funcionarios públicos.<sup>141</sup> También se persigue evitar que las autoridades produzcan intencionalmente registros incompletos, tergiversados o imprecisos.<sup>142</sup>

---

<sup>139</sup> E.g., BIRKINSHAW, Paul, ob. cit., p. 196.

<sup>140</sup> Cf. J WADHAM, J., et al., ob. cit., p. 139, MACDONALD, J., et al., ob. cit., p. 193; BIRKINSHAW, Paul, ob. cit., p. 196.

<sup>141</sup> Cf. TURLE, Marcus, 'Qualified Exceptions' in P Carey and M Turle (eds), *Freedom of Information Handbook* (The Law Society, London 2006), p.113; *Freedom of Information Guidance. Exemptions guidance Section 35 – Formulation of government policy* ([www.justice.gov.uk/downloads/guidance/freedom-and-rights/foi-exemption-s35.pdf](http://www.justice.gov.uk/downloads/guidance/freedom-and-rights/foi-exemption-s35.pdf), 26 de diciembre de 2011); *Freedom of Information Act Awareness Guidance No.24*, Versión 2 del 11 de septiembre de 2008 (disponible en [http://www.ico.gov.uk/for\\_organisations/guidance\\_index/~/\\_media/documents/library/Freedom\\_of\\_Information/Detailed\\_specialist\\_guides/FORMULATIONOFGOVERNMENTPOLICY.ashx](http://www.ico.gov.uk/for_organisations/guidance_index/~/_media/documents/library/Freedom_of_Information/Detailed_specialist_guides/FORMULATIONOFGOVERNMENTPOLICY.ashx), 26 de diciembre de 2011).

<sup>142</sup> Cf. *Department for Culture, Media and Sport v Information Commissioner* EA/2007/0090 párr. 6, si bien tanto el Comisionado de Información como el Tribunal de Información han manifestado escepticismo al respecto. *Vid. Guardian Newspaper Limited and Heather Brooke v Information Commissioner and British Broadcasting Corporation* EA/2006/0011 and EA/2006/0013 para.107; *Freedom of Information Act Awareness Guidance No.24*.



Se trata de una excepción amplia, tal como se desprende del texto (basta que ‘se relacione’ con los cuatro temas singularizados), y lo han confirmado la doctrina, la jurisprudencia<sup>143</sup>, el Ministerio de Justicia<sup>144</sup>, e incluso el Comisionado de Información<sup>145</sup>.

Las áreas más relevantes son las dos primeras, por lo que a continuación enunciaremos brevemente las especificaciones y definiciones que sobre las mismas han realizado otras fuentes del derecho inglés.

i. Formulación o desarrollo de políticas gubernamentales

Según la jurisprudencia, el propósito específico de esta excepción es proteger la eficiencia, efectividad y calidad de los procesos en cuestión<sup>146</sup>, otorgando el suficiente ‘tiempo y espacio’ al gobierno para diseñar acabadamente sus políticas<sup>147</sup>. En este contexto, la expresión ‘formulación y desarrollo de políticas gubernamentales’ debe interpretarse en forma amplia<sup>148</sup>. Ello no obsta a que se trate de un período acotado dentro del proceso político, el cual es previo a la implementación, y cuyo fin puede constatarse por diversos hitos tales como el anuncio de una determinada política en el Parlamento o la aprobación de la ley correspondiente<sup>149</sup> (se concibe la formulación de políticas públicas como una serie de decisiones separadas y no como un proceso en continua evolución<sup>150</sup>). En todo caso, no es necesario que todo el documento en cuestión se refiera, línea por línea, a políticas gubernamentales: basta que se refiera a ellas en su conjunto<sup>151</sup>. Adicionalmente, la excepción también se extiende a los antecedentes de hecho que sirven de sustento a la formulación o desarrollo de políticas gubernamentales.<sup>152</sup>

Por su parte, el Comisionado de Información ha señalado, a través de textos no vinculantes u orientaciones<sup>153</sup>, que ante la falta de definición legal, “políticas gubernamentales” deben entenderse como “el desarrollo de opiniones y prioridades por los ministros, quienes determinan cuales opciones deben ser transformadas en acción política y cuándo”<sup>154</sup>. Rara vez podrían consistir en decisiones sobre individuos o materias puramente administrativas u operacionales. También se ha hecho hincapié en que la excepción en comento cubre políticas gubernamentales y no intra-ministeriales. Las primeras suponen un proceso político que representan la visión colectiva de los ministros y/o que se aplican a través de distintos

---

<sup>143</sup>*Department for Education and Skills v Information Commissioner and Evening Standard* EA/2006/0006 para. 53.

<sup>144</sup>*Freedom of Information Guidance. Exemptions guidance Section 35 – Formulation of government policy*, 5.

<sup>145</sup>*Freedom of Information Act Awareness Guidance No.24*.

<sup>146</sup>*HM Treasury v Information Commissioner* EA/2007/0001 para. 57 (4)

<sup>147</sup>*Department for Education and Skills v Information Commissioner and Evening Standard* EA/2006/0006 para. 75 (iv); *Office of Government Commerce v Information Commissioner* EA/2006/0068 and EA/2006/0080 para 85 (citando entre sus precedentes a *Secretary of State for Work and Pensions v Information Commissioner* EA/2006/0040), confirmado por la High Court en *Office of Government Commerce v Information Commissioner* CO/5491/2007 y CO/4438/2007 para. 100.

<sup>148</sup>*Department for Education and Skills v Information Commissioner and Evening Standard* EA/2006/0006 para. 53.

<sup>149</sup>*Ibid.* para.53-56; *Scotland Office v Information Commissioner* EA/2007 /0128 para 67.

<sup>150</sup>*Secretary of State for Work and Pensions v Information Commissioner* EA/2006/0040 para. 56

<sup>151</sup>*Department for Education and Skills v Information Commissioner and Evening Standard* EA/2006/0006 para. 58.

<sup>152</sup>*Ibid.* para. 55.

<sup>153</sup>*Freedom of Information Act Awareness Guidance No.24*.

<sup>154</sup>*Ibid.*, p.3.

ministerios. Políticas ministeriales internas, tales como organización de turnos laborales, quedan excluidas. Adicionalmente, el Comisionado de Información ha intentado precisar los términos ‘formulación’ y ‘desarrollo’, señalando que la primera se refiere a las etapas más tempranas de una política pública (e.g., generación de opciones, evaluación de riesgos), mientras que el segundo va más allá y puede incluir la mejora o alteración de políticas en curso. En todo caso, la excepción no se aplica cuando la política ya ha sido terminada.

El Ministerio de Justicia ha precisado expresamente, si bien en textos no vinculantes u orientaciones, que esta excepción comprendería los e-mails de funcionarios públicos (nuevamente, es la naturaleza de la información y no el tipo de registro lo que determina si se aplica o no la excepción).<sup>155</sup> También ha señalado que no es necesario que la información sea ‘completamente interna’: consejos o sugerencias de terceros también podrían quedar incluidos.<sup>156</sup>

- ii. Comunicaciones entre ministros, incluyendo los procedimientos del Gabinete o de comités del Gabinete

La razón principal detrás de esta excepción es la protección de la convención constitucional inglesa acerca de la responsabilidad colectiva de los ministros<sup>157</sup>. Siendo el inglés un sistema de gobierno parlamentario de gabinete, las decisiones gubernamentales son públicamente compartidas por todos los ministros, y las disidencias y matices son ventilados en forma exclusivamente interna (entre los ministros). La jurisprudencia ha tendido, en general, a respetar dicha convención en casos de acceso a la información pública<sup>158</sup>, aplicándola a ‘toda comunicación relevante/significativa’ entre ministros<sup>159</sup>. También ha proveído ciertos criterios a considerar cuando se invoca esta excepción, tales como el contenido de la información; su antigüedad; si se puede identificar ministros específicos; si aquellos continúan políticamente activos; etc.<sup>160</sup> Cabe también destacar que esta excepción no es mutuamente excluyente con la contenida en el numeral anterior<sup>161</sup>, y tampoco debe considerarse como más difícil de invocar que aquella<sup>162</sup>. Más aún, la presente excepción también comprende la correspondencia entre secretarios privados de los ministros en cuanto refleja las opiniones de estos últimos.<sup>163</sup>

El Comisionado de Información<sup>164</sup> ha señalado expresamente, en textos no vinculantes u orientaciones, que las comunicaciones cubiertas por la excepción incluyen correspondencia escrita en cualquier forma, tales como e-mails. También se comprenden las comunicaciones de funcionarios públicos realizadas a nombre/por encargo de un ministro, e incluso aquellas comunicaciones que no se relacionan a políticas gubernamentales.

---

<sup>155</sup>*Freedom of Information Guidance. Exemptions guidance Section 35 – Formulation of government policy*, 6.

<sup>156</sup>*Idem.*

<sup>157</sup> Cf. WADHAM, J., et al., ob. cit., p. 136.

<sup>158</sup>E.g., *Cabinet Office v Information Commissioner* EA/2010/00027.

<sup>159</sup>*Cabinet Office v Information Commissioner* EA/2010/00027 para. 18 (vii).

<sup>160</sup>*Scotland Office v Information Commissioner* EA/2007/0070 para.87.

<sup>161</sup>*Ibid.* para 43.

<sup>162</sup>*Department for Culture, Media and Sport v Information Commissioner* EA/2007/0090 para. 16.

<sup>163</sup>*Scotland Office v Information Commissioner* EA/2007 /0128 para 75.

<sup>164</sup>*Freedom of Information Act Awareness Guidance No.24.*

El Ministerio de Justicia, sin embargo, también mediante orientaciones, ha recalcado que la protección se extiende sólo a los ministros y no a todos los funcionarios públicos.<sup>165</sup>

#### 1.4.4. Excepción contenida en la Section 36 de la FOIA

Esta disposición exige a la información no incluida en la excepción anterior cuya entrega, en la opinión razonable de una persona calificada (normalmente el ministro del ramo o la autoridad a cargo del organismo):

- i. causaría o sería probable que causara perjuicio a la convención de la responsabilidad colectiva de los Ministros, o
- ii. inhibiría o sería probable que inhibiera la libre y franca entrega de opinión o el intercambio de opiniones para deliberar, o
- iii. causaría o sería probable que causara perjuicio a la efectiva conducción de los asuntos públicos.

Si bien esta excepción tiene propósitos similares a la contenida en la Section 35<sup>166</sup>, existen algunas diferencias relevantes<sup>167</sup>. En primer término, su aplicación es más amplia en cuanto no sólo cubre al gobierno central sino a toda autoridad pública. Del mismo modo, las comunicaciones no requieren ser de nivel ministerial para quedar cubiertas<sup>168</sup>. Adicionalmente, la presente excepción se aplica a cualquier tipo de información que produzca los resultados anteriores (no se vincula a ciertas clases de información o a la adopción de políticas públicas)<sup>169</sup>.

La jurisprudencia ha reconocido la amplitud de la excepción. En particular ha aceptado la naturaleza de “cajón de sastre” del numeral iii) precedente, señalando que aquel se aplicará cuando sea necesario para “los intereses del buen gobierno retener la información, sin que otra excepción cubra el caso, y cuando la entrega de la misma perjudicaría el servicio o los propósitos de la autoridad pública debido a la disrupción causada por la entrega de la información”.<sup>170</sup> Cabe destacar que esta perspectiva jurisprudencial encuentra también cierto asidero en la historia fidedigna de la ley en cuanto a la necesidad de crear una excepción residual que cubriera los casos no previstos cuando el buen gobierno exigiera retener la información<sup>171</sup>.

Otro aspecto al que los tribunales ingleses han otorgado especial atención es la noción de ‘opinión razonable’, afirmando que no es necesario que sea la única alternativa razonable, y

---

<sup>165</sup> Cf. *Freedom of Information Guidance. Exemptions guidance Section 35 – Formulation of government policy*, p. 7.

<sup>166</sup>E.g., WADHAM, J., et al., ob. cit., p. 139.

<sup>167</sup> *Vid. Freedom of Information Guidance. Exemptions guidance Section 35 – Formulation of government policy*, p. 3; *Ibid.*, p. 139.

<sup>168</sup>TURLE, Marcus, "Qualified Exceptions", ob. cit., p. 145.

<sup>169</sup> E.g., *Ibid.*, p. 145.

<sup>170</sup> *McIntyre v Information Commissioner EA/2007/0068* para.25.

<sup>171</sup> Cf. TURLE, Marcus, ob. cit., p. 146.

dando una importancia no siempre esencial al procedimiento utilizado para llegar a ella.<sup>172</sup> En todo caso, es necesario que exista evidencia del consejo y los argumentos que se entregaron a la persona calificada y sobre los cuales fundó su opinión.<sup>173</sup>

El Comisionado de Información también ha emitido orientaciones acerca de lo que debe entenderse por opinión razonable<sup>174</sup>: basta que sea de acuerdo a la razón, no absurdo o irracional. No es necesario que sea “lo más razonable”, pero a lo menos supone tomar en consideración lo importante y tener el material relevante a la vista. También ha señalado que es relevante documentar la opinión y como se llegó a ella.

#### 1.4.5. Test de Interés Público

Ahora bien, salvo cuando la excepción contenida en la Section 36 se refiere a información en poder de las Cámaras del Parlamento, ambas excepciones antes analizadas (Section 35 y Section 36) son calificadas y no absolutas. Ello implica que la autoridad, antes de rechazar la petición de información, debe aplicar el ‘Test de Interés Público’ antes mencionado, i.e., debe existir un interés público mayor en no entregar la información que en entregarla.

Si bien la FOIA no define interés público (la ‘amorfía’ de la noción sería intencional para darle flexibilidad en cuanto concepto contextual y evolutivo)<sup>175</sup>, el Comisionado de Información ha emitido orientaciones acerca de la noción de interés público y la aplicación del respectivo test<sup>176</sup>. Es así como luego de confirmar la inexistencia de una definición general de interés público, señala que el test en cuestión debe realizarse caso a caso, según las circunstancias concretas y específicas de la situación. Recuerda, no obstante, que en caso de equivalencia de las razones sopesadas en el test (i.e., el test no entrega una respuesta concluyente), la información debe ser entregada. Adicionalmente, identifica algunos elementos de interés público que podrían verse envueltos en la entrega de información, tales como aumentar la comprensión de los temas que se encuentran en el debate público y fomentar la participación en el mismo; potenciar la accountability y la transparencia de las autoridades públicas en relación a sus decisiones y en particular respecto del gasto público; permitir a las

---

<sup>172</sup>*Vid. Guardian Newspaper Limited and Heather Brooke v Information Commissioner and British Broadcasting Corporation* EA/2006/0011 and EA/2006/0013; *Salmon v Information Commissioner* EA/2007/0135; *McIntyre v Information Commissioner* EA/2007/0068; *University of Central Lancashire v Information Commissioner and David Colquhoun* EA/2009/0034 para. 57-62; *Chief Constable of Surrey Police v Information Commissioner* EA/2009/0081 para.54; *Evans v Information Commissioner* EA/2006/0064 para. 14.

<sup>173</sup>*University of Central Lancashire v Information Commissioner and David Colquhoun* EA/2009/0034 para.58-61; *Chief Constable of Surrey Police v Information Commissioner* EA/2009/0081 para. 54.

<sup>174</sup>*Prejudice to Effective Conduct of Public Affairs (section 36)*, Versión 1.0 de Noviembre de 2011 (disponible en [www.ico.gov.uk/for\\_organisations/guidance\\_index/~/\\_media/documents/library/Freedom\\_of\\_Information/Detailed\\_specialist\\_guides/section\\_36\\_prejudice\\_to\\_effective\\_conduct\\_of\\_public\\_affairs.ashx](http://www.ico.gov.uk/for_organisations/guidance_index/~/_media/documents/library/Freedom_of_Information/Detailed_specialist_guides/section_36_prejudice_to_effective_conduct_of_public_affairs.ashx), 26 diciembre 2011), 6.

<sup>175</sup>COOK, Meredith, *Balancing the Public Interest: Applying the Public Interest Test to Exceptions in the UK Freedom of Information Act 2000* (UCL, London 2003), 11; Turlle, Marcus, *Freedom of Information Manual*, p. 12.

<sup>176</sup>*Freedom of Information Act Environmental Information Regulations. The Public Interest Test*, Versión 3 de 3 de Julio de 2009 (disponible en [http://www.ico.gov.uk/for\\_organisations/guidance\\_index/~/\\_media/documents/library/Freedom\\_of\\_Information/Detailed\\_specialist\\_guides/FEP038\\_PUBLIC\\_INTEREST\\_TEST\\_V3.ashx](http://www.ico.gov.uk/for_organisations/guidance_index/~/_media/documents/library/Freedom_of_Information/Detailed_specialist_guides/FEP038_PUBLIC_INTEREST_TEST_V3.ashx), 26 de diciembre de 2011).

personas comprender, y eventualmente impugnar, las decisiones de autoridades que afectan sus vidas, y exponer información que afecta la salud y seguridad públicas.

Específicamente en relación al test de interés público que debe realizarse bajo la excepción contenida en la Section 35, la jurisprudencia ha señalado que este debe considerar el impacto que la decisión tendrá sobre la conducta futura del gobierno<sup>177</sup>. Por su parte, el Comisionado de Información ha recomendado considerar si, en el caso particular de que se trata, efectivamente entregar la información podría inhibir el debate, o a los funcionarios públicos de expresar francamente sus opiniones y disidencias, u obligarlos a defender todo lo que surgió durante el proceso de deliberación.<sup>178</sup> También debe considerarse la importancia de la participación, la accountability, y la calidad de las decisiones gubernamentales.

En relación a la primera, se hace hincapié en que la participación del público requiere información para ser relevante, que la no entrega de información puede arriesgar que ciertos grupos o individuos adquieran una inmerecida posición de influencia en la discusión de políticas públicas, y que se requiere información para debate informado. Sobre la accountability, se destaca la importancia de exponer o disipar las sospechas de actos y decisiones dañinos o malintencionados de la autoridad; la necesidad de contrapesar el dominio mediático del gobierno, y el particular interés público que existe cuando se hayan involucrados grandes gastos o prácticas excepcionales.<sup>179</sup> En cuanto a la calidad de las decisiones gubernamentales, se invita a considerar si la entrega de información podría tener el efecto saludable de mejorar el nivel del consejo o discusión que rodea la adopción de políticas públicas. En contraste con todo lo anterior, evitar bochornos públicos no sería una consideración relevante para el test. Finalmente, el Ministerio de Justicia ha sugerido ciertas consideraciones particularmente aplicables al test de interés público que se realiza en relación a comunicaciones ministeriales<sup>180</sup>. Ellas son, por una parte, el interés en deliberaciones transparentes cuyos resultados tendrán gran impacto en las vidas de los ciudadanos, y por la otra, a través de la protección de la convención de la responsabilidad colectiva, asegurar la calidad del debate interno del Gabinete y la no personalización de sus decisiones.

En relación al test de interés público bajo la excepción contenida en la Section 36, existe jurisprudencia contradictoria en relación al peso que debe otorgar quién realiza el test a la opinión de la persona calificada que optó por la retención de la información<sup>181</sup> (si bien puede darse la situación en que ambas sean la misma persona, en cuyo caso se trata de dos operaciones distintas que no deben realizarse simultáneamente).<sup>182</sup> En todo caso, la similitud de los bienes jurídicos protegidos en ambas secciones (35 y 36), hace generalmente aplicable al test de interés público realizado bajo la Section 36 lo señalado en el párrafo precedente.<sup>183</sup>

---

<sup>177</sup>*Department for Education and Skills v Information Commissioner and Evening Standard* EA/2006/0006 para.70; y *Export Credits Guarantee Department v Friends of the Earth* CO/8179/2007 para. 38.

<sup>178</sup>*Freedom of Information Act Awareness Guidance No.24*, 5.

<sup>179</sup>*Ibid.*,p. 6-7.

<sup>180</sup>*Freedom of Information Guidance.Exemptions guidance Section 35 – Formulation of government policy*, 17-18.

<sup>181</sup>*Contrastar Guardian Newspaper Limited and Heather Brooke v Information Commissioner and British Broadcasting Corporation* EA/2006/0011 and EA/2006/0013 para. 91-92, con *Evans v Information Commissioner* EA/2006/0064 para. 36.

<sup>182</sup>*McIntyre v Information Commissioner* EA/2007/0068.Vid. STEAD, Adam,*Information Rights in Practice. The Non-Legal Professional's Guide* (Facet, London 2008), p. 126-127.

<sup>183</sup> Cf. WADHAM, J., et al., ob. cit.,p. 141.

#### 1.4.6. Test de Perjuicio

Una diferencia relevante entre las excepciones contempladas en la Section 35 y la Section 36 de la FOIA es que la segunda de ellas requiere que la autoridad, adicionalmente al test de interés público, lleve a cabo un test de perjuicio. De este modo, para denegar la solicitud de información, la autoridad pública debe estar convencida que la revelación de la misma será perjudicial para los intereses establecidos expresamente en la ley (en este caso, para la convención de responsabilidad colectiva de los ministros, etc.). Cabe destacar, sin embargo, que la FOIA suavizó el lenguaje del proyecto original, substituyendo ‘substantialharm’ por ‘prejudice’<sup>184</sup>.

En esta materia, la jurisprudencia ha establecido que la autoridad debe probar causalidad entre la entrega de la información y el posible perjuicio<sup>185</sup>. Adicionalmente, y siguiendo una interpretación sugerida en la historia fidedigna de la FOIA<sup>186</sup>, los tribunales han exigido que el riesgo sea real, significativo, actual y de sustancia, y no una mera posibilidad hipotética<sup>187</sup> (si bien pareciera no haber total claridad respecto de si las probabilidades de ocurrencia del perjuicio deben ser mayores a las de no ocurrencia).<sup>188</sup>

Macdonald agrega que aunque cada caso se debe resolver según sus circunstancias particulares, existe en esta materia una gran posibilidad de sentar precedente, por lo que es importante que se consideren los efectos de la entrega de información no solo para el caso en cuestión pero también para otros similares<sup>189</sup>.

Finalmente, el Comisionado de Información emitió orientaciones generales sobre el test en comento,<sup>190</sup> señalando que la voz perjuicio debe entenderse como sinónimo de daño (cualquier daño: basta que no sea trivial), y que la autoridad debe ofrecer evidencia respecto de la relación causal entre la entrega de la información y el daño (lo que no significa certeza de que el daño efectivamente ocurrirá). En otro documento específicamente dedicado a la excepción contenida en la Section 36, el Comisionado señaló que la expresión “causaría perjuicio” implicaría un chance superior al 50% de ocurrencia, mientras que ‘sería probable que causara perjuicio’ implicaría un probabilidad menor, pero aún significativa y de peso (no sólo

---

<sup>184</sup>BIRKINSHAW, Paul, ob. cit., p.126.

<sup>185</sup>*Hogan and Oxford City Council v Information Commissioner* EA/2005/0026 y EA/2005/0030 para.30. WADHAM, J., et al., ob. cit., p. 84, afirma que este precedente ha sido seguido en otros casos, si bien no los singulariza.

<sup>186</sup>BIRKINSHAW, Paul, ob. cit., p. 126.

<sup>187</sup>Cf. *John Connor Press Associates Limited v Information Commissioner* EA/2005/0005, para 15; *Hogan and Oxford City Council v Information Commissioner* EA/2005/0026 y EA/2005/0030 para.30; *Guardian Newspaper Limited and Heather Brooke v Information Commissioner and British Broadcasting Corporation* EA/2006/0011 and EA/2006/0013 para. 53.

<sup>188</sup>Cf. *Hogan and Oxford City Council v Information Commissioner* EA/2005/0026 y EA/2005/0030 para.34-35; *John Connor Press Associates Limited v Information Commissioner* EA/2005/0005, para 15.

<sup>189</sup>MACDONALD, John; et al.,ob. cit., p. 47.

<sup>190</sup>*Freedom of Information Act Awareness Guidance No 20*, Versión 2.0 de 5 de marzo de 2008 (disponible en [http://www.ico.gov.uk/for\\_organisations/guidance\\_index/~/\\_media/documents/library/Freedom\\_of\\_Information/Detailed\\_specialist\\_guides/awareness\\_guidance\\_prejudice\\_adversely\\_affect.ashx](http://www.ico.gov.uk/for_organisations/guidance_index/~/_media/documents/library/Freedom_of_Information/Detailed_specialist_guides/awareness_guidance_prejudice_adversely_affect.ashx), 26 de diciembre de 2011).

hipotética o remota).<sup>191</sup> En cuanto al numeral ii), el Comisionado ha señalado que inhibir debe entenderse como limitar, decrecer o suprimir la libertad para expresar opiniones<sup>192</sup>, y que el objetivo último de esta excepción es evitar que se afecte la calidad del proceso de toma de decisiones.<sup>193</sup>

---

<sup>191</sup>*Prejudice to Effective Conduct of Public Affairs (section 36)*, 7.

<sup>192</sup>*Ibid.*, p. 11.

<sup>193</sup>*Ibid.*, p. 9-10.

### III. JURISDICCIONES EN QUE NO HA HABIDO PRONUNCIAMIENTO PARTICULAR POR LO QUE LA NORMATIVA O JURISPRUDENCIA GENERAL PUEDE SER ILUSTRATIVA

#### 1. ESPAÑA

##### 1.1. Síntesis

En España no existe Ley especial de Acceso a la Información sino un restrictivo derecho de acceso a los datos en poder de la Administración cuya naturaleza como derecho fundamental ha sido puesta en duda, motivo por el cual el Tribunal Constitucional no ha acogido amparos en que se ha invocado el aludido derecho. Por su parte, los correos electrónicos se encuentran indubitadamente protegidos por el derecho al secreto de las comunicaciones y especialmente por el derecho a los datos personales, llegándose a sostener que el derecho de disponer de la información propia alcanza incluso a los datos personales que no son íntimos, estén ellos o no contenidos en un soporte particular o público.

##### 1.2. Constitución Española

###### 1.2.1. Libertad de Información y derecho de acceso a la información en poder de la Administración

El artículo 20.1, letra d) de la Constitución Española (la “Constitución”) consagra la libertad de información en términos de reconocer el derecho “A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión”. En todo caso, la jurisprudencia constitucional nunca ha entendido éste como un derecho a la transparencia ni tampoco como un derecho que habilite a las personas para exigir la recepción de información y mucho menos si ésta se encuentra en poder de la Administración.<sup>194</sup> Sólo en la doctrina ha habido un debate respecto de si el referido derecho de acceso forma parte de la libertad de información.<sup>195</sup>

---

<sup>194</sup>DESANTESGUANTER, José María, “El derecho a la información en el contexto de los derechos humanos”, en *El derecho a la información, Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, México, vol. 12, 1988, p. 531.

<sup>195</sup>La posición clásica estima que el derecho de acceso es un derecho constitucional autónomo de configuración legal, diferente de la libertad de información, pues éste impone a los poderes públicos un mero deber de abstención de interferir el proceso de comunicación entre sujetos privados, esto es, se configura como el “derecho del público a la noticia”, algo muy distinto al derecho de acceso a la información en poder de dichos poderes públicos. En esta posición: ÁLVAREZ RICO, M. (1979), El derecho de acceso a los documentos administrativos, *Documentación Administrativa*, núm. 183, p. 103-133; POMED SÁNCHEZ, L. A. (1989), El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, INAP. Madrid y, parcialmente, MESTRE DELGADO, J. F. (1993), El derecho de acceso a archivos y registros administrativos, Civitas, Madrid.



Por su parte, el artículo 105, letra c) del texto fundamental es el que mandata al legislador para que regule “El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”<sup>196</sup>, por lo que se trata de un derecho de desarrollo programático-legislativo antes que uno directamente vinculante. El referido acceso a los documentos en poder de la Administración se encuentra desarrollado por la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común<sup>197</sup>, cuyos artículos 35, letra n) y 37 pormenorizan el derecho de acceso a los registros y archivos de las Administraciones Públicas, disposiciones sobre las que nos referiremos enseguida.

El modo en que se encuentra formulada esta garantía ha llevado a afirmar que se trata de un derecho que no es fundamental sino que “de configuración legal”, no susceptible de amparo constitucional. Así lo ha reconocido por lo demás una sentencia del Tribunal Constitucional en que se declaró inadmisibile parcialmente un recurso de amparo en el que se invocó el artículo 105.b) en cuestión.<sup>198</sup> Este aspecto constituye un supuesto decisivo a la hora de enjuiciar los motivos acerca de lo disminuido que aparece este derecho frente al indubitado derecho fundamental a la intimidad, en sus diversas manifestaciones.

### **1.2.2. Derecho a la intimidad, secreto de las comunicaciones privadas y derecho a la protección de datos**

La Constitución Española asegura en su artículo 18.1 el derecho “al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”. Luego el derecho a la intimidad es reconocido en sus diversas manifestaciones. Así, el artículo 18.2 consagra la inviolabilidad del domicilio, mientras que el 18.3 garantiza “el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.”

El artículo 18.4 finaliza estableciendo que la “ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.” El Tribunal Constitucional por su parte, de modo invariable desde 1993<sup>199</sup>, ha venido reconociendo que la citada disposición constitucional del artículo 18.4 garantiza – aunque sea en términos implícitos- el derecho a la protección de datos personales, o derecho a la “libertad informática” (en el ámbito de la autodeterminación informativa), sobre cuyo desarrollo legislativo y jurisprudencial más reciente nos referiremos enseguida.

#### **1.2.2.1. El derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3)**

Esta garantía fundamental se ha ido configurando como un derecho con relieves especiales respecto del derecho a la intimidad, toda vez que –como lo ha reconocido la

---

<sup>196</sup> Constitución Española, art. 105: “La Ley regulará”, letra b) “El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.”

<sup>197</sup> Ley 30/1992, modificada por la Ley 4/1999.

<sup>198</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Español, 161/1988.

<sup>199</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Español, 254/1993, FJ 6. reiterado luego en las SSTC 143/1994, FJ 7, 11/1998, FJ 4, 94/1998, FJ 6, 202/1999, FJ 2. En el llamado constitucional a limitar “el uso de la informática” en pos de la intimidad, se desprende el deber de proteger los datos personales.

jurisprudencia constitucional- el artículo 18.3 de la Constitución Española “tiene un carácter formal, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado”.<sup>200</sup>

Por otra parte, aunque el aludido artículo 18.3 no se refiere explícitamente a los correos electrónicos sino que a las comunicaciones “postales, telegráficas y telefónicas”, no habría que excluir las comunicaciones efectuadas mediante correos electrónicos, chats u otros medios, toda vez que estas modalidades se llevan a cabo a través de un artificio técnico, requisito indispensable para que este tipo de comunicación se entienda tutelada por el derecho al secreto de las comunicaciones y no por la intimidad<sup>201</sup> (derecho éste que aplica más bien a las comunicaciones directas en un sentido físico o material).

Lo anterior refuerza en términos más absolutos el carácter inviolable de las comunicaciones contenidas en correos electrónicos, incluso de funcionarios públicos, no sólo atendido a que la normativa no efectúa distinción sobre el punto, sino primordialmente por el carácter formal de la protección constitucional de derecho al secreto a las comunicaciones privadas y, también, por la prevalencia constitucional de éste por sobre el restrictivo derecho de acceso a los archivos y registros en poder de las Administraciones Públicas.

#### **1.2.2.2. El derecho a la libertad informativa (art. 18.4)**

Como ya se indicó y de modo análogo a lo expuesto respecto del derecho al secreto de las comunicaciones, la jurisprudencia constitucional ha erigido a la manifestación de la intimidad reconocida en el artículo 18.4 como un derecho fundamental derivado de la intimidad pero con un objeto y función distinto de aquella.

Ha dicho la referida magistratura que el derecho a la “libertad informativa” consiste en “el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos cuya concreta regulación debe establecer la Ley, aquella que conforme al art. 18.4 CE debe limitar el uso de la informática”.<sup>202</sup> La aludida Ley ha pasado a ser la Ley Orgánica 5/1992 de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, sobre la que nos referiremos en adelante.

Sólo cabe adelantar por ahora lo capital que resulta la citada sentencia del Tribunal Constitucional, para los efectos de la protección de correos electrónicos, al afirmar que el derecho a la protección de datos “también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos”.<sup>203</sup>

### **1.3. Legislación más relevante**

---

<sup>200</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Español, 114/1984, F.J. 7. Añade que “la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia ‘erga omnes’) ajenos a la comunicación misma.”

<sup>201</sup>PERALES (2007): El derecho al secreto de las comunicaciones. Disponible en: [dfeocumentostics.com/component/option,com\\_docman/task,doc:view/gid,408/Itemid,3/](http://dfeocumentostics.com/component/option,com_docman/task,doc:view/gid,408/Itemid,3/), p. 12 y ss.

<sup>202</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Español, 292/2000, FJ 5.

<sup>203</sup>Sentencia Tribunal Constitucional Español, 114/1984, Ibid, FJ 6.

### 1.3.1. Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

Esta norma legal (en adelante, la “Ley de Administración Pública” o la “Ley”, indistintamente) vino a cumplir con el mandato constitucional de regular el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos.<sup>204</sup> Su artículo 37.1 junto con reconocer el “derecho a acceder a los registros y a los documentos que (...) obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren” (correspondientes a procedimientos ya finalizados al momento de la solicitud) asegura, asimismo, en el 37.2 que el “acceso a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas estará reservado a éstas”. Análogo límite –la intimidad- establece también el artículo 37.7 en caso que los solicitantes pretendan conocer antecedentes de “interés histórico, científico o cultural relevante”.

La crítica a la Ley no se hizo esperar por contemplar graves deficiencias y lagunas, a saber: la limitación a solicitar documentos relacionados con procedimientos terminados y archivados, la falta de regulación de un procedimiento que brinde tutela al requirente de información sin tener que acudir a un costoso y lento proceso judicial<sup>205</sup>, la facultad de denegar una solicitud genérica sin posibilidad de subsanarla<sup>206</sup> y, la creación de restricciones adicionales a las previstas en la Constitución.<sup>207</sup>

Una especial crítica merece aquella cláusula abierta, prevista por la Ley, según la cual “[e]l ejercicio de los derechos que establecen los apartados anteriores podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una ley”<sup>208</sup>, lo cual, en verdad, hace depender la efectividad del derecho de acceso en una decisión –de facto- y enteramente discrecional de la Administración.<sup>209</sup>

A lo expuesto se añade que la Ley de Administración Pública tampoco ha previsto procedimiento ni modalidad alguna para vencer o, al menos, morigerar la referida reserva de información, formulada en los términos amplios y discrecionales ya indicados.

---

<sup>204</sup> Ley 30/1992. Luego, se dictó el Real Decreto 208/1996, por el que se reglamentan los Servicios de Información Administrativa y atención al ciudadano.

<sup>205</sup> La denegación de acceso por los causales que veremos es recurrible por vía administrativa y, en su caso, por vía contencioso-administrativa.

<sup>206</sup> DE CARRERAS SERRA, LLuís. “Régimen jurídico de la Información. Periodistas y Medios de Comunicación”, Ariel Derecho. Barcelona, 1996. Pág. 57.

<sup>207</sup> Las limitaciones al derecho de acceso establecidas en la Constitución (la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos, la intimidad de las personas) se amplían en la Ley 30/92 a tres casos más: los expedientes que contengan información sobre el ejercicio de las competencias constitucionales –no administrativas- de los Gobiernos estatal y autonómicos; los relativos a las materias protegidas por el secreto comercial e industrial; las actuaciones administrativas derivadas de la política monetaria.

<sup>208</sup> Ley 30/1992, art. 37.4.

<sup>209</sup> ÁLVAREZ RICO, Manuel; ÁLVAREZ RICO, Isabel, “Derecho de Acceso a los Archivos y registros administrativos en la nueva ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común”, en *Revista de Administración Pública*, Nº 135. Septiembre- Diciembre de 1994, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. p. 473.

Lo anterior ha llevado a sostener que el derecho de acceso a la información contemplado en la Ley no aplica en verdad a los documentos en poder de la Administración que contengan datos íntimos, cuyo acceso está prohibido de modo absoluto a terceros, llegándose a afirmar derechamente que no cabe la comunicación a terceros de ningún dato personal en poder de la Administración.<sup>210</sup> Otros, reconociendo las referidas restricciones estiman que es posible conciliar éstas con una interpretación que impulse una mirada de conjunto de los derechos, principios y bienes involucrados.<sup>211</sup> Estos mismos son, en todo caso, los que hoy en día promueven la dictación de una Ley de Acceso a la Información Pública más general<sup>212</sup> atendidas las insuficiencias a que ha dado origen el actual texto de la Ley.

### 1.3.2. Ley Orgánica 5/1992 de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal

Como consecuencia del reconocimiento jurisprudencial-constitucional del derecho de protección de datos, éste tuvo su primer desarrollo legal en la Ley Orgánica 5/1992, de Regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (la “LORTAD”, hoy derogada). Actualmente se encuentra regulado en la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante, “LOPD”) y en sus reglamentos de desarrollo.

En lo fundamental, la LOPD regirá respecto de todos “los datos de carácter personal registrados en soporte físico, que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado.”<sup>213</sup> El Tribunal Constitucional ha hecho extensivo también el ámbito de protección de la LOPD a los datos personales contenidos en soporte informático<sup>214</sup> y, en particular, ha sostenido que la “libertad informática” comprende el “derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data)”<sup>215</sup>, cuya protección incluye expresamente a los correos electrónicos, especialmente a partir de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional 173/2011, a la que nos referiremos más adelante.

En ambos cuerpos normativos –la derogada LORTAD y la actual LOPD- reina el más absoluto silencio acerca de las relaciones entre acceso a la información pública y protección de datos, omisión que se ha criticado enfáticamente al concurrir la circunstancia de que tanto una como otra ley son coetáneas, respectivamente, a la Ley de Administración Pública (de 1992) y a su modificación posterior por la Ley 4/1999.<sup>216</sup> Este “olvido” es más grave aún si se tiene en consideración las Directivas Comunitarias sobre la materia, particularmente en lo referido a

---

<sup>210</sup>MURILLO DE LA CUEVA, Lucas (1993): Informática y protección de datos personales (Estudio sobre la Ley orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993; p. 96, quien señala que la autorización de la comunicación del titular de los datos equivale a negar el derecho de acceso a la información pública en el caso de documentos que contengan información personal.

<sup>211</sup>GUICHOT, Emilio, “Publicidad registral y derecho a la privacidad. Una necesaria conciliación”, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2006, p. 16 y ss.

<sup>212</sup>GUICHOT, Emilio, “Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas”, Documento de trabajo 170/2011, *Fundación Alternativas*, p. 22 y ss.

<sup>213</sup> Ley Orgánica 5/1992, art. 2.1.

<sup>214</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Español, 202/1999.

<sup>215</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional, 11/1998, FJ 5 y, 94/1998, FJ 4.

<sup>216</sup>GUICHOT, Emilio, “Acceso a la información y protección de datos. Estado de la cuestión”, 2008, p. 13.

incorporar en los ordenamientos de la Unión Europea la cláusula de la ponderación de derechos e intereses para el tratamiento no consentido de datos personales.

Esta incomunicación absoluta entre cuerpos normativos interrelacionados se explica en buena medida por la prevalencia del derecho fundamental a la protección de datos por sobre el derecho de acceso a los archivos y registros de las Administraciones Públicas, quedando, por tanto, este acceso a la información condicionado a que los archivos y registros no contengan datos de carácter personal, tal como se desprende de la doctrina afirmada por el Tribunal Constitucional a partir de la Sentencia 292/2000.

Si bien la jurisprudencia generada a partir de entonces no se refiere específicamente a los correos electrónicos sí es posible hacerla extensiva a la protección de éstos a la luz de los considerandos expuestos por la jurisprudencia constitucional más relevante sobre la materia.

#### **1.4. Algunos lineamientos del Tribunal Constitucional que pueden incidir respecto de la privacidad/publicidad en los correos electrónicos de los funcionarios públicos**

Atendido que no ha existido un pronunciamiento específico de la jurisprudencia constitucional sobre el secreto de los correos electrónicos de los funcionarios públicos —en el entendido que se trata de información resguardada por la intimidad, el secreto de las comunicaciones y, especialmente, por la protección de datos personales contenidos en cualquier soporte— la siguientes sentencias del Tribunal Constitucional son representativas de la doctrina que ha sostenido dicha magistratura en relación a la reserva de la información contenida en correos electrónicos, ya sea por la vía de estimarse protegida en cuanto se trata de una comunicación reservada o bien en la medida en que se considera cubierta por la libertad informática que protege los datos personales, se encuentren éstos en soporte privado o público.

##### **1.4.1. En relación con la injerencia en el contenido protegido por el derecho al secreto de las comunicaciones (v.gr. correos electrónicos)<sup>217</sup>**

El Tribunal Constitucional ha dicho que “por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, ora incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 CE), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal”.<sup>218</sup> Esta previsión legal no sólo debe ser inexcusable y judicial, sino también “la resolución judicial que autorice la injerencia en la intimidad ha de hallarse fundamentada en la ley, de lo cual se infiere que la ley ha de expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención”.<sup>219</sup>

---

<sup>217</sup>Aunque no se trata particularmente de jurisprudencia constitucional, cabe señalar que en España hay varios fallos se han pronunciado sobre las potestades del empresario de acceder, bajo ciertas condiciones, a los correos electrónicos del trabajador en la empresa. Al respecto puede ser consultados el siguiente fallo, a modo ejemplar: Sentencia Tribunal Supremo (26/09/2007), referida a la revisión de un computador que contenía pornografía). Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de Cataluña (2000, AS/3444), sobre el envío de correos electrónicos con finalidades distintas a las laborales y Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (1996, AS/2877), en la que se refiere al uso abusivo de los medios de la empresa.

<sup>218</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Español, 49/1999, F.J. 4º.

<sup>219</sup> Ibid, F.J. 4º.

Una típica habilitación legal en materia de intervención de comunicaciones (comunicaciones telefónicas, correspondencia postal o telegráfica o de e-mails) es el artículo 579 de la Ley Criminal de conformidad con la L.O. 4/1988, que contiene las garantías mínimas de la intervención del derecho del procesado o sobre quienes existan indicios de responsabilidad criminal, siempre y en todo caso mediante resolución judicial. Es nuestro parecer que la aludida Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, que regula el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, no provee de dicha habilitación respecto del derecho al secreto de las comunicaciones, por carecer aquella de “todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención” judicial.

#### **1.4.2. El derecho a la protección de datos como la facultad de disponer de los mismos, se encuentren éstos en soporte particular o público**

La jurisprudencia constitucional ha sido categórica en dotar al derecho a la protección de datos personales de un haz de amplias facultades que van más allá de proteger la intimidad personal o familiar. Así lo ha dicho al precisar el objeto de este derecho: “El derecho fundamental a la protección de datos amplía la garantía constitucional a aquellos de esos datos que sean relevantes para o tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar a cualquier otro bien constitucionalmente amparado”.<sup>220</sup>

En cuanto al alcance de este derecho afirma que su objeto “no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos”.<sup>221</sup>

Profundizando el citado aserto, añade que “[t]ambién por ello, el que los datos sean de carácter personal no significa que sólo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo”.<sup>222</sup>

Lo anterior permite afirmar que la información contenida en un correo electrónico de un funcionario de un organismo de la Administración forma parte del contenido protegido por el derecho a la protección de datos, sea que se trate de datos íntimos o no, que se encuentren en un soporte particular o público.

#### **1.4.3. Referente a la protección constitucional de los datos personales contenidos en un computador portátil de un particular**

---

<sup>220</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Español, 292/2000, F.J. 6º.

<sup>221</sup>Idem.

<sup>222</sup>Idem.

En reciente sentencia (noviembre de 2011), el Tribunal Constitucional sintetizó su doctrina en materia de derecho a la intimidad de datos personales, aplicado en este caso al acceso a archivos y correos electrónicos contenidos en un computador portátil de un particular, no de un funcionario público. Al reiterar los requisitos para intervenir en el aludido derecho fundamental, señaló, en primer término, el consentimiento –expreso o tácito- para autorizar la intromisión en el derecho a la intimidad personal y familiar.<sup>223</sup> Una segunda causal de injerencia legítima es la aplicación del test de proporcionalidad, esto es, cuando se constata la existencia de un interés prevalente al interés de la persona en mantener la reserva.<sup>224</sup> En tercer lugar, señala que la única afectación legítima, a falta de consentimiento del titular del derecho, es la autorización judicial motivada, conforme al test de proporcionalidad.<sup>225</sup>

Añade que “[s]i no hay duda de que los datos personales (...) están dentro del ámbito de la intimidad constitucionalmente protegido, menos aún pueda haberla en el cúmulo de información que se almacena por su titular en un ordenador personal (...). A esto debe añadirse que el ordenador es un instrumento útil para la emisión y recepción de correos electrónicos, pudiendo quedar afectado en tal caso, no sólo el derecho al secreto de las comunicaciones (...) sino también el derecho a la intimidad personal (art. 18.1) en la medida en que estos correos o email, escritos o leídos por su destinatario, quedan almacenado en la memoria del terminal informático utilizado”.<sup>226</sup>

Por último, al hacer suyo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la sentencia advierte que a la demandante “no se le advirtió de que podría ser objeto de un seguimiento, por lo que podía razonablemente esperar que se reconociera el carácter privado ‘en lo que respecta al correo electrónico y la navegación por internet’”.<sup>227</sup>

Es de nuestro parecer que la circunstancia de existir un ordenamiento muy precario y restrictivo en materia de acceso a la información de la Administración, unido ello a los estrictos estándares que han de satisfacerse para legitimar la intervención en el derecho a la intimidad y de las comunicaciones privadas, dificultan la labor de entrar a conocer eventualmente el contenido de los correos electrónicos de cualquier persona, funcionarios públicos incluidos.

En refuerzo de lo señalado, uno de los elementos distintivos en esta sentencia respecto de la anterior es que aquí la eventual intervención en el derecho a la intimidad se encontraba motivada por la satisfacción de un interés público indubitado –la persecución criminal de la pornografía- objetivo que no concurre en el caso que se invoque el artículo 105, letra c) de la Constitución Española, ya sea porque esta norma no contiene un derecho fundamental, ya sea porque el interés en la transparencia o en el acceso a la información que obra en poder de la Administración no goza de la misma entidad como finalidad constitucionalmente legítima.

---

<sup>223</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Español, 173/2011, F.J. 2.

<sup>224</sup> Idem, que cita a su vez, la Sentencia 159/2009, F.J. 3. Así lo dice: “tampoco podrá considerarse ilegítima aquella injerencia o intromisión (...) que encuentra su fundamento en la necesidad de preservar el ámbito de protección de otros derechos fundamentales u otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos”.

<sup>225</sup> Ibid, F.J. 3. Como única salvedad a la autorización judicial reconoce “los supuestos en que concurran motivos justificados para la intervención policial inmediata.”

<sup>226</sup> Idem.

<sup>227</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Español, 173/2011, F.J. 4, que cita, a su vez, el Caso *Copland v United Kingdom* 62617/00 párr.42.

## 1.5. Anteproyecto Ley de Transparencia en España<sup>228</sup>

Hemos estimado pertinente reseñar las principales características del referido Anteproyecto de ley de transparencia y acceso de los ciudadanos a la información pública (documento que se adjunta como Anexo del presente Informe) por la evidente incumbencia sobre el tema objeto de este trabajo, aunque se ha afirmado que su pronta tramitación no estaría entre las prioridades legislativas del nuevo Gobierno español.<sup>229</sup> Este decaimiento en el interés por sacar adelante el referido Anteproyecto del Gobierno español anterior probablemente se debe a que la actual administración trabaja en una nueva propuesta sobre la materia.

### 1.5.1. Características principales

Se reseñarán los aspectos más relevantes del referido Anteproyecto en lo que se refiere al objeto del presente trabajo. Al igual que la Ley 20.285, el aludido texto distingue entre la Transparencia Activa de la actividad pública (Capítulo I) y el Derecho de Acceso a la Información Pública (Capítulo II).

- Información Pública

Se considera información pública “aquella información pública, cualquiera que sea su soporte y forma de expresión, elaborada o adquirida por los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones y que obre en su poder” (art. 2.1). Asimismo es dicha información “la que obre en poder de otras entidades o sujetos que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas, siempre que haya sido generada u obtenida en el ejercicio de la actividad pública” (art. 2.2).

- Titulares del derecho de acceso

“Todas las personas tienen derecho a acceder, previa solicitud, a la información pública, sin más limitaciones que las contempladas en esta ley” (art. 4).

- Limitaciones del derecho de acceso

El derecho de acceso “sólo podrá ser limitado cuando de la divulgación de la información personal pudiera resultar un perjuicio para: (...)

- h) La garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión
- i) La garantía de los derechos constitucionales, incluidos el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial
- j) La vida privada y los intereses particulares legítimos” (art. 5.1).

---

<sup>228</sup>El texto del Anteproyecto se encuentra disponible en: [http://www.access-info.org/documents/Access\\_Docs/Advancing/Spain/Espana\\_Anteproyecto\\_Ley\\_Transparencia.pdf](http://www.access-info.org/documents/Access_Docs/Advancing/Spain/Espana_Anteproyecto_Ley_Transparencia.pdf)

<sup>229</sup> Algunos medios de prensa han dicho que la presentación de la ley “no forma parte del calendario de medidas urgentes” que detalló el Presidente el pasado diciembre.” Al respecto véase: <http://www.publico.es/espana/356578/el-gobierno-entierra-la-ley-de-transparencia>



- Las limitaciones no son absolutas  
Añade luego que las “limitaciones serán proporcionadas atendido su objeto y su finalidad de protección y se aplicarán a menos que un interés público superior justifique la divulgación de la información” (art. 5.2).
- Los datos personales íntimos constituyen un límite absoluto al derecho de acceso<sup>230</sup>  
Establece que las “solicitudes de acceso (...) que contengan datos íntimos o que afecten a la vida privada se denegarán, salvo que exista consentimiento expreso y por escrito del afectado, o una ley lo autorice.”  
A los efectos de esta ley, se consideraran en todo caso datos íntimos los referidos a la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial, salud y sexualidad” (art. 6.2).
- Los datos personales –no íntimos- serán accesibles si se vinculan con la actividad pública, a menos que deba prevalecer la protección de datos sobre el interés público en la divulgación de los mismos.  
Tratándose de solicitudes a información que contenga datos personales –no íntimos- “se estimarán cuando se trate de información directamente vinculada con la organización, funcionamiento y actividad pública del órgano o entidad al que se solicite”.  
Con todo, “se denegará el acceso cuando se considere que en el caso concreto concurren especiales circunstancias que hacen prevalecer la protección de los datos personales sobre el interés público en la divulgación de la información” (art. 6.3).

---

<sup>230</sup> Como dice la Exposición de Motivos (el Mensaje) el Anteproyecto “cierra el acceso a la información pública que contiene datos relativos a la intimidad o la vida privada de las personas, salvo que el afectado lo consienta expresamente y por escrito, o lo autorice la Ley”.

## **2. CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS**

### **2.1. Síntesis**

La Corte Europea de Derechos Humanos no se ha referido en forma directa al derecho de acceso a la información contenida en e-mails de funcionarios públicos. Tampoco ha reconocido un derecho general de acceso a la información, si bien en ocasiones lo ha subsumido en otros derechos cuando la información es de interés público, pertenece al solicitante, o impacta decisivamente en el ejercicio de otros derechos. En todo caso, la Corte considera a los e-mails (incluyendo aquellos de funcionarios públicos) como correspondencia generalmente sujeta a la garantía de privacidad. En consecuencia, el acceso a los mismos requeriría que su contenido no fuera privado, o que se sujetara a ciertos requisitos tales como consagración legal, previsibilidad del acceso, procedimientos adecuados, etc.

La situación anteriormente descrita podría cambiar radicalmente si se aprueba el actual borrador de “Convención sobre Acceso a Documentos Oficiales” (que recoge recomendaciones vigentes pero no vinculantes del Consejo Europa), la cual permitiría el acceso a los e-mails de funcionarios públicos, siempre y cuando no concurriera una excepción, principalmente la privacidad de los mismos y la afectación de las deliberaciones entre autoridades públicas. Tales excepciones, sin embargo, no serían absolutas y cederían frente a la existencia de un interés público mayor en la entrega de la información.

### **2.2. Introducción**

La Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante, la “Corte”) fue creada por la Convención Europea de Derechos Humanos (la “Convención”, en lo sucesivo)<sup>231</sup>, para asegurar el cumplimiento de la misma. Sus decisiones son vinculantes para los estados miembros que han reconocido su jurisdicción.

Al respecto, cabe destacar cuatro características de la naturaleza y el funcionamiento de la Corte y de la Convención que inciden en este informe. En primer lugar, se trata de un sistema supletorio de protección de derechos fundamentales. Ello no sólo significa que es necesario haber agotado las vías jurídicas domésticas (internas) de reclamación antes de acudir a la Corte, sino que ésta, al analizar las causas sometidas a su conocimiento, considera con gran detención la normativa propia de cada país involucrada. En consecuencia, las orientaciones y decisiones de la Corte no deben analizarse aisladamente, sino que a la luz de las normas del país que fue parte del respectivo juicio.

En segundo término, la Corte y la Convención han sido tradicionalmente consideradas como guardianes de estándares mínimos de protección que derechos fundamentales, por lo que no es lo normal que los fallos de la Corte recaigan en materias en reciente desarrollo cuya

---

<sup>231</sup> Disponible en [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/ESP\\_CONV.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/ESP_CONV.pdf) (7/1/2012).

importancia para la adecuada salvaguarda de los derechos fundamentales no esté suficientemente acreditada. Menos aún cuando el tópico en cuestión carece de fundamento expreso en la Convención, cual es justamente el caso del derecho de acceso a la información en poder de autoridades públicas.

En tercer lugar, la Corte ha desarrollado la teoría del “margen de apreciación”, en virtud de la cual reconoce cierta discrecionalidad a los Estados en algunas materias, particularmente en relación a las restricciones impuestas a derechos fundamentales; en la forma de solucionar conflictos entre ellos, así como en la determinación de las obligaciones positivas que debe asumir el Estado para lograr la efectiva vigencia de los derechos resguardados por la Convención.<sup>232</sup> Ahora bien, la Corte no ha establecido criterios claros en cuanto a la amplitud y profundidad de este margen de apreciación, el cual “será en ocasiones amplio y en ocasiones estrecho, dependiendo de la naturaleza de los derechos en discusión, o del balance que se haga de los derechos en conflicto”.<sup>233</sup> En todo caso, es posible afirmar que cuando se trata de materias que no reúnen cierto consenso entre los estados miembros, la Corte tiende a aplicar un generoso margen de apreciación.<sup>234</sup>

Finalmente, es importante destacar que la Corte no es sino uno de los órganos del Consejo de Europa.<sup>235</sup> Para los efectos de este informe, y como complemento de la jurisprudencia de la Corte, utilizaremos la normativa emitida por el Comité de Ministros (formado por los ministros de relaciones exteriores de todos los países miembros). Si bien dicha normativa no es directamente vinculante, sirve de ‘derecho blando’ o ‘softlaw’, y suele ejercer influencia no sólo en los estados miembros, sino también en la labor de los otros órganos del Consejo de Europa, incluyendo la Corte. Adicionalmente, en ocasiones las recomendaciones del Consejo de Ministros constituyen una etapa intermedia hacia la celebración de tratados, protocolos o acuerdos vinculantes sobre las materias que tratan.

### **2.3. El Derecho de Acceso a la Información Pública en la Normativa del Consejo de Europa**

Resulta innegable que la Convención no garantiza en forma expresa un derecho de acceso a la información pública. No obstante lo anterior, existen ciertos antecedentes que demuestran la preocupación del Consejo de Europa en esta materia. Es así como ya en la década de los 70’s existió un borrador de Protocolo Adicional (i.e., tratados internacionales que complementan la Convención) para incluir el derecho a buscar información dentro del Artículo

---

<sup>232</sup>*Vid.* OVEY y WHITE (2002): *Jacob and White: the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press 2002; p. 210.

<sup>233</sup>Idem. Traducción libre.

<sup>234</sup>*Vid.*, por ejemplo, *Evans v. United Kingdom* 6339/05, para. 77.

<sup>235</sup> El Consejo de Europa es una asociación internacional de Estados creada por el Tratado de Londres de 1949. Su creación obedeció al anhelo de asegurar el respeto a los derechos fundamentales en Europa después de la experiencia de la Segunda Guerra Mundial. De acuerdo al artículo 1 del Tratado de Londres, el propósito del Consejo de Europa es “alcanzar una mayor unidad entre sus miembros con el propósito de salvaguardar y realizar los ideales y principios que constituyen su herencia común y facilitar su progreso económico y social” (Traducción libre de la versión inglesa disponible en [www.coe.int](http://www.coe.int). (25 de enero 2012). Sus principales órganos son el Consejo de Ministros, la Asamblea Parlamentaria y la Corte Europea de Derechos Humanos.

10 de la Convención (Libertad de Expresión).<sup>236</sup> Posteriormente, el Comité de Ministros emitió en 1981 la Recomendación No. R (81) 19 sobre acceso a la información en poder de las autoridades públicas, posteriormente reemplazada por la Recomendación Rec (2002) 2 de fecha 21 de febrero de 2002 (la “Recomendación”)<sup>237</sup>. En términos generales, la Recomendación constituye ‘derecho blando’ (no directamente vinculante) que puede ser utilizado como inspiración; marco; estándar mínimo, y/o normativa supletoria, de los regímenes nacionales de acceso a la información pública<sup>238</sup>. Más aún, las recomendaciones del Consejo de Ministros han sido utilizadas por la Corte en la interpretación de la Convención<sup>239</sup>.

Para los efectos de este informe, los contenidos relevantes de la Recomendación son los siguientes:

- Declara que el acceso a documentos oficiales permite el desarrollo de una opinión crítica y una participación informada del público en materias de interés común; fomenta la eficiencia y la efectividad de la administración; evita la corrupción, y fortalece la confianza pública en las autoridades.
- Define ‘documentos oficiales’ como toda la información registrada en cualquier forma, redactada o recibida, y en poder de autoridades públicas, y que se vincula a cualquier función pública o administrativa, exceptuando los documentos en preparación.
- Los Estados Miembros deben garantizar el derecho a acceder, previa solicitud, a los documentos oficiales en poder de las autoridades públicas.
- Las limitaciones al derecho de acceso deben ser establecidas con precisión por la ley, ser necesarias en una sociedad democrática, y proporcionadas al fin de proteger alguno de los siguientes intereses:
  - La seguridad nacional, la defensa y las relaciones internacionales.
  - La salud pública.
  - La prevención, investigación y enjuiciamiento de actividades criminales.
  - La privacidad u otros intereses privados legítimos.
  - Intereses comerciales u económicos.
  - La igualdad de las partes ante los tribunales.
  - La naturaleza.
  - La inspección, control y supervisión por parte de autoridades públicas.
  - La economía, así como las políticas monetarias y cambiarias del estado.
  - La confidencialidad de las deliberaciones con – o entre – autoridades públicas “durante la preparación interna de una materia”.

---

<sup>236</sup>COPPEL, P., ob. cit., p. 79.

<sup>237</sup>Disponible en [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/H-Inf\(2003\)003\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/H-Inf(2003)003_en.pdf) (13/1/2012).

<sup>238</sup> Cf. WADHAM, J., et al., ob. cit., p. 23

<sup>239</sup>HINS, Wouter and VOORHOOF, Dirk, “Access to the State-Held Information as a Fundamental Right under the European Convention of Human Rights”, en *European Constitutional Law Review* 3, 2007, p. 120.

- Se puede rechazar la solicitud respectiva si la información contenida en el documento en cuestión causaría, o sería probable que causara, daño a los intereses mencionados previamente, a menos que el interés público en su entrega sea preponderante.

Cabe finalmente destacar que actualmente el Consejo de Europa se encuentra tramitando un borrador para una “Convención sobre Acceso a Documentos Oficiales”<sup>240</sup>. Dicho proyectotoma como base la Recomendación previamente descrita, si bien introduce algunas innovaciones. Entre ellas destacan las siguientes:

- Se simplifica la definición de “documentos oficiales”, entendiéndose por tales cualquier información, registrada en cualquier forma, redactada o recibida, y en poder de las autoridades públicas.<sup>241</sup>
- Se modifica la última excepción, de forma de proteger las deliberaciones con – o entre – autoridades públicas sobre el examen (examination) de una materia.

Con los antecedentes anteriormente expuestos, se pueden realizar diversas inferencias en relación al objeto de este informe. Como punto de partida, resulta evidente que los e-mails de funcionarios públicos debieran quedar, en principio, sujetos al derecho de acceso a la información pública, ya que aquella se puede encontrar en cualquier clase de formato de registro, incluyendo e-mails. No obstante lo anterior, el contenido del e-mail se presenta como fundamental para determinar si aquel cae dentro de alguna excepción al derecho de acceso. Para el objeto de este informe, destacan en particular dos excepciones: la privacidad y las deliberaciones con/entre autoridades públicas.

1. La privacidad, en este contexto, puede invocarse de dos formas: como protección a particulares cuya información se encuentra en manos de las autoridades públicas (data protection), pero también como salvaguarda a las comunicaciones personales de las autoridades públicas. Este último factor, sin embargo, podría debilitarse si la Recomendación es sustituida por la Convención sobre Acceso a Documentos Oficiales en actual discusión. En efecto, la definición de información accesible al público que utiliza la Recomendación exige que aquella se vincule “a cualquier función pública o administrativa”, lo que excluiría la información de carácter privado de la autoridad pública en cuestión. En contraste, el borrador de la convención elimina dicha exigencia de la definición de información de acceso público.
2. Las deliberaciones entre autoridades públicas parece ser una excepción particularmente amplia, tal y como existe en algunos ordenamientos internos de los países miembros (e.g., Inglaterra). En efecto, tanto la Recomendación como el borrador de la Convención señalan que tales deliberaciones pueden versar sobre prácticamente cualquier asunto, i.e., ni siquiera es necesario que se trate de políticas públicas. Más aún, la tendencia que

---

<sup>240</sup>La versión utilizada se encuentra disponible en <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/workingdocs/doc08/edoc11631.htm> (13/1/2012).

<sup>241</sup>Se ha sugerido eliminar la noción de “documentos oficiales” y sustituirla por la más amplia de “información”. *Ver* DARBISHIRE, Helen, "Access to Information: A Fundamental Right, A Universal Standard" Access Info Europe <[http://www.access-info.org/documents/Access\\_Docs/Thinking/Get\\_Connected/Access\\_Info\\_Europe\\_Briefing\\_Paper.pdf](http://www.access-info.org/documents/Access_Docs/Thinking/Get_Connected/Access_Info_Europe_Briefing_Paper.pdf)> accessed 14/1/2012, 7.

demuestra el borrador de la convención sobre Acceso a Documentos Oficiales es a la ampliación de la excepción de comento. En efecto, la Recomendación limita esta excepción a las deliberaciones que tienen lugar ‘durante la preparación interna de una materia’, cuestión que es eliminada por el borrador de convención, para quien basta que las deliberaciones se refieran al ‘examen’ una materia. Evidentemente, dicho examen puede ser coetáneo o incluso posterior al hecho, política pública, discusión política, etc. de que se trate.

En todo caso, es relevante destacar que ninguna de las excepciones anteriores es absoluta. En ambos casos (lo que también es aplicable a todas las otras excepciones contenidas en la Recomendación y en el borrador de la convención), debe realizarse un test de interés público, i.e., la información debe ser entregada si existe un interés público en su acceso que prima por sobre el daño que eventualmente causaría su entrega. Esta decisión la adopta, en primer término, la autoridad en poder del documento. Sin embargo, tanto la Recomendación (Sección IX N.1), como el borrador de la Convención sobre Acceso a Documentos (Artículo 8 N.1.), exigen la existencia de un proceso de revisión de esta decisión, el que debe realizarse ante un tribunal legalmente establecido, o al menos ante un órgano independiente e imparcial establecido por ley.

## 2.4. Jurisprudencia Relevante de la Corte

Si bien no parece existir jurisprudencia expresa de la Corte sobre el derecho de acceso a los e-mails de los funcionarios públicos, destacaremos brevemente algunas líneas jurisprudenciales que nos parecen relevantes para el tema que nos ocupa. Cabe destacar, sin embargo, que la mayoría de los casos estudiados obedecen a contextos diferentes al acceso a la información pública, fundamentalmente relativos al acceso y manejo de información propia en manos de la autoridad, así como a la interceptación y vigilancia de comunicaciones privadas.

### 2.4.1. Se ha reconocido el derecho de acceso a información oficial en ciertos contextos

La Corte ha reconocido en ciertos casos una suerte de derecho de acceso a la información en poder de las autoridades públicas. Dado que tal derecho carece de fundamento textual en la Convención, la Corte lo ha subsumido en otros derechos que sí han sido expresamente garantizados en aquella.

La opción más evidente ha sido utilizar el derecho a la libertad de expresión comprendido en el Artículo 10 de la Convención. En principio, la Corte se ha resistido a reconocer explícitamente un derecho general de acceso a la información pública dentro del derecho a la libertad de expresión<sup>242</sup>. No obstante lo anterior, existen indicios de apertura,<sup>243</sup> particularmente vía un entendimiento amplio del derecho a recibir información. Es

---

<sup>242</sup>E.g., *Leander v Sweden*9248/81 para. 74; *Guerra v Italy* 116/1996/735/932 para. 53; *Sírbuv. Moldova*73562/01, 73565/01, 73712/01, 73744/01, 73972/01 y 73973/01, para. 17-18, y *Roche v United Kingdom*32555/96, para. 172. Vid. JÄDERBLOM, H., "European Standards for Public Access to Official Information" <[http://www.presserecht.de/index.php?option=com\\_content&task=view&id=488&Itemid=127](http://www.presserecht.de/index.php?option=com_content&task=view&id=488&Itemid=127)> accessed 13/1/2012, 1-2; COPPEL, P., ob. cit., p. 84-85; HINS AND VOORHOOF, ob. cit., p. 117-120.

<sup>243</sup>COPPEL, P., ob. cit., p. 85-86. Cf. HINS AND VOORHOOF, ob. cit., 120 ff. Vid. también el posible avance que en esta materia refleja *Sdružení Jihočeské Matky v République Tchèque* 19101/03. En este caso, si bien la Corte

así como la Corte ha reconocido el derecho de particulares de acceder a información de interés público en manos de las autoridades<sup>244</sup>.

Otra alternativa ha sido la utilización de la protección ofrecida por el Artículo 8° de la Convención a la vida privada y familiar. En este contexto, la Corte ha reconocido el derecho de acceso a la información personal del solicitante en poder de autoridades públicas, tales como expedientes médicos, historial de menores adoptados o bajo medidas de protección, etc.<sup>245</sup> Del mismo modo, también invocando el Artículo 8° de la Convención, la Corte ha reconocido el derecho a acceder a información ambiental que afecta la vida privada o doméstica del solicitante.<sup>246</sup>

Un tercer derecho invocado por la Corte para otorgar derechos de acceso a información en poder de autoridades públicas ha sido el derecho a un proceso equitativo o debido proceso (Artículo 6°), cuando la información en cuestión es relevante para el desarrollo de un juicio.<sup>247</sup>

Finalmente, también se ha utilizado el derecho a la vida (Artículo 2) para asegurar el acceso a información referida a peligros para aquella.<sup>248</sup>

#### **2.4.2. La privacidad de los e-mails se encuentra protegida por el derecho al respeto a la vida privada y familiar consagrado en el Artículo 8° de la Convención**

El artículo 8° de la Convención dispone lo siguiente:

“Derecho al respeto de la vida privada y familiar

1 Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2 No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

La Corte ha señalado repetida y expresamente que los e-mails se encuentran comprendidos en las nociones de “vida privada” y “correspondencia” utilizadas por el artículo

---

reconoce la dificultad (pero no imposibilidad o inconveniencia) de deducir un derecho general de acceso a documentos administrativos, considera que rechazar una solicitud de entrega de los mismos constituye una interferencia con el derecho a la libertad de información contemplado en el Artículo 10 de la Convención. En consecuencia, para ser legítimo, dicho rechazo debe cumplir con los requisitos impuestos en el inciso segundo del Artículo 10.

<sup>244</sup>*Társagág a Szabadságjogokért v Hungary* 37374/05 para. 26.

<sup>245</sup>E.g., *KH v Slovakia* 32881/04 para. 44 ss. *Vid. Gaskin v United Kingdom* 10454/83 para. 49; *Roche v United Kingdom* 32555/96, para. 167, y *McGingley and Egan v United Kingdom* 10/1997/794/995-996 para. 101.

<sup>246</sup> Cf. *Guerra v Italy* 116/1996/735/932 para. 60.

<sup>247</sup>E.g., *KH v Slovakia* 32881/04 para. 59 ss.

<sup>248</sup>*Öner yıldıız v Turkey* 48939/99 para. 90.

8º.<sup>249</sup> Ello se extiende a los e-mails enviados en el contexto laboral o profesional<sup>250</sup>, incluyendo aquellos de funcionarios públicos.<sup>251</sup> Cabe reiterar, sin embargo, que estas declaraciones se hicieron en contextos diversos a la entrega de información pública.

#### 2.4.3. La protección del Artículo 8º de la Convención no es absoluta

Tal y como señala el inciso segundo del Artículo 8 de la Convención transcrito precedentemente, las injerencias al derecho protegido son legítimas cuando aquellas cumplen con ciertos requisitos taxativos, a saber:

- a) La injerencia está prevista por ley (en forma lo más explícita y detallada posible).
- b) Es una medida necesaria en una sociedad democrática.
- c) Se persigue un fin legítimo: la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás.

En relación al primer requisito, la Corte ha señalado que este posee cuatro elementos<sup>252</sup>:

- i. La injerencia debe tener contar con un fundamento en la ley doméstica.
- ii. Dicha ley debe ser accesible para la persona en cuestión.
- iii. El afectado debe ser capaz, con asesoría legal si es necesario, de prever las consecuencias de la ley.
- iv. La ley debe ser compatible con el estado de derecho.

Acerca del numeral iii) precedente, la Corte ha destacado, en relación a los e-mails, la importancia de advertir su monitoreo en forma previa para evitar que la persona desarrolle razonables expectativas acerca de la confidencialidad de los mismos.<sup>253</sup>

#### 2.4.4. La protección del Artículo 8º no sólo se ejerce frente al Estado

El Artículo 8º, así como la Convención en su conjunto, surgen como un sistema de protección del individuo frente al Estado<sup>254</sup>. En consecuencia, podría afirmarse que invocar

---

<sup>249</sup>E.g., *Copland v United Kingdom* 62617/00 para. 41; *Liberty v United Kingdom* 58243/00 para. 56, y *Kennedy v United Kingdom* 26839/05 para. 118. Vid. también, *mutatis mutandi*, *Halford v United Kingdom* 20605/92 para. 44, y *Amann v. Switzerland* 27798/95 para. 44.

<sup>250</sup>*Copland v United Kingdom* 62617/00 para. 41, y *Kennedy v United Kingdom* 26839/05 para. 118. Vid. también, *mutatis mutandi*, *Halford v United Kingdom* 20605/92 para. 44; *Amann v. Switzerland* 27798/95 para. 44.

<sup>251</sup>Vid. las circunstancias del caso *Halford v United Kingdom* 20605/92. Vid. También el comentario CRAIG, JDR AND OLIVER, HD, "The Right to Privacy in the Public Workplace: Should the Private Sector be Concerned?" (1998) *Industrial Law Journal* 27, p. 49.

<sup>252</sup>*Heino v Finland* 56720/09 para. 36 (refiriéndose a su vez a una serie de otros precedentes de la misma Corte). Una exposición similar, si bien con los requisitos en cuestión agrupados en diferente forma, puede hallarse en *Kennedy v United Kingdom* 26839/05 para. 151, y *Liberty v United Kingdom* 58243/00 para. 59.

<sup>253</sup>*Copland v United Kingdom* 62617/00 para. 42, y *Halford v United Kingdom* 20605/92 para. 45 (*mutatis mutandi*).

<sup>254</sup>E.g., *K.U. v Finland* 2872/02 para. 42.



este artículo para proteger la privacidad de autoridades públicas frente a los ciudadanos no respondería al sentido último del Artículo 8°. Sin embargo, en nuestra opinión, este argumento histórico/literal no debe sobrevalorarse, toda vez que los funcionarios públicos son individuos protegidos por la Convención<sup>255</sup>, y las normas de acceso a la información pública, aunque suelen ser invocadas por privados, son actos estatales. En otras palabras, nos parece posible que funcionarios públicos aleguen que la privacidad de sus e-mails estaría siendo afectada por las leyes nacionales de acceso a la información pública, en cuyo caso correspondería analizar si se cumplen los requisitos necesarios para que tal interferencia sea legítima a la luz de la Convención (lo que a su vez supone que el contenido de los e-mails sea efectivamente privado). Y aún en el caso que el conflicto se presente derechamente como un problema entre particulares, debe recordarse que la Corte ha fallado que el Artículo 8° impone obligaciones positivas sobre los Estados de asegurar el respeto de la vida privada en las relaciones entre particulares.<sup>256</sup>

## 2.5. Observaciones Finales

Es importante destacar que el Consejo de Europa es una institución cuyas tres preocupaciones fundamentales son los derechos humanos, la democracia y el estado de derecho.<sup>257</sup> Dado que el acceso a la información en poder de las autoridades públicas, y la transparencia que ello supone, impacta decididamente en las tres materias señaladas, habría de esperar que las diversas instituciones del Consejo (incluyendo la Corte), adoptaran una posición pro-acceso a dicha información. Ello podría transformarse en el desarrollo de una gran deferencia hacia las normas locales de acceso a la información<sup>258</sup>, lo que a su vez podría redundar, por ejemplo, en aplicación de un amplio margen de apreciación en el caso de impugnación de tales normativas nacionales.

---

<sup>255</sup>*Halford v United Kingdom* 20605/92 (*mutatis mutandi*).

<sup>256</sup>*K.U. v Finland* 2872/02 para. 42-43. *Vid.* también Hins 120 ff.

<sup>257</sup>*Vid.* <http://www.coe.int/lportal/web/coe-portal> (13/1/11).

<sup>258</sup>Considérese, por ejemplo, la postura de la Corte en *Gillberg v Sweden* 41723/06.

### **3. CORTE DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA**

#### **3.1. Síntesis**

No obstante la falta de un pronunciamiento expreso, la jurisprudencia de la Corte de Justicia de la Unión Europea asume que existe un derecho de acceso a los e-mails de los funcionarios públicos. Dicho derecho de acceso, de acuerdo a la normativa vigente de la Unión Europea, debe entenderse sujeto a dos condicionantes: i) que los e-mails se puedan calificar como ‘documentos públicos’, i.e., se refieran a temas relativos a las políticas, acciones y decisiones que sean competencia de la institución respectiva (y no a materias privadas), y ii) que no concurra alguna de las excepciones contempladas en dicha normativa. Entre tales excepciones destaca la protección del proceso deliberativo interno de las instituciones, la cual ha sido interpretada por la Corte de Justicia de forma más bien estricta.

#### **3.2. Introducción**

La Corte de Justicia es un órgano de la Unión Europea creado en 1952, cuya última transformación (incluyendo cambio de nombre) ocurrió con el Tratado de Lisboa de 2009. Sus decisiones son vinculantes para las instituciones de la Unión Europea y para los Estados Miembros.

Es importante considerar que la Corte de Justicia es una institución de estructura compleja que, adicionalmente, ha sufrido transformaciones en el tiempo. Es así como actualmente se compone de una Corte General (competencia genérica de primera instancia), una Corte de Justicia (competencia genérica de primera y segunda instancia), y cortes especiales (de las cuales la única en actual funcionamiento es la Corte de Función Pública). Antiguamente, en cambio, contaba con dos tribunales, la Corte Europea de Justicia y la Corte de Primera Instancia. Para evitar confusiones innecesarias, el presente informe se referirá genéricamente a todos los tribunales mencionados como Corte Europea de Justicia o “CEJ”.

Cabe también destacar que siendo la CEJ sólo uno de los órganos de la Unión Europea, existen otros órganos que han emitido normativa que resulta fundamental para la materia de que trata este informe, toda vez que desarrollan y complementan el derecho de la Unión Europea contenido en los tratados internacionales que le dan origen, todo lo cual conforma el ordenamiento jurídico que aplica la CEJ. En este contexto, es importante recalcar que la Unión Europea ha evolucionado desde prácticas marcadas por el secreto y confidencialidad, hacia una mayor transparencia.<sup>259</sup> Del mismo modo, es preciso tener presente que actualmente la Unión Europea se encuentra discutiendo modificaciones relevantes a la normativa vigente en esta materia.<sup>260</sup>

#### **3.3. Normativa Relevante**

---

<sup>259</sup>*Vid.*, COPPEL, P., ob. cit., 95 ff.

<sup>260</sup>*Vid.*, BIRKINSHAW, Paul, ob. cit., p. 381 ss.

A partir de la aprobación del Tratado de Lisboa en 2009, la UE cuenta con dos normas de máxima jerarquía en materia del derecho de acceso a la Información Pública. La primera es el Artículo 42 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el cual dispone lo siguiente:

“Derecho de acceso a los documentos:

Todo ciudadano de la Unión y toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a acceder a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, cualquiera que sea su soporte.”<sup>261</sup>

La segunda norma fundamental es el Artículo 15 de la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el cual dispone, en su número 3, que:

“Todo ciudadano de la Unión, así como toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tendrá derecho a acceder a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, cualquiera que sea su soporte, con arreglo a los principios y las condiciones que se establecerán de conformidad con el presente apartado.”<sup>262</sup>

El mentado Artículo 15 (cuyo texto proviene del antiguo artículo 255 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea o TCE), junto con garantizar “el mayor respeto posible al principio de apertura”, delega en el Parlamento Europeo y en el Consejo de la Unión Europea la determinación de los principios generales y de los límites al ejercicio del derecho en cuestión. En virtud de dicho mandato, las instituciones mencionadas dictaron el Reglamento (EC) N° 1049/2001, de fecha 30 de mayo de 2001 (el “Reglamento”)<sup>263</sup>. Sus aspectos fundamentales son los siguientes:

- Su propósito es definir los principios, condiciones y límites al derecho de acceso a los documentos de las instituciones de la Unión Europea (en adelante, las ‘Instituciones’), de forma de garantizar el acceso más amplio posible a los mismos. Se aplica a todos los documentos en poder de las Instituciones, elaborados o recibidos por ellas, y que se encuentren en su posesión.
- Por “documento” se entiende “todo contenido, sea cual fuere su soporte (escrito en versión papel o almacenado en forma electrónica, grabación sonora, visual o audiovisual) referentes a temas relativos a las políticas, acciones y decisiones que sean competencia de la institución”.
- Documentos sensibles son aquellos clasificados como secretos o super secretos, protegiendo intereses esenciales de la UE o de sus miembros (básicamente seguridad pública y defensa), y gozan de un tratamiento particular (e.g., se limita la obligación de

---

<sup>261</sup> Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:ES:PDF> (22 de enero 2011).

<sup>262</sup> Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:0200:ES:PDF> (22 de enero 2011).

<sup>263</sup> Disponible en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/PDF/r1049\\_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/PDF/r1049_es.pdf) (22 de enero 2011).

motivación de la decisión de denegar acceso de forma de no dañar los intereses esenciales en cuestión).

- Se obliga a las Instituciones a crear un registro de acceso público y electrónico de sus documentos.
- En caso de conflicto, se ordena la existencia de procedimientos administrativos y judiciales de revisión, estos últimos a cargo de la CEJ. Cabe destacar, sin embargo, que dicha corte no puede ordenar la entrega de documentos, sino sólo anular decisiones de no divulgación, por lo que la autoridad correspondiente podría invocar razones diferentes para continuar denegando la entrega de documentos.<sup>264</sup>
- No se modifican las normas nacionales de acceso a documentos.

Ahora bien, el Reglamento contempla diversas excepciones al derecho de acceso en comento, distinguiendo entre excepciones absolutas y relativas. Las primeras se aplican siempre, i.e., las Instituciones se encuentran impedidas de entregar los documentos correspondientes. Se producen cuando la “divulgación suponga un perjuicio para la protección” del interés público (entendido como seguridad pública, defensa, relaciones internacionales, política financiera, monetaria o económica de la UE o de algún Estado Miembro), o de la intimidad e integridad de la persona (en particular en lo relativo a datos personales, cuya protección también se garantiza en los considerandos del Reglamento).<sup>265</sup>

Las excepciones relativas impiden dar acceso al documento salvo que exista un interés público superior en su divulgación. Surgen cuando la ‘divulgación suponga un perjuicio para la protección’ de los intereses comerciales, los procedimientos judiciales y la asesoría jurídica, así como las actividades de inspección, investigación o auditoría.

Un caso de excepción relativa (por tanto sujeta al test o contraexcepción de interés público) particularmente relevante para este Informe se refiere a los documentos de uso interno, la cual comprende dos casos:

- Documentos elaborados para uso interno (o recibidos) sobre asuntos cuya decisión se encuentra pendiente, siempre y cuando su divulgación ‘perjudicara gravemente el proceso de toma de decisiones de la institución’.
- Documentos que contengan opiniones para uso interno, como parte del proceso de deliberación previo a la adopción de una decisión, o incluso posterior a su adopción si su entrega “perjudicara gravemente el proceso de toma de decisiones de la institución’.

---

<sup>264</sup> Cf. COPPEL, P., ob. cit., p. 109.

<sup>265</sup> *Id.* al respecto la Directiva 95/46/CE, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1995:281:0031:0050:ES:PDF> (23 de enero 2012), y el Reglamento (CE) N° 45/2001, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:008:0001:0022:es:PDF> (23 de enero de 2012). Véase también *Bavarian Lager v Comisión* T-194/04.

Lo anterior se relaciona a los considerandos de la Reglamento, donde se hace hincapié en que, si bien en principio todos los documentos deben ser accesibles al público, las Instituciones deben poder proteger sus procesos internos de deliberación y consulta cuando ello resulta necesario para cumplir sus cometidos. En todo caso, del texto del Reglamento se puede deducir que la excepción es más amplia antes de que la decisión respectiva se haya adoptado, pues posteriormente sólo se aplicaría a ‘opiniones’.<sup>266</sup>

En todo caso, todas las excepciones tienen un límite temporal: sólo proceden mientras se justifique la protección (según sea el contenido del documento), la que en principio no puede extenderse por más de 30 años. Dicho plazo, sin embargo, puede ampliarse si la protección es necesaria y sólo cuando se intente proteger la intimidad, intereses comerciales o documentos sensibles.

En el caso que se trate de documentos de terceros, y no haya claridad acerca de la aplicación o no de una excepción, se debe consultar a tales terceros. Si se trata de un documento de un Estado Miembro, aquel puede solicitar que el documento no sea entregado.

Cabe destacar que las excepciones pueden cubrir sólo secciones de un documento, en cuyo caso el resto debe ser divulgado.<sup>267</sup>

Finalmente, es necesario hacer presente que en materia ambiental existe normativa específica en relación al acceso en manos de autoridades públicas, en particular la Directiva 2003/4/EC<sup>268</sup> y el Reglamento 1367/2006,<sup>269</sup> el cual implementa la Convención de Aarhus de 1998.<sup>270</sup>

Considerando todo lo anteriormente expuesto, es posible inferir que si bien no existe normativa expresa, los e-mails de funcionarios de las Instituciones si quedarían incluidos en la amplia definición de documentos sujetos al acceso del público.<sup>271</sup> Ello siempre y cuando se refieran a las políticas, acciones y decisiones que sean de competencia de la institución, lo que excluiría los e-mails de contenido privado.

No obstante lo anterior, y siguiendo la misma lógica, los e-mails de los funcionarios de las Instituciones podrían acogerse a iguales excepciones que los otros documentos públicos, incluyendo la protección de las deliberaciones internas de las Instituciones

---

<sup>266</sup> Cf. BIRKINSHAW, Paul, ob. cit., p. 387.

<sup>267</sup> Confirmado por la CEJ en *Access InfoEurope v Consejo de la Unión Europea* T-233/09 para. 56.

<sup>268</sup> Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:041:0026:0032:EN:PDF> (21 de enero 2012).

<sup>269</sup> Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:264:0013:0019:ES:PDF> (21 de enero 2012).

<sup>270</sup> Disponible en <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/documents/cep43e.pdf> (20 de enero 2012).

<sup>271</sup> Cf. BOUDREZ AND EYNDE, "Digitale Archivering in Vlaamse Instellingen en Diensten" (Faculteit Rechtsgeleerdheid, Leuven 2002), p. 31.

### 3.4. Jurisprudencia de la Corte Europea de Justicia<sup>272</sup>

Si bien nuestra investigación no ha revelado casos en que la CEJ se haya pronunciado expresamente acerca del derecho de acceso a los e-mails de funcionarios, existe jurisprudencia en la que se asume que tales e-mails caben dentro de la categoría de documentos públicos sujetos al derecho de acceso.<sup>273</sup> Adicionalmente, la CEJ ha fallado que lo importante para analizar una solicitud de acceso y aplicar, en su caso, excepciones, es el contenido y no el medio o forma de registro.<sup>274</sup>

En cuanto a las excepciones al derecho de acceso a los documentos en poder de las Instituciones, la ECJ ha afirmado que aquellas son taxativas<sup>275</sup> (si bien no son excluyentes y pueden concurrir)<sup>276</sup>, y que deben interpretarse en forma estricta.<sup>277</sup> Como contrapartida, de comprobarse la procedencia de una excepción absoluta, las Instituciones están obligadas a no entregar el documento correspondiente.<sup>278</sup>

En relación al análisis que deben realizar las Instituciones para determinar si un determinado documento queda subsumido en una excepción al derecho de acceso, este debe ser concreto sobre el documento específico de que se trata y no genérico (i.e., aplicable a todos los documentos del mismo tipo)<sup>279</sup>, salvo que dicho examen sea extremadamente gravoso y más allá de lo razonable.<sup>280</sup>

Tratándose del perjuicio invocado, y en particular cuando la excepción se refiere a la protección del proceso deliberativo interno, se debe tratar de un daño “razonablemente previsible” y no puramente hipotético.<sup>281</sup> Adicionalmente, su eventualidad debe demostrarse en forma “concreta y efectiva”, no bastando hacerlo en forma puramente abstracta.<sup>282</sup> En efecto, se requiere una justificación objetiva en base a evidencia, y no meras impresiones o convencimientos de las Instituciones.<sup>283</sup> Más aún, la CEJ ha exigido un daño “grave” o “serio”, lo cual implica un “impacto sustancial” sobre el proceso deliberativo, lo que a su vez debe analizarse a la luz de las circunstancias del caso.<sup>284</sup>

---

<sup>272</sup>Sólo se ha considerado la jurisprudencia posterior a la vigencia del Reglamento.

<sup>273</sup>*Williams v Commission* T-42/05; *Borax v Commission* T-166/05.

<sup>274</sup>*Borax v Commission* T-166/05 para. 108; *Borax v Commission* T-121/05 para. 73.

<sup>275</sup> Cf. *Ibid.* para. 41; *Ibid.* para. 34.

<sup>276</sup>*Williams v Commission* T-42/05 para. 126.

<sup>277</sup>*Access InfoEurope v Consejo* T-233/09 para. 55; *Agrofert Holding v Commission* T-111/07 para.145 y 147; *Editions Jacob v Commission* T-237/05 para. 143; *Muniz v Commission* T-144/05 para. 88; *MyTravel v Commission* C-506/08 para. 75; *Verin Fur Konsumenteninformation* T-2/03 para. 112.

<sup>278</sup>*WWF v Council* T-264/04 para.44; *Sison v Council* C-266/05 para. 46.

<sup>279</sup>*Agrofert Holding v Commission* T-111/07 para.146 y 151; *Editions Jacob v Commission* T-237/05 para. 143.

<sup>280</sup>*VerinFurKonsumenteninformation* T-2/03 para. 112.

<sup>281</sup>*Access InfoEurope v Consejo* T-233/09 para. 59; *Agrofert Holding v Commission* T-111/07 para.141; *Editions Jacob v Commission* T-237/05 para 140; *Borax v Commission* T-166/05 para. 44; *Borax v Commission* T-121/05 para. 63; *Muniz v Commission* T-144/05 para. 74; *MyTravel v Commission* C-506/08 para. 76.

<sup>282</sup>*Access InfoEurope v Consejo* T-233/09 para. 59; *Agrofert Holding v Commission* T-111/07 para.144; *Editions Jacob v Commission* T-237/05 para. 140; *Borax v Commission* T-166/05 para. 44; *Borax v Commission* T-121/05 para. 63; *MyTravel v Commission* C-506/08 para. 76 y 110.

<sup>283</sup>*Muniz v Commission* T-144/05, 90-91.

<sup>284</sup>*Agrofert Holding v Commission* T-111/07 para.142; *Editions Jacob v Commission* T-237/05 para. 141; *Muniz v Commission* T-144/05 para. 75.

En cuanto al interés público envuelto, la CEJ ha fallado que en su determinación no debe considerarse el interés particular del solicitante.<sup>285</sup> Adicionalmente, Birkinshaw sostiene que la CEJ habría declarado que los principios generales de apertura y transparencia que inspiran el Reglamento podrían ser considerados por las Instituciones como ‘interés público superior’ para los efectos de no aplicar una excepción.<sup>286</sup>

Si bien se ha señalado que la revisión judicial de las decisiones administrativas que deniegan información ha sido más bien deferente,<sup>287</sup> esto pareciera aplicarse sólo a las excepciones absolutas. En ese contexto, la CEJ ha señalado que el examen de legitimidad que realiza de la decisión administrativa de denegar la divulgación de documentos se limita a verificar que se haya seguido el procedimiento adecuado para adoptar la decisión; que se haya cumplido con el deber de fundamentar; que no se haya cometido un error manifiesto en la apreciación de los hechos, y que no exista ‘abuso de poder’.<sup>288</sup>

Finalmente, en relación al deber de fundamentar el rechazo a la entregar un documento solicitado, este puede cumplirse en forma breve. El contexto relevante en esta materia, ya que podría hacer innecesario invocar todos los hechos o incluso todos los puntos jurídicos en discusión, particularmente si tal omisión intenta evitar un daño al bien que se intenta proteger.<sup>289</sup> Lo importante es que se aprecie el raciocinio de la Institución en forma clara e inequívoca, de forma de permitir a los interesados identificar las razones detrás de la decisión, y a las cortes la revisión de las mismas.<sup>290</sup>

---

<sup>285</sup> *Sison v Council* 266/05 para. 43 y 47.

<sup>286</sup> Cf. BIRKINSHAW, Paul, ob. cit., p. 386, basándose en el fallo de *Turco v Council* C-39/05 y C-52/05 (acumulados). Su interpretación del caso, sin embargo, nos parece debatible.

<sup>287</sup> COPPEL, P., ob. cit., p. 103-104.

<sup>288</sup> *Sison v Council* 266/05 para. 34 y 64; *WWF v Council* T-264/04 para. 40.

<sup>289</sup> Ibid. para. 80-83; *Co-Frutta v Commission* T-355/04 y T-446/04 para. 100-101; *Terezakis v Commission* T-380/04 para. 70-71; *Williams v Commission* T-42/05 para. 94-96.

<sup>290</sup> Cf. *Sison v Council* 266/05 para. 80; *Co-Frutta v Commission* T-355/04 y T-446/04 para. 99-100; *Terezakis v Commission* T-380/04 para. 70; *Williams v Commission* T-42/05 para. 94.

#### IV. CONCLUSIONES

No existe en los ordenamientos jurídicos revisados normativa legal directamente atinente a la privacidad/publicidad de los correos electrónicos de los funcionarios públicos. En consecuencia, se aplican las reglas generales sobre acceso a la información pública, conforme a las cuales, los correos electrónicos serán revelables si se consideran como “documentos públicos”, y siempre que no concurra alguna de las excepciones genéricas previstas en el ordenamiento respectivo. Entre tales excepciones destacan particularmente la protección de la vida privada y el resguardo de las deliberaciones internas de los organismos gubernamentales. Mientras la primera vela por un derecho fundamental, la segunda protege la efectividad de las decisiones gubernamentales y la calidad de los procesos para adoptarlas.

En términos generales, en Estados Unidos, Inglaterra y Canadá -países que cuentan con Leyes de Acceso a la Información Pública- se considera que los correos electrónicos de funcionarios públicos son documentos públicos si existe vinculación entre la información solicitada y el desempeño público del funcionario. Por ello que, hablando estrictamente respecto de los correos electrónicos, en tales países ha padecido cierta relativización el principio de que toda la información que obra en poder de una autoridad es pública a menos que una excepción justifique lo contrario, pues el elemento decisivo para determinar la publicidad o privacidad es el contenido del e-mail, esto es, su incidencia en la función pública que el funcionario desempeña, no su ubicación en cuentas oficiales o privadas. En cambio, si se consideran como “documentos públicos” por la referida vinculación con la función pública, pero se encuentran resguardados por algunas de las excepciones al derecho de acceso, puede tener lugar un proceso de balance con el fin de determinar si, en definitiva, prevalece el interés protegido por la excepción o el interés público en la revelación de la información.

Por su parte, la Corte Europea de Derechos Humanos considera a los e-mails, incluyendo aquellos de funcionarios públicos, como correspondencia generalmente sujeta a la garantía de privacidad. Así, el acceso a los mismos requeriría que su contenido no fuera privado, o que se sujetara a ciertos estándares, tales como consagración legal, previsibilidad del acceso, procedimientos adecuados, entre otros. Esto podría cambiar de aprobarse el actual borrador de “Convención sobre Acceso a Documentos Oficiales” (que recoge recomendaciones vigentes pero no vinculantes del Consejo Europa), la cual permitiría el acceso a los e-mails de funcionarios públicos, siempre y cuando no concurriera una excepción, tales como la privacidad de los mismos y la afectación de las deliberaciones entre autoridades públicas. Tales excepciones, empero, no serían absolutas frente a la existencia de un interés público mayor en la entrega de información.

La Corte de Justicia de la Unión Europea asume que existe un derecho de acceso a los correos electrónicos de los funcionarios públicos, derecho que según la normativa vigente en la Unión será operativo siempre que los e-mails se consideren “documentos públicos” (pertinentes a asuntos públicos y no a materias privadas) y que no concurra alguna de las excepciones previstas en dicha normativa (e.g., la protección del proceso deliberativo interno de las instituciones). La Corte de Justicia ha tendido a una interpretación estricta y exigente de



tales excepciones, lo que parece reflejar un creciente compromiso de la Unión Europea con el acceso a la información pública (el cual quedó claramente reflejado en el Tratado de Lisboa de 2009).

España es un caso particular, dado que no existe Ley de Acceso a la Información Pública, por lo que el contenido privado de los correos electrónicos se encuentra protegido especialmente por el derecho fundamental a la protección de datos personales, en cuya virtud se ha afirmado que la disposición de la información propia alcanza incluso a los datos personales, estén ellos o no contenidos en un soporte particular o público. En el Anteproyecto de Ley sobre la materia, los datos personales privados (sensibles) están absolutamente vedados de ser conocidos por la vía de una solicitud de acceso a la información pública y los datos personales no íntimos podrán salvarse de ser develados si se estima que un interés público justifica la retención de los mismos.

En materia de resguardo de derechos involucrados, en EEUU existe una revisión judicial directa. En Inglaterra y Canadá, en cambio, la hay previa intermediación de una entidad administrativa. En España, el derecho de acceso se ha estimado que no es derecho fundamental por lo que no es recurrible ante el Tribunal Constitucional.

## V. BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA

### 1. Libros, Artículos de revista y capítulos de libros

(Sin autor), "Taking out the context: A Critical Analysis of Associated Press v. Canterbury", en *West Virginia Law Review* 113, 2010.

ÁLVAREZ RICO, MANUEL; ÁLVAREZ RICO, ISABEL: "Derecho de Acceso a los Archivos y registros administrativos en la nueva ley de régimen jurídico de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común", en *Revista de Administración Pública*, Nº 135, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

ALASDAIR, ROBERT, *Blacked Out: Government Secrecy in the Information Age*, Cambridge University Press, New York, 2006.

BARRATT, P, "Introduction and Background to the Law" in P Carey and M Turlle (eds), *Freedom of Information Handbook*, The Law Society, London 2006.

BIRKINSHAW, PAUL, *Freedom of Information: the Law, the Practice and the Ideal*, 4 ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

BROOKE, H., *Your Right to Know. How to Use the Freedom of Information Act and Other Access Laws*, Pluto Press, London, 2005.

CASTRO, JULIÁN, "El Federalismo en Canadá ayer y hoy" en (Ibarra, Guillermo y Ruelas, Ana Luz: coord.) *México y Canadá en la Globalización*, México D.F., Porrúa, 2010.

COOK, MEREDITH, *Balancing the Public Interest: Applying the Public Interest Test to Exceptions in the UK Freedom of Information Act 2000*, UCL, Londres, 2003.

COPPEL, PHILIP., *Information Rights. Law and Practice*, 3 ed. Hart, Oxford, 2010.

CRAIG, JDR AND OLIVER, HD, "The Right to Privacy in the Public Workplace: Should the Private Sector be Concerned?", en *Industrial Law Journal* 27, 1998.

DARBISHIRE HELEN, "Access to Information: A Fundamental Right, A Universal Standard", en *Access Info Europe* 29, 2012.

DICEY, AV, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8 ed., London, 1908.

DE CARRERAS SERRA, LUÍS, *Régimen jurídico de la Información. Periodistas y Medios de Comunicación*. Ariel Derecho, Barcelona, 1996.

DESANTESGUANTER, JOSÉ MARÍA: “El derecho a la información en el contexto de los derechos humanos”, en *El derecho a la información, Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, México, vol. 12, 1988.

FELDMAN, DAVID, *Civil Liberties and Human Rights in England and Wales*, 2 ed., OUP, Oxford, 2002.

FRED CATE, ANNETE FIELDS AND JAMES MCBAIN: “The Right to Privacy and the Public’s Right to Know: the ‘central purpose’ of the Freedom of Information Act” en *Administrative Law Review* 41, 1994.

GALL, GERALD L., *The Canadian Legal System*, Calgary, Carswell, 1995.

GUICHOT, EMILIO, “Publicidad registral y derecho a la privacidad. Una necesaria conciliación”, *Centro de Estudios Registrales*, Madrid, 2006.

GUICHOT, EMILIO, “Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas”, Documento de trabajo 170/2011, *Fundación Alternativas*, Madrid, 2011.

GUICHOT, EMILIO, “Acceso a la información y protección de datos. Estado de la cuestión. Transparencia Administrativa y Protección de Datos Personales”, Madrid, 2008.

HALSTUK, MARTIN.E. , “Blurred Vision: The Supreme Court’s FOIA Opinions on Invasion of Privacy”, en C. N. Davis y Sigman L. Splichal (eds.), *Acces Denied. Freedom of Information in the Information Age*, Iowa State University Press, Ames, 2000.

HAZELL, ROBERT; WORTHY BEN; GLOVER MARK, *The Impact of the Freedom of Information Act on Central Government. Does the FOI work?*, Palgrave MacMillan, Basingstoke, 2010.

HINS WOUTER AND VOORHOOF DIRK, "Access to State-Held Information as a Fundamental Right under the European Convention of Human Rights", en *European Constitutional Law Review* 3, 2007.

HOLSEN SARAH AND AMOS JIM., “A Practical Guide to the UK Freedom of Information Act 2000” [www.ucl.ac.uk/spp/publications/unit-publications/115.pdf](http://www.ucl.ac.uk/spp/publications/unit-publications/115.pdf)

JÄDERBLOM H., "European Standards for Public Access to Official Information" <[http://www.presserecht.de/index.php?option=com\\_content&task=view&id=488&Itemid=127](http://www.presserecht.de/index.php?option=com_content&task=view&id=488&Itemid=127)>

MACDONALD, JOHN; CRAIL, ROSS; JONES, CLIVES, *The Law of Freedom of Information*, 2 ed. Oxford University Press, Oxford, 2009.

MORINEAU, MARTA, *Una introducción al Common Law*, Estudios Jurídicos UNAM, México D.F., 2001.

MURILLO DE LA CUEVA, LUCAS, "Informática y protección de datos personales (Estudio sobre la Ley orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal)", en Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

NEELY, Alfred S., *Administrative Law in West Virginia*, Michie Co. ed. W. Virginia, 1982.

OVEYCLAREY WHITE ROBIN, *Jacob and White: the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2002.

SHARPE AND BIGG, "The Right of Access", en P Carey and M Turle (eds), *Freedom of Information Handbook*, The Law Society, Londres, 2006.

STEAD ALAN, *Information Rights in Practice. The Non-Legal Professional's Guide*, Facet, London, 2008.

SUMMERILL, JOSEPH, *The Federal Lawyer*, Editorial Civil Practice, Virginia, 2010.

TAYLOR, LINDSAY J., "Griffis v. Pinal County: Estableciendo cuando los correos personales de un funcionario público son documentos públicos sujetos a revelación", en *Arizona Law Review*, Arizona, 49, 2007.

TROMP, STANLEY L., *Fallen Behind: Canada's Access to Information Act in the World Context*, Canada, 2008.

TURLE, MARCUS, *Freedom of Information Manual*, Sweet & Maxwell, Londres, 2005.

TURLE, MARCUS, "Qualified Exceptions" en P Carey and M Turle (eds), *Freedom of Information Handbook*, The Law Society, London 2006.

WADHAM ET AL., *The Freedom of Information Act 2000 (Blackston's Guide)*, 4 ed. Oxford University Press, Oxford 2011.

WATKINS, JOHN & PELZ, RICHARD, *The Arkansas Freedom of Information Act*, 4th ed., Arkansas Law Press, Arkansas, 2004.

WHITE, A., "Relationship Between Freedom of Information and Data Protection" in P Carey and M Turle (eds), *Freedom of Information Handbook*, The Law Society, London 2006.

## **2. Jurisprudencia**

### **2.1. Estados Unidos**

Department of State v. Washington Post Co. 456U.S. 595, 602(1982)

Dept. of Justice v. Reporters Committee for Freedom of the Press 489 U.S. 749 (1989)

Dept. of the Air Force v. Rose 425 U.S. 352 (1976)

FBI v. Abramson 456 U.S. 615 (1982)

Dept. of Justice v. Reporters Committee 489 U.S. 749 (1989)

Dept. of State v. Ray 502 U.S. 164 (1991)

Dept. of Defense v. Federal Labor Authority 510 U.S. 487 (1994)

Bibles v. Oregon Natural Desert Assn. 519 U.S. 355 (1997)

National Archives & Records Administration v. Favish 541 U.S. 157 (2004)

Hechler v Casey Hechler v Casey, 333 S.E. 2d 799, 808 (W. Va 1985)

Daily Gazette Co. v. W. Va. Board of Med., 325 S.E. 2d 66 (W. Va 1986).

Griffis v. Pinal County 156 P.3d 418 (Ariz. 2007)

Associated Press v. Canterbury 688 S.E.2d 317 (W. Va. 2009).

## **2.2. Canadá**

City of Ottawa v. Ontario (2010) ONSC 6835.

## **2.3. Inglaterra**

Department for Culture, Media and Sport v Information Commissioner, EA/2007/0090

Guardian Newspaper Limited and Heather Brooke v Information Commissioner and British Broadcasting Corporation, EA/2006/0011 and EA/2006/0013

Department for Education and Skills v Information Commissioner and Evening Standard, EA/2006/0006

HM Treasury v Information Commissioner, EA/2007/0001

Scotland Office v Information Commissioner, EA/2007 /0128

Secretary of State for Work and Pensions v Information Commissioner, EA/2006/0040

Cabinet Office v Information Commissioner, EA/2010/00027

Scotland Office v Information Commissioner, EA/2007 /0128

McIntyre v Information Commissioner, EA/2007/0068

Chief Constable of Surrey Police v Information Commissioner, EA/2009/0081

University of Central Lancashire v Information Commissioner and David Colquhoun, EA/2009/0034

Hogan and Oxford City Council v Information Commissioner, EA/2005/0026 y EA/2005/0030

John Connor Press Associates Limited v Information Commissioner, EA/2005/0005

#### **2.4. España**

Sentencia Tribunal Constitucional Español, 161/1988

Sentencia Tribunal Constitucional Español, 254/1993

Sentencia Tribunal Constitucional Español, 114/1984

Sentencia Tribunal Constitucional Español, 292/2000

Sentencia Tribunal Constitucional Español, 202/1999

Sentencias Tribunal Constitucional Español, 11/1998

Sentencia Tribunal Constitucional Español, 49/1999

Sentencia Tribunal Constitucional Español, 292/2000

Sentencia Tribunal Constitucional Español, 173/2011

#### **2.5. Corte Europea de Derechos Humanos**

Evans v. United Kingdom, 6339/05

Leander v Sweden, 9248/81

Guerra v Italy, 116/1996/735/932

Sîrbuv. Moldova, 73562/01, 73565/01, 73712/01, 73744/01, 73972/01 y 73973/01

Roche v United Kingdom, 32555/96

Sdružení Jihočeské Matky v République Tchèque, 19101/03

Társagág a Szabadságjogokért v Hungary, 37374/05

KH v Slovakia, 32881/04

Roche v United Kingdom, 32555/96

McGingley and Egan v United Kingdom, 10/1997/794/995-996

Öneryildiz v Turkey, 48939/99

Copland v United Kingdom, 62617/00.

Liberty v United Kingdom, 58243/00

Kennedy v United Kingdom, 26839/05

Halford v United Kingdom, 20605/92

Amann v. Switzerland, 27798/95

Heino v Finland, 56720/09

K.U. v Finland, 2872/02

Gillberg v Sweden, 41723/06

## **2.6. Corte de Justicia de la Unión Europea (Unión Europea)**

Williams v Commission, T-42/05

Borax v Comission, T-166/05

Borax v Comission, T-121/05

Access InfoEurope v Consejo de la Unión Europea, T-233/09

Agrofert Holding v Commission, T-111/07

Editions Jacob v Commission, T-237/05

Muniz v Commission, T-144/05

Verin Fur Konsumenteninformation, T-2/03

WWF v Council, T-264/04

Sison v Council, C-266/05

MyTravel v Commission, C-506/08

Terezakis v Commission, T-380/04



Informe en derecho:

# Igualdad y acceso a la información de Televisión Nacional.

Jorge Correa Sutil

Diciembre de 2010.

## **Introducción**

### **A. Objetivo**

El Consejo para la Transparencia me ha pedido informar si las normas contenidas en los artículos décimo, letra h) y 33, letra b) del artículo primero, ambos de la Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, pueden producir efectos contrarios a la Constitución en caso de aplicarse al reclamo de ilegalidad que se tramita ante la I. Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol de ingreso N° 945-2010.

### **B. Antecedentes tenidos a la vista.**

Televisión Nacional de Chile (en adelante TVN) ha solicitado la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los dos preceptos legales referidos en el párrafo anterior, mediante requerimiento de 15 de agosto de 2010 (en adelante, el requerimiento), el que ha sido declarado admisible por el Excmo. Tribunal Constitucional (en adelante, también TC), el 22 de septiembre del mismo año.<sup>1</sup> Para emitir este informe, he tenido a la vista el requerimiento de inaplicabilidad recién mencionado; las decisiones de los reclamos R-12 y R-15 del Consejo para la Transparencia, de fechas 14 de agosto y 17 de septiembre de 2009; la decisión de las reposiciones presentadas en los reclamos R 12-09 y R-15-09, adoptado por el Consejo para la Transparencia en sesión de 23 de diciembre de 2009; el reclamo de ilegalidad interpuesto por TVN en contra de ellas, ante la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 26 de febrero de 2010, así como copia simple del expediente Rol 945-2010 originado por esa acción, desde la foja 1 a la 265, que consiste –esta última- en una resolución de esa Corte de Apelaciones 26 de octubre de 2010.<sup>2</sup> Este reclamo de ilegalidad será denominado, en lo que sigue, como la gestión pendiente.

---

<sup>1</sup> Rol 1800 en el Tribunal Constitucional. Con fecha 29 de octubre de 2010, se decretaron los autos en relación y se ordenó acumular a la causa Rol 1732.

<sup>2</sup> No he tenido a la vista los informes en derecho de los profesores Enrique Silva Cimma y Mario Verdugo, que se acompañan en los numerales 3 y 4 de del reclamo de TVN, que se guardaron en custodia, según se consigna a fs. 66 de esos autos.

El artículo 33, letra b), contenido en el artículo primero de la Ley N° 20.285, precepto que establece la Ley de Transparencia, dispone:

*“Artículo 33.- El Consejo tendrá las siguientes funciones y atribuciones:*

*...*

*b) Resolver, fundadamente, los reclamos por denegación de acceso a la información que le sean formulados de conformidad a esta ley.”.*

Por su parte, el artículo décimo, letra h) de la Ley 20.285 prescribe:

*Artículo décimo.- El principio de la transparencia de la función pública consagrado en el inciso segundo del artículo 8° de la Constitución Política y en los artículos 3° y 4° de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado es aplicable a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y a las sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio, tales como Televisión Nacional de Chile, la Empresa Nacional de Minería, la Empresa de Ferrocarriles del Estado, la Corporación Nacional del Cobre de Chile o Banco Estado, aun cuando la ley respectiva disponga que es necesario mencionarlas expresamente para quedar sujetas a las regulaciones de otras leyes.*

*En virtud de dicho principio, las empresas mencionadas en el inciso anterior deberán mantener a disposición permanente del público, a través de sus sitios electrónicos, los siguientes antecedentes debidamente actualizados:*

*...*

*h) Toda remuneración percibida en el año por cada Director, Presidente Ejecutivo o Vicepresidente Ejecutivo y Gerentes responsables de la dirección y administración superior de la empresa, incluso aquellas que provengan de funciones o empleos distintos del ejercicio de su cargo que le hayan sido conferidos por la empresa, o por concepto de gastos de representación, viáticos, regalías y, en general, todo otro estipendio. Asimismo, deberá incluirse, de forma global y consolidada, la remuneración total percibida por el personal de la empresa.*

Sostiene, en esencia, el requerimiento, que la infracción constitucional se produce al aplicarse el precepto recién transcrito a TVN, obligándola específicamente a publicitar la remuneración de sus

gerentes responsables de la dirección y administración de la Empresa.

### **C. Estructura del Informe.**

Los apartados III y IV que siguen analizan si puede resultar contraria a la Carta Fundamental la aplicación de lo dispuesto en el artículo décimo, letra h) de la Ley N° 20.285, haciéndose cargo de las dos causales invocadas por TVN. Fundamentalmente lo que este requirente sostiene es que el aludido precepto legal produciría, en caso de aplicarse en la gestión pendiente, un efecto contrario a la igualdad de trato entre el Estado empresario y los particulares, consagrado en el numeral 21 del artículo 19 de la Carta Fundamental y a la igualdad ante la ley, asegurado en el numeral 2° del artículo 19 de la Carta Fundamental. Partiré, en el apartado III, por analizar y emitir opinión respecto de la segunda infracción que se alega, por tratarse de la más general y por estimar que buena parte de lo que se concluya respecto de esta igualdad, de carácter general, servirá de base para concluir también respecto de la primera alegación. En consecuencia, en el capítulo IV que le sigue, habrá de estudiarse la eventual infracción de lo dispuesto en el numeral 21 del artículo 19 de la Carta Fundamental.

El Capítulo V siguiente se detiene en los posibles efectos contrarios a la Carta Fundamental que podrían producirse en caso de aplicarse en la gestión pendiente, lo dispuesto en el artículo 33, letra b) del artículo primero de la Ley N° 20.285.

El Capítulo VI contiene las conclusiones generales que se desprenden del informe.

Antes de iniciar el informe descrito, destinaré solo algunas líneas a resaltar una cuestión de la que este informe no se hará cargo; cual es la de los efectos de la declaración de constitucionalidad de los artículos 33, letra b) del artículo primero y décimo de la Ley N° 20.285 por parte del Tribunal Constitucional en control preventivo y abstracto.

En consecuencia, la estructura e índice del presente informe es el siguiente:

<b>I.</b>	<b>Introducción</b>	2
A.	Objetivo	2
B.	Antecedentes tenidos a la vista	2
C.	Estructura del Informe	4
<b>II.</b>	<b>Declaración de Constitucionalidad del precepto legal que ahora se recurre de inaplicabilidad</b>	8
<b>III.</b>	<b>Los efectos que produciría la aplicación del artículo décimo, letra h), frente a la igualdad ante la Ley.</b>	10
A.	Introducción y plan de este Capítulo.	10
B.	El entendimiento que el Tribunal Constitucional ha hecho de la igualdad ante la ley no impide hacer diferencias; sino que las permite y hasta las obliga, para así dar un trato legal diferenciado a situaciones distintas, a condición de que se cumplan algunos requisitos que se engloban en la exigencia de razonabilidad.	10
	a) Explicación de este criterio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional	11
	b) Verificación del criterio en examen en el caso que nos ocupa	15
C.	¿Es razonable la diferencia hecha por el legislador?	16
	1. Enunciación y examen del primer requisito para que una diferencia pueda juzgarse de razonable: el trato diverso sólo se justifica en la medida que las situaciones se diferencien en aspectos fácticos objetivos y relevantes	16
	2. Enunciación y examen del segundo requisito: Para que la diferencia no sea arbitraria no puede fundarse en un propósito de hostilidad hacia un grupo vulnerable o importar un favor o privilegio personal indebido. La diferencia no debe fundarse en supuestos injustificados, conforme a criterios de valor generalmente aceptados.	31
	3. Enunciación y examen del tercer requisito: la finalidad que se persigue al hacer la diferencia debe de ser lícita.	35

4.	Enunciación y examen del cuarto requisito: para no ser considerada arbitraria, la distinción y trato diverso establecido por la ley debe ser razonablemente adecuada y necesaria para alcanzar el fin lícito en que se funda la distinción.	56
5.	Enunciación y examen de un quinto requisito: para ser razonable, la diferencia debe pasar un examen de proporcionalidad en sentido estricto, considerando la finalidad de la ley, el caso concreto y los costos que se imponen a aquel que recibe el trato diverso, los que deben resultar tolerables.	66
D.	Conclusiones de este apartado.	75
<b>IV.</b>	<b>Análisis de la eventual infracción a lo dispuesto en el numeral 21 del artículo 19 de la Carta Fundamental.</b>	78
A.	Presentación y orden de este capítulo.	78
B.	No cabe invocar la disposición constitucional del artículo 19 N° 21 en favor del Estado y contra el derecho de las personas.	79
1.	El sentido literal y lógico del precepto constitucional es claro: en el no se establece una garantía a las empresas públicas, sino a los privados. La tesis contraria lleva además a resultados manifiestamente absurdos.	80
2.	La historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional manifiesta claramente el entendimiento que venimos sosteniendo.	84
3.	Lo que resulta decisivo, el Tribunal Constitucional ha entendido reiteradamente que la norma constitucional tiene por objeto proteger a los particulares en contra del Estado, y no viceversa	85
4.	Los tribunales superiores de justicia de la judicatura ordinaria también entienden que la norma constitucional protege al particular en contra del Estado y no al revés.	87
5.	La doctrina atribuye el mismo sentido a la norma constitucional que venimos analizando.	88
C.	A todo evento, en caso de estimarse que puede invocarse a favor del Estado la norma constitucional	92

en examen, ella no se haya infringida, pues la norma que se dice perjudica a una empresa estatal fue establecida en una ley aprobada con quórum de Ley Orgánica Constitucional y por motivos justificados.	
1. La Ley 20.285 es una de quórum calificado	92
2. La obligación especial de las empresas públicas consistente en la publicidad de la remuneración de sus gerentes se adoptó por razones justificadas.	93
D. Conclusiones de este capítulo.	93
<b>V. Análisis de la Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad de lo dispuesto en el artículo 33, letra b) del artículo primero de la Ley número 20.285.</b>	95
<b>VI. Conclusiones finales.</b>	99

## **I. Declaración de Constitucionalidad del precepto legal que ahora se recurre de inaplicabilidad.**

Los preceptos legales impugnados de inaplicabilidad en esta causa, contenidos en los artículos 33, letra b) del artículo primero y en el artículo décimo de la Ley N° 20.285, este último en cuanto regula las empresas públicas creadas por ley, fueron examinados de constitucionalidad en control preventivo y abstracto. Por sentencia de 10 de julio de 2008, dictada en la causa Rol 1051, el Tribunal Constitucional declaró, entre otros, que:

**"2. QUE SON CONSTITUCIONALES LAS SIGUIENTES DISPOSICIONES DEL PROYECTO DE LEY REMITIDO: Del ARTÍCULO PRIMERO –que aprueba la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado-, las siguientes normas:**

...

- *artículo 33, letras a), b)...;"*

Más adelante, en ese mismo numeral se declara también que son constitucionales:

***"EI ARTÍCULO DÉCIMO, sólo en cuanto se refiere a las empresas públicas creadas por ley;".***

El inciso segundo del artículo 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece lo siguiente:

***"Resuelto por el Tribunal que un precepto legal es constitucional, no podrá declararse inaplicable por el mismo vicio materia del proceso y de la sentencia respectiva."***

Por su parte, el artículo 84 de la misma ley dispone en su numeral 2 que:

***Artículo 84. Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos:***

...

***2. Cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva;".***



El presente informe no se hará cargo de estudiar si la declaración de constitucionalidad debiera producir algún efecto en la petición de inaplicabilidad referida y entrará derechamente a analizar si los preceptos legales impugnados pueden, en caso de aplicarse en la gestión pendiente, producir un efecto contrario a la Constitución.

## **II. Los efectos que produciría la aplicación del artículo décimo, letra h), frente a la igualdad ante la Ley.**

### **A. Introducción y plan de este Capítulo.**

La alegación planteada por la parte de TVN en el requerimiento se funda en la comparación entre Televisión Nacional y el resto de las empresas concesionarias de canales televisivos, para –desde esta perspectiva comparativa- argumentar que la obligación de publicitar los sueldos de sus gerentes, establecida en la norma impugnada, del artículo décimo, letra h), en cuanto resulta aplicable sólo a ese canal público, constituye una diferencia arbitraria, de aquellas prohibidas por la Carta Fundamental, por exigir a su parte revelar información confidencial y sensible de sus trabajadores, obligación que no se extiende a sus competidoras, lo que establece una discriminación que carece de fundamento razonable.

Para concluir si la obligación a la que la referida norma impugnada, en su aplicación en la gestión pendiente, somete a TVN vulnera o no el principio de igualdad ante la ley, o más propiamente de igualdad de la ley o en su contenido, examinaremos el significado que le ha dado a ese precepto constitucional una larga, sostenida y uniforme jurisprudencia del Tribunal Constitucional e iremos revisando el modo en que la aplicación de la norma en cuestión respeta o vulnera cada una de las exigencias y componentes del precepto constitucional.

En esencia, esa jurisprudencia se compone de dos afirmaciones básicas: la primera es que al legislador no le queda prohibido hacer diferencias; la segunda es que no cualquier diferencia es constitucionalmente admisible, pues no lo son las que tienen carácter arbitrario. A determinar el alcance que la jurisprudencia del TC ha establecido para cada una de esas afirmaciones y luego a aplicarlas al caso que nos ocupa se destinan los apartados que siguen, agrupados en las letras B y C que siguen.

### **B. El entendimiento que el Tribunal Constitucional ha hecho de la igualdad ante la ley no impide hacer diferencias; sino que las permite y hasta las obliga, para así dar un trato legal diferenciado a situaciones distintas, a**

**condición de que se cumplan algunos requisitos que se engloban en la exigencia de razonabilidad.**

**a) Explicación de este criterio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional:**

Ha sido larga, sostenida y uniforme la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional que establece no sólo la facultad del legislador de hacer distinciones, si no su deber de hacerlo, desde que, en sentencia de 5 de abril de 1988, examinara y declarara inconstitucional un precepto del Proyecto de Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios, por establecer una misma e idéntica sanción de apremio para casos en que las personas se negaren a pagar una multa, cualquiera fuera su monto o la infracción que la hubiera originado. Según razonó el Tribunal en ese fallo, la igualdad asegurada en la Carta Fundamental prohibía atribuir la misma consecuencia jurídica a situaciones objetivamente diversas.

Dos son las ideas matrices contenidas en ese fallo primigenio que dio significado al principio de igualdad. La primera es que la Constitución no prohíbe hacer diferencias. El segundo es que la exigencia de la Carta Fundamental de que ellas no sean arbitrarias se satisface si las mismas pueden calificarse de razonables. En ambos casos, el Tribunal se valió de una cita del autor argentino Linares Quintana para explicar su alcance:

Respecto a que la igualdad no es absoluta y no impide hacer diferencia, si no que, por el contrario, exige a la ley que las haga para aquellos que se encuentran en situaciones diferentes, el Tribunal razonó así en el párrafo final del considerando 72° de ese fallo:

*"De esta manera la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. "No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a la diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición..." (Linares Quintana, Segundo, Tratado de la Ciencia*

*del Derecho Constitucional Argentino y Comparado, tomo 4º, pág. 263).*" (Énfasis añadido).

Sobre la base de esa cita y razonamiento, como se ha dicho, declaró inconstitucional un precepto que atribuía igual consecuencia a conductas diversas.<sup>3</sup>

Esta noción de que la Constitución no prohíbe al legislador hacer diferencias y que incluso le obliga a ello, ha sido reiterada con idénticas palabras, que se citan textualmente o con análogas que se parafrasean, en un número considerable de fallos. Así, a vía puramente ejemplar, ha ocurrido con las sentencias de las siguientes fechas y roles, en los considerandos que, en cada caso se indican:

- De 31 de julio de 1992, Rol 219, considerando 17º
- De 25 de octubre de 2007, Rol 707, la idea aparece supuesta en el considerando 11º.
- De 11 de diciembre de 2007, Rol 790, considerando 21º.
- De 20 de diciembre de 2007, Rol 784, considerando 19º.
- De 8 de enero de 2008, Rol 977, considerando 10º, aunque sin la cita de Linares Quintana.
- De 24 de enero de 2008, Rol 797, considerando 19º.
- De 31 de marzo de 2008, en la causa Rol 755, considerando 27º, luego reiterado, en casos análogos, roles 1138 y 1140 y en causa de inconstitucionalidad Rol 1254.
- De 6 de octubre de 2009, Rol 1295, la suponen los considerandos 104º y siguientes.
- De 28 de enero de 2010, Rol 1535, considerando 33º.
- De 3 de marzo de 2010, Rol 1298, implícita en el considerando 72º.

---

<sup>3</sup> El razonamiento acerca de por qué el precepto era inconstitucional puede encontrarse en el considerando 73, que establece: "*73. Que el artículo 146 del proyecto, teniendo presente las consideraciones antes expuestas, vulnera el artículo 19, N° 2, de la Carta Fundamental, por cuanto da un trato igual a situaciones desiguales, como lo demuestra el hecho de que una persona que sea condenada a cien unidades tributarias mensuales puede sufrir, por la vía de sustitución de la pena, treinta días de prisión y, en cambio, la persona que sea condenada a una unidad tributaria mensual sufre, por la vía sustitutiva, la misma pena de treinta días de prisión. Este trato igual para situaciones disímiles no resulta razonable, y como bien se ha dicho "la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de la igualdad o la desigualdad".*

- De 8 de abril de 2010, Rol 1365, considerando 29°.
- De 17 de junio de 2010, Rol 1584, la supone a partir de los considerandos 19° y siguientes.
- De 7 de septiembre de 2010, Rol 1448, considerando 36°
- De 9 de septiembre de 2010, Rol 1502, considerando 11°.
- De 14 de septiembre de 2010, Rol 1414, considerando 14°.

La segunda idea matriz contenida en ese fallo es que no cualquier diferencia hecha por el legislador resulta aceptable para la Carta Fundamental. Citando nuevamente a Linares Quintana, el TC exigió que esa diferencias debían ser **razonables; concepto que aparece entonces opuesto a que la diferencia sea "arbitraria"**, que es lo prohibido por la Carta Fundamental, en el numeral 2° de su artículo 19.

Desde aquella sentencia, el análisis de los requisitos que debe cumplir una diferencia hecha por el legislador para no ser considerada arbitraria o pasar por el examen de razonabilidad, ha sido desarrollado en fallos sucesivos, entre los cuales están los antes citados, hasta constituir -particularmente a la luz de una secuencia jurisprudencial reciente una doctrina constante, que exige cinco requisitos para examinar la razonabilidad de la diferencia hecha por el legislador: 1. Que el trato diverso se justifica en la medida que las situaciones fácticas se diferencien por cuestiones objetivas y relevantes; 2) La exigencia de que la diferencia no se funde en un propósito de hostilidad hacia un grupo vulnerable o importe un favor o privilegio personal indebido; 3) que la finalidad que se persigue al hacer la diferencia sea lícita; 4) que la distinción y trato diverso establecido por la ley sea razonablemente adecuada y necesaria para alcanzar el fin lícito en que se funda la distinción, y 5) que la diferencia pase un examen de proporcionalidad en sentido estricto, considerando la finalidad de la ley, el caso concreto y los costos que se imponen a aquel que recibe el trato diverso, los que deben resultar tolerables a la luz de ese examen de proporcionalidad.

Sobre la base de afirmar la facultad y el deber del legislador de establecer consecuencias u obligaciones diversas para situaciones diferentes y someterlas al examen de razonabilidad, el Tribunal Constitucional ha estimado como no contrarias a la Carta Fundamental una multiplicidad de distinciones hechas por el

legislador: Así, por ejemplo, en la causa Rol 1414, ha rechazado impugnaciones en contra de la Ley de Quiebras, en cuanto autoriza, respecto de ciertos deudores, a declarar su quiebra sin necesidad de acreditar insolvencia. Con análogos criterios, en la causa Rol 1365, permitió aplicar la regla que exige sólo a los condenados por ciertos delitos graves, y no a otros, someterse a un registro genético o de ADN. Otro tanto hizo en la causa Rol 1448, al desechar requerimiento en contra de los distintos regímenes existentes en materia de recursos para impugnar distintas resoluciones del Tribunal de la Libre Competencia. De igual modo, en la causa Rol 1295, validó aplicar la existencia de obligaciones especiales para las Compañías de Seguro de proveer al financiamiento a Bomberos. De manera análoga, en la causa Rol 1584, no consideró que infringía la Carta Fundamental agravar las penas de algunos delitos por el resultado que en ellos se producía. También ha permitido aplicar una regla diversa y más severa de calcular la aplicación de penas en el caso de delitos reiterados en la justicia militar que en la civil, en la causa de Antuco, Rol 784. También lo consideró así al examinar, en la causa Rol 797, el hecho de que el legislador haya decidido sancionar algunos delitos (y no otros) como consumados desde que se encuentran en grado de tentativa. En base a esos mismos criterios, en la causa Rol 977, consideró que se encontraban justificadas las diferencias hechas por el legislador en materia de excepciones oponibles por el ejecutado cuando se trataba del cobro de deudas previsionales, en relación a aquellas que pueden interponer otros ejecutados. También, en la causa Rol 707, validó aplicar las diferencias establecidas en el DL 2695 en materia de prescripción adquisitiva, que resultan especiales respecto de las generales del Código Civil, aunque no en el caso que esas diferencias no concurrieran en el caso. También rechazó la impugnación que se hacía a un proyecto de ley que sólo otorgaba reajustes a un tipo de pensiones y no a otro, en el Rol 219 de 1995. Validó también el Tribunal que se aplicara la regla que obliga sólo a los abogados, y no a otros profesionales a atender ciertos asuntos, aunque no a hacerlo gratuitamente, todo ello en las causas Rol 755, 1138 y 1140, y luego en examen abstracto de constitucionalidad en la causa Rol 1254. De igual modo, en la causa rol 790, declaró que resultaba posible aplicar la diferenciación hecha por el legislador al reajustar algunas pensiones y no otras. Son muchas entonces las diferencias hechas por el legislador que el Tribunal ha considerado que pueden aplicarse sin afectar el principio de igualdad ante la ley.

En cambio, otras diferencias no han pasado, en su aplicación práctica, el examen de ser suficientemente razonables. Así, por ejemplo, la diferencia establecida por el Código de Procedimiento Penal entre el Ministerio Público y otros intervinientes del proceso para impugnar ciertas resoluciones, en la causa Rol 1502. Igualmente y, como ya se ha referido, en 1988, declaró inconstitucional una norma que aplicaba la misma consecuencia a situaciones diversas.

**b) Verificación del criterio en examen en el caso que nos ocupa.**

La regla del artículo décimo, letra h), de la ley 20.285, que examinamos en este informe, obliga sólo a las empresas públicas creadas por ley o a aquellas en que el Estado tiene una participación decisiva, a mantener a disposición permanente del público, a través de sus sitios electrónicos, entre otros antecedentes, todas las remuneraciones percibidas en el año por diversas autoridades. En su aplicación al caso concreto y en lo que resulta impugnada, la norma obliga a Televisión Nacional de Chile a publicitar las remuneraciones percibidas en el año por cada gerente responsable de la dirección y administración superior de la empresa.

Si se compara a las empresas públicas, en este caso a TVN, con las empresas privadas con las cuales compite, la norma establece una diferencia, pues el resto de las estaciones televisivas, que no son ni empresas públicas ni sociedades anónimas abiertas, no están obligadas a transparentar esa información. Por las razones que ya se han dicho, la mera existencia de esa diferencia legal no vulnera la Carta Fundamental, pues ésta no obliga al legislador a no establecer diferencias e incluso lo obliga a hacerlas para dar trato diferenciado a quienes se encuentran en diversa condición.

En consecuencia, lo que cabe examinar es si la regla de publicidad en cuestión, aplicable sólo a las empresas públicas creadas por ley y a otras en que participa el Estado de manera decisiva, y en la especie a TVN, establece en contra de éstas una diferencia arbitraria o si, por el contrario, la diferencia debe estimarse como razonable.

Nos avocaremos a ello a continuación, revisando los cinco criterios ya descritos, para examinar la razonabilidad de la diferencia en examen.

### **C. ¿Es razonable la diferencia hecha por el legislador?**

Tal como ha quedado anunciado, el Tribunal Constitucional ha sostenido de manera consistente y uniforme que una diferencia hecha por el legislador debe pasar los exámenes de ser objetiva, de no fundarse en propósitos de hostilidad o de indebido privilegio, de perseguir una finalidad lícita, de ser la diferenciación un medio adecuado y necesario para lograr ese fin lícito y de no dañar desproporcionadamente al grupo o persona distinguida por la norma. Justificaremos y explicaremos, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional estos criterios y los aplicaremos al caso en examen.

#### **1. Enunciación y examen del primer requisito para que una diferencia pueda juzgarse de razonable: el trato diverso sólo se justifica en la medida que las situaciones se diferencien en aspectos fácticos objetivos y relevantes.**

##### **a) Explicación del criterio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.**

Para considerar que una diferencia de trato hecha por el legislador es razonable, el Tribunal Constitucional, en diversas sentencias ha reiterado que la diferencia debe sustentarse en presupuestos objetivos. Al efecto, con frecuencia ha citado o referido jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Alemania y España que así lo han establecido. El típico razonamiento con que se ha expuesto y reiterado esta exigencia puede leerse en el considerando 16° de la sentencia de 14 de septiembre de 2010, dictada en la causa Rol 1414:

*“DECIMOSEXTO: Que, por otro lado, como también lo ha señalado el Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos (roles 755 y 790), el examen de la jurisprudencia de diversos Tribunales Constitucionales, como el alemán y el español, da cuenta de que no basta con que la justificación de las diferencias sea razonable sino que además debe ser objetiva. De este modo, si bien el legislador puede establecer criterios específicos para situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, ello siempre debe*



*sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que lo justifiquen, sin que, por tanto, queden completamente entregados los mismos al libre arbitrio del legislador;"*

La exigencia de objetividad o de presupuestos objetivos de la diferencia, no sólo aparece en la sentencia Rol 1414 transcrita y en los Roles 755 y 790, que ella cita, sino también es mencionada como exigencia, entre otras, en las siguientes sentencias dictadas en el año 2010: la de 9 de septiembre, Rol 1502, considerando 11<sup>4</sup>; en la de 8 de abril, dictada en la causa Rol 1365, considerando 33<sup>5</sup> y en la de 28 de enero, dictada en la causa Rol 1535, considerando 35<sup>6</sup>. En varios otros fallos, como en el caso las sentencias de fechas 7 de septiembre de 2010, causa Rol 1448, de 17 de junio de 2010, Rol 1584 y otras que en ellas se citan se exige, en cambio, que los fines perseguidos

---

<sup>4</sup> El párrafo segundo del considerando referido, en el que hemos destacado lo relativo a la objetividad, razona así: "*Se ha señalado asimismo que si bien cabe al legislador formular diferencias o estatutos especiales, tales distinciones son constitucionalmente admisibles sólo cuando obedecen a **presupuestos objetivos**, pertinentes y razonables; cuando resultan proporcionadas e indispensables, amén de perseguir una finalidad necesaria y tolerable (roles N°s 790, considerando vigesimosegundo; 1138, considerando trigesimoséptimo, y 1140, considerando trigesimoprimer, entre otras);*

<sup>5</sup> El considerando contiene la exigencia en los términos que se destacan: "**TRIGESIMOTERCERO:** Que, además, los propósitos de política criminal que subyacen al sistema de registro de las huellas genéticas de las personas condenadas, de conformidad con la Ley N° 19.970, **resultan objetivos, alejando el temor de arbitrio de parte de la autoridad encargada de formarlo y mantenerlo.**

Se cumple, asimismo, desde este punto de vista, con otro de los criterios que este Tribunal ha fijado como decisivos para establecer si determinada hipótesis normativa importa una vulneración de la igualdad ante la ley. En efecto, recordando jurisprudencia emanada de los Tribunales Constitucionales español y alemán, ha fallado que "*si bien el legislador puede establecer criterios específicos para situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, **ello siempre debe sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que lo justifiquen, sin que, por tanto, queden completamente entregados los mismos al libre arbitrio del legislador.***" (Sentencia Rol N° 1.535, considerandos 35° y 37°);"

<sup>6</sup> "**TRIGESIMOQUINTO.-** Que, por otro lado, como también lo ha señalado esta Magistratura en diversos pronunciamientos (roles 755 y 790, entre otros), el examen de la jurisprudencia de diversos Tribunales Constitucionales, como el alemán y el español, da cuenta de que no basta con que la justificación de las diferencias sea razonable sino que además debe ser objetiva. De este modo, si bien el legislador puede establecer criterios específicos para situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, **ello siempre debe sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que lo justifiquen, sin que, por tanto, queden completamente entregados los mismos al libre arbitrio del legislador;"**.

por la distinción sean objetivos, lo que será tratado en el numeral 3 que sigue.

En general, los fallos no explican lo que este requisito de objetividad agrega al de la razonabilidad. En sentencia de 8 de Enero de 2008, causa Rol 977, sin embargo, esa exigencia de objetividad se aplica, explicando que las distintas excepciones que el legislador había dispuesto podían oponerse en contra de las diversas clases de demandas ejecutivas eran objetivas pues se fundaban en la distinta naturaleza de los títulos ejecutivos a las que se oponían:

*"Decimoprimer.- Que, desde luego, la diferencia se ha establecido en razón de criterios objetivos, que tienen relación con la naturaleza de la deuda que se cobra y con el título ejecutivo que se invoca. El trato diferente no hace acepción de personas, ni depende de características subjetivas adscritas, como podría ser la edad, sexo, raza, origen social o nacional o hace preferencias en virtud de otra categoría que pudiera resultar inaceptable para la diferencia de que se trata, como lo sería la condición social, la posición económica o las creencias del demandado. En consecuencia, y por estos motivos, no cabría considerar la diferencia como arbitraria;".<sup>7</sup>*

De la aplicación del criterio habido en el fallo recién citado, de los términos en que es generalmente expuesto, del hecho de presentarse como opuesto a lo arbitrario y del hecho de que la exigencia de objetividad se dirija a los presupuestos de la diferencia, debe necesariamente colegirse que lo que exige este requisito es que las situaciones a las que la ley atribuye consecuencias diversas o de las

---

<sup>7</sup> En un voto de minoría dictado en la causa Rol 797, varios Ministros previnieron razonando acerca del cumplimiento del requisito de objetividad de un modo que hicieron equivalente a que la distinción no se fundara en características adscritas que los sujetos no podían alterar o en preferencias que resultaban lícitas y comprendidas en el ejercicio de la libertad. Esta exigencia será examinada en el numeral siguiente. Nos referimos al considerando 4° del voto particular de 3 Ministros en la causa referida, en la cual se razona así: "**CUARTO.** Que, desde luego, la diferencia se ha establecido en razón de **criterios objetivos, que dependen de una conducta voluntaria**, como es la comisión de un determinado delito contra la propiedad. **De ese modo, el trato diferente no depende de características personales como podrían ser la edad, sexo, raza, origen social o nacional del sujeto activo o su pertenencia a otra categoría que pudiera resultar inaceptable para la diferencia de que se trata, como sería la condición social, posición económica o creencias del responsable del delito;**".

que sigue consecuencias jurídicas dispares, sean fácticamente distinguibles, según características relevantes que resulten reconocibles por cualquier observador.

Así entendida la exigencia de objetividad en la diferenciación, ella aparece exigida y aplicada en otra serie de fallos. Nos referimos, por ejemplo, a lo que se razona en el considerando 72° de la sentencia de 3 de marzo de 2010, dictada en la causa Rol 1228, que, a su vez, hace alusión al considerando 11° de la sentencia Rol 707, ambas dictadas en casos en que se impugnó la aplicación de reglas contenidas en el DL 2.695 sobre regularización de la pequeña propiedad raíz. En esos fallos, aparece claro que cabe exigir de un trato diverso hecho por el legislador, es que las situaciones que distingue lo sean fácticamente en propiedades relevantes, pues en ella, lo que se estima prohibido es **“el tratamiento especial que no esté basado en un hecho diferenciador relevante que la justifique”**<sup>8</sup>.

Existen otras sentencias en que se destaca que la regla que establece la diferencia lo hace respecto de un universo de personas que pueden encontrarse en una misma situación y no respecto de individuos determinados. Así, por ejemplo, se destacó en el considerando 30° de la sentencia de 17 de junio de 2010, causa Rol 1584, que la especial obligación de registro de huellas de ADN no se aplicaba a una persona en particular, si no a cualquier condenado por ciertos tipos de delitos. De manera análoga, en el considerando 104 de la sentencia de 6 de octubre de 2009, causa Rol 1295, el Tribunal

---

<sup>8</sup> *“Además, para que se entienda infringida la igualdad no basta con que se introduzca una diferencia entre distintos sujetos imperados, sino que además es necesario que esa diferencia sea arbitraria, es decir, carente de una justificación razonable. Con ello, reiteramos la jurisprudencia de esta Magistratura según la cual “...considerada en abstracto, la especialidad de las normas sobre regularización de la posesión y adquisición de la propiedad de los bienes raíces contenidas en los artículos 15 y 16 del Decreto Ley N° 2.695, frente a las normas generales vigentes sobre la materia contenidas en el Código Civil, **no puede estimarse que introduzca una diferencia arbitraria que resulte contraria a la garantía de igualdad ante la ley asegurada actualmente en el artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental, pues lo que la Constitución prohíbe es el tratamiento especial que no esté basado en un hecho diferenciador relevante que la justifique, circunstancia que, en cambio, existe y fundamenta el sistema de posesión y adquisición del dominio de ciertos bienes raíces contenido en el Decreto Ley N° 2.695, de 1979;**” (STC rol N° 707, considerando 11);”.*

destacó que la obligación de financiar a Bomberos se imponía a toda una clase de empresas, como eran las Compañías de Seguro, sin excepción. El carácter general de la norma aparece destacada también, entre otras, en el considerando 27° de la sentencia de 31 de marzo de 2008, Rol 755.

**b) Verificación de la exigencia en el caso que examinamos:**

La exigencia de objetividad a que nos hemos referido se encuentra perfectamente satisfecha en el diverso trato que hace la norma que examinamos. Ella resulta exigible para una categoría o universo de empresas que tienen características diferenciadoras relevantes y reconocibles. En efecto, las empresas públicas que resultan obligadas por la exigencia de publicidad son –en lo que interesa- las creadas por ley, característica que ciertamente no es propia de las empresas privadas que, cualquiera sea su forma, nacen por convención de quienes se asocian. El cometido o finalidad de estas empresas creadas por ley es público, en primer lugar por estar determinado en sus respectivas leyes, las que limitan su quehacer sólo a lo que ella expresamente autoriza, cuestión en la que ciertamente difieren fácticamente de manera significativa de las empresas privadas, las que se crean para lograr un objeto social convencional, regido en principio, por la autonomía de la voluntad. El cometido de las empresas públicas es público también en un segundo sentido: su creación responde a un objetivo de interés social, para atender una necesidad pública y así hacer un determinado aporte al bien común, que el legislador considera necesario y que los particulares no pueden lograr; siendo, en consecuencia, de interés de todos que la empresa efectivamente lleve a cabo la finalidad para la que fue creada. En tercer lugar, estas empresas, a diferencia de las privadas son administradas por autoridades públicas. Al margen de las normas que regulen su relación laboral, las autoridades máximas de estas empresas públicas son designadas por autoridades políticas y asumen un cometido público. En razón de ello, están obligadas a velar por la eficiente e idónea administración de los bienes públicos y por el debido cumplimiento de la función pública, según lo determina el artículo 5° de la Ley de Bases de la Administración Pública. Es en razón de que realizan una función pública, cuya adecuada consecución interesa a toda la sociedad, que estas empresas se rigen por el principio de probidad, que deben ejercer sus funciones con

transparencia y que están sometidos a especiales obligaciones de publicidad, según determina el artículo 13 de la Misma Ley de Bases, el artículo décimo que ahora se ha impugnado y, desde luego el propio artículo 8° de la Carta Fundamental.

La diferencia entre empresas públicas creadas por ley y las privadas no es entonces arbitraria, en el primer sentido que examinamos, pues se funda en diferencias fácticas relevantes. En efecto, las diferencias entre ambos tipos de empresas no sólo son salientes y manifiestas, sino además la obligación especial de publicidad, como insistiremos con detalle más adelante, se establece precisamente a partir de que la administración y actos de estas empresas no se llevan a cabo en interés privado, si no público, existiendo, en consecuencia, interés público en conocer esos actos que administran un patrimonio que no es dominio privado y para el logro de objetivos que interesan a todos. El interés público puesto en la buena marcha de estas empresas públicas no se satisface entonces sólo con la designación de sus autoridades máximas, si no que éstas quedan obligadas por normas de derecho público, que no sólo disponen los fines de sus actos de administración, si no que someten a éstos a llevar a cabo su administración sujetos, entre otros, a los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia y probidad, y para asegurarse de que todo ello ocurra, particularmente la probidad, es que, además, quedan sujetos al principio de publicidad.<sup>9</sup>

La jurisprudencia y la doctrina han reconocido en múltiples oportunidades las relevantes diferencias entre empresas públicas y privadas, explicando la manera en que ellas justifican un trato diferenciado en materia de publicidad.

A vía ejemplar, cabe citar un fallo del año 2002, confirmado por la Corte de Santiago el año 2007 y luego también por la Corte Suprema de Justicia el año 2009.<sup>10</sup> En esa causa, las sentencias rechazaron la

---

<sup>9</sup> La sujeción a estos principios está establecida en múltiples normas; entre las que cabe destacar el artículo 3° de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado.

<sup>10</sup> El fallo de primera instancia es del 17° Juzgado Civil de Santiago, de fecha 13 de agosto de 2002, en la causa Rol 2161-1999. El fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago que lo confirma es de 28 de agosto de 2007, causa Rol 1027-2003. El de la Corte Suprema es de fecha 28 de mayo de 2009 y la causa en el máximo tribunal lleva el Rol 6585-07

pretensión del Banco del Estado de que, en acción de mera certeza, se declarara que estaba sometido a la fiscalización exclusiva de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras y que consecuentemente, no podía la Cámara de Diputados exigirle la entrega de antecedentes vinculados a su gestión empresarial, ni la Contraloría sancionarla por el incumplimiento de enviarlos.<sup>11</sup> Tanto las peticiones como sus fundamentos guardan una clara analogía con la tesis sostenida por TVN en el requerimiento que motiva este informe. En ambos casos se discutía el deber de una empresa pública creada por ley de cumplir con normas de orden público que las obliga a entregar información, aunque en ese caso a la Cámara para que ejerciera acciones fiscalizadoras. En ambos casos la empresa estatal ha esgrimido su propia ley orgánica, las desventajas con que se la haría competir si se la obliga a publicitar y, como veremos, la infracción de normas constitucionales de igualdad. En el caso a que nos referimos, tanto el fallo de primera instancia como el de la Corte Suprema analizan con detalle todas las normas aplicables, para concluir, de manera contundente, que las empresas creadas por ley forman parte de la Administración del Estado y le son aplicables obligaciones propias del derecho público, aunque compitan con empresas del sector privado y realicen actos de comercio, sujetos a la legislación común.

Debe destacarse que el fallo de segunda instancia fue recurrido de casación por infracción de diversos preceptos legales y de los artículos 52, N° 1 y 19, N°21 de la Carta Fundamental. Al argumentar la infracción al último de los preceptos constitucionales referidos, el Banco Estado alegó que *“las Cámaras legislativas no pueden recabar del Banco del Estado de Chile informaciones que digan relación con*

---

<sup>11</sup> Ver considerando sexto del fallo de primera instancia que resume las peticiones del Banco. El considerando 7° del fallo de la Corte Suprema de fecha 28 de mayo de 2009, consigna así la pretensión del Banco en aquel juicio: **Séptimo:** *Que en el caso sub-lite, el Banco del Estado de Chile ha solicitado se declare que se encuentra sometido a la fiscalización exclusiva de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras y que las normas generales y especiales aplicables al sector público, se le aplican sólo excepcionalmente. De esta manera, pretende con esta declaración que ni las Oficinas de Informaciones de la H. Cámara de Diputados, ni del H. Senado, puedan exigirle la entrega de antecedentes específicos vinculados a su gestión empresarial por exceder con ello, el ámbito de las atribuciones propias; asimismo, persigue que la Contraloría General de la República, no pueda exigir coercitivamente dicha información;”.*

*su quehacer empresarial. Si se concluyera lo contrario, el Banco de Estado quedaría en situación de desmedro, lo que claramente infringiría, por falta de aplicación, el inciso segundo del N°21 del artículo 19 de la Constitución Política.*"<sup>12</sup> Resulta manifiesta la similitud de ese razonamiento con la tesis de TVN que este informe analiza. Ante este recurso y alegación, la Corte Suprema concluyó que el BancoEstado, en calidad de empresa pública creada por ley, está sometida a la fiscalización de la Cámara de Diputados y de la Contraloría General de la República, descartándose entonces que dar a una empresa pública un trato diverso a aquel a que quedan sometidas sus competidoras privadas sea inconstitucional, en razón de sus características como entes públicos que pertenecen a la Administración del Estado.

En el caso particular de TVN, la Corte de Apelaciones de Santiago, en un fallo de diciembre de 2009, que se encuentra actualmente recurrido de casación ante la Corte Suprema, ha establecido claramente que esa empresa televisiva forma parte de la Administración del Estado. En ese juicio, TVN accionó para que se declarara la nulidad de derecho público de una resolución de la Contraloría General de la República que impuso al presidente de su directorio una multa, como resultado del procedimiento administrativo iniciado a requerimiento de la Cámara de Diputados, ante su negativa a proporcionar a esa autoridad fiscalizadora ciertas actas de sus sesiones de directorio. La acción de TVN alegaba que ese órgano contralor carecía de atribuciones legales para fiscalizarla, por lo que se había vulnerado el artículo 7° de la Constitución.<sup>13</sup> Al rechazar esa acción la Corte razonó, en primer lugar en su considerando 5° *"Que Televisión Nacional de Chile, es de acuerdo al artículo 1° de la ley 19.132, una persona jurídica de derecho público y constituye una empresa autónoma del Estado, dotada de patrimonio propio. De este modo, Televisión Nacional de Chile forma parte de la Administración del Estado, conforme al inciso segundo del artículo 1° de la ley N°18.575."* A continuación y en ese mismo considerando, la Corte tiene presente los diversos artículos de la ley

---

<sup>12</sup> Así se cita en el considerando 2° del fallo que comentamos, que es de fecha 28 de mayo de 2009, dictado en la causa Rol 6585-07. La pretensión del Banco aparece más extensamente desarrollada en el considerando 7°.

<sup>13</sup> Según se refiere en el considerando 1° del fallo de la Corte de Apelaciones de 9 de diciembre de 2009, dictado en la causa rol 6327-2007.

orgánica de TVN que la sujetan a un régimen y a una fiscalización análoga a las sociedades anónimas, lo que continúa en los considerandos 6º, 7º y 8º. Al concluir este último, razona la Corte que Televisión Nacional administra fondos públicos, en los siguientes términos: *“Lo anterior se ajusta en la especie, al antecedente corporativo de Televisión Nacional de Chile, desde que el artículo 1º de su estatuto legal dispone que es continuadora y sucesora de la empresa creada por la Ley 17.377 y el propio artículo 22 de dicho estatuto, da cuenta de que su patrimonio está constituido entre otros, por el patrimonio inicial determinado en el Balance General a que se refiere su artículo 6º transitorio, que establece precisamente, que el balance general que se practique debe ser enviado a la Contraloría General de la República.”*. A continuación, el considerando 10º destaca el interés público existente en el manejo de los fondos de TVN, en los siguientes términos: *“Décimo: Que el interés público comprometido se reafirma con lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 19.123 en cuanto establece que las utilidades anuales que obtenga Televisión Nacional de Chile se traspasarán a rentas generales de la Nación, salvo que su Directorio acuerde retener parte de ellas.”*. Es de esa forma que, razonando en el considerando 13º la Corte de Apelaciones estima que la Contraloría General de la República y la Cámara de Diputados ejercen legítima fiscalización sobre TVN, resolviendo rechazar la acción de nulidad impetrada por esa estación televisiva pública. El fallo valida de esa manera la aplicación de normas de derecho público que exigen a TVN publicidad de sus actos –en la especie para fiscalización de la Cámara de Diputados- sobre la base de los rasgos de empresa pública de la entidad televisiva.

El fallo citado reconoce con total claridad entonces, el interés público que existe en la administración del patrimonio de TVN.

Si bien existe un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 1998 que sostuvo que la Contraloría no podía ejercer ciertas facultades fiscalizadoras sobre TVN,<sup>14</sup> su no confirmación por la Corte Suprema y la sucesión de fallos posteriores que se han referido y citado en sentido contrario prueban el abandono de esa tesis, hacen que ella no sea sostenible como jurisprudencia, ni menos que pueda considerársele como la que hoy prima en nuestros tribunales ordinarios.

---

<sup>14</sup> Fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 21 de septiembre de 1998, causa Rol 4.882-95.



La jurisprudencia de la Contraloría General de la República es sostenida, uniforme y abundante en esta materia. Aún desde antes de la dictación de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, la Contraloría ha venido haciendo la distinción entre las empresas públicas creadas por ley y aquellas en que el Estado tiene participación y ha considerado a las primeras como entes públicos que forman parte de la Administración del Estado, que comparten una serie de características comunes con los restantes entes públicos, aunque actúen en la vida empresarial, realizando actos de comercio. Parte importante de esta muy abundante jurisprudencia administrativa ha surgido precisamente en casos en que se ha debatido las obligaciones de publicidad de esas empresas. Típicamente el Banco del Estado, CODELCO y TVN han resistido en muchas oportunidades la petición de antecedentes de la Cámara de Diputados, la que los ha solicitado en razón de sus facultades fiscalizadoras. Ante la negativa de remitir información, la Cámara, en razón de la Ley Orgánica del Congreso vigente entre 1990 y el año 2010, ha recurrido a la Contraloría pidiendo la aplicación de multas. Ante ese organismo, estas empresas públicas han sostenido que su carácter de empresas que compiten en el sector privado hace improcedente que sean sometidas a un trato fiscalizador más severo. El criterio de la Contraloría ha sido invariable, sosteniendo el carácter público de estas empresas, conforme a los rasgos diferenciadoras que las distinguen de su competencia. Ante esos dictámenes, típicamente estas empresas han recurrido a la justicia ordinaria, dando lugar a parte de la jurisprudencia judicial que hemos ya citado

A vía puramente ejemplar, se citan a continuación algunos párrafos de un dictamen de la Contraloría General de la República que da cuenta de cómo este órgano aprecia las sustanciales diferencias de las empresas públicas creadas por ley y como ello justifica su sumisión a obligaciones especiales y distintas a las que recaen sobre su competencia privada:

*“...es preciso considerar que el artículo 1º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, N°18.575, [...] precisa claramente los órganos y entidades que la constituyen, estableciendo de manera expresa e inequívoca que las empresas públicas creadas por ley forman parte de la*

*Administración del Estado. Por consiguiente, dichas empresas [...] son los organismos públicos que conforman la Administración del Estado y, por ende, sus elementos integrantes –fines, recursos, personal y régimen jurídico– son, por cierto, de igual carácter, siendo dable anotar que resultaría un contrasentido pretender que en un organismo de naturaleza pública, sus bienes, capital o utilidades serían privados o los agentes encargados de la conducción y administración de la entidad serían trabajadores particulares”.*<sup>15</sup>

En otro dictamen justificó precisamente que **“principios básicos de organización y funcionamiento de los entes públicos, tales como los de legalidad, competencia, probidad, transparencia, publicidad, que como es fácil advertir del solo enunciado de los mismos, ninguna entidad de la Administración del Estado podría estimarse marginada.”**<sup>16</sup>

En el caso específico de TVN, la Contraloría, ha concluido en reiteradas ocasiones que ella es una empresa pública y ha descartado expresamente que las referencias que hace su ley estatutaria le

---

<sup>15</sup> Dictamen N° 016.164, de 6 de mayo de 1994, en Gaceta Jurídica N°167 (mayo 1994), p. 130.

<sup>16</sup> Dictamen 21.763 de 3 de Mayo de 2004. El párrafo citado y uno que antecede razonan más extensamente del siguiente modo:

“En este sentido, y reiterando lo señalado en el dictamen cuestionado por Codelco - Chile, es preciso tener presente que la citada Ley N° 18.575, dentro del contexto fijado por la Ley Suprema y en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 38 de ésta, determina en forma clara los órganos y entidades que conforman la Administración del Estado, incluyendo expresamente a las empresas públicas creadas por ley, como es el caso de Codelco - Chile, conforme a lo establecido en su normativa orgánica, contenida en el decreto ley N° 1.350, de 1976 (Aplica dictámenes Nos. 16.164/1994, 28.226/1994 y 41.711 /1999).

(.....)

En este orden de ideas, cabe señalar que Codelco - Chile, por ser empresa pública creada por ley, integra la Administración del Estado y se encuentra plenamente afecta a las disposiciones del Título I de esa ley, siendo oportuno agregar que éste tiene por objeto consagrar principios básicos de organización y funcionamiento de los entes públicos, tales como los de legalidad, competencia, probidad, transparencia, publicidad, que como es fácil advertir del solo enunciado de los mismos, ninguna entidad de la Administración del Estado podría estimarse marginada.”

permitan sustraerse de sus deberes propios de empresa pública.<sup>17</sup> La mayoría de esos dictámenes se han dictado para reiterar la obligación de TVN de someterse a la fiscalización de la Cámara, como ocurre en el caso que ahora citamos:

*"Sobre el particular debe anotarse que tanto la jurisprudencia administrativa como judicial han sostenido reiteradamente que la obligación de proporcionar informes y antecedentes específicos que sean solicitados por las Cámaras y el procedimiento previsto en esas normas de Ley N° 18.918, son aplicables a las empresas públicas como Codelco, el Banco del Estado, **la propia Televisión Nacional** e incluso a entidades con autonomía de rango constitucional como el Banco Central de Chile, **por tratarse de organismos integrantes de la Administración del Estado, condición que no se ve alterada por la circunstancia de que los estatutos orgánicos de tales entidades señalen que no les serán aplicables las normas del sector público o que rigen a las empresas del Estado a menos que se mencione expresamente que las afectan, porque tales prescripciones no alteran su naturaleza jurídica de empresa pública, y su alcance debe ser determinado en función de sus precisos términos.***

*En este sentido, el citado artículo 35 determina que Televisión Nacional de Chile "se regirá exclusivamente por las normas de esta ley y, en lo no contemplado por ella, por las normas que rigen a las sociedades anónimas abiertas". Agrega que, en consecuencia, no le serán aplicables, para efecto legal alguno, "las disposiciones generales o especiales que rigen o rijan en el futuro a las empresas del Estado", a menos que la nueva legislación expresamente se extienda a la empresa.*

*Como puede apreciarse, de lo que Televisión Nacional de Chile está excluida por expreso mandato de la ley es de las disposiciones que rigen o rijan a las empresas del Estado, pero **ello no significa que esté al margen de la normativa de Derecho Público que atendida su naturaleza jurídica de empresa pública íntegramente de la Administración del Estado, pueda resultarle aplicable.**"<sup>18</sup>*

---

<sup>17</sup> Además del dictamen que se cita a continuación en el texto, puede mencionarse los dictámenes números 37.830, de 16 de agosto de 2005; 3.456 de 1994, y 44.936 y 49.922 de 1999.

<sup>18</sup> Dictamen 28.295 de 20 de Junio de 2006.

La doctrina no es menos rica en señalar las características objetivas que permiten distinguir las empresas públicas creadas por ley. Así, por ejemplo, Iván Aróstica enseña lo siguiente respecto de las empresas públicas:

*“Dicho lo anterior, es necesario acotar ahora que, por aplicación del principio de especialidad, son las “empresas públicas creadas por ley” aquellas entidades de que se vale de ordinario el Estado para desarrollar actividades empresariales y, de este modo, satisfacer una determinada necesidad pública.*

*Por lo tanto –agrega este autor–:*

*Estas empresas son personas jurídicas de derecho público, desde el momento en que han sido creadas por ley, acorde con el ordenamiento jurídico vigente, en particular el art. 62 inc. 4 N°2 de la Constitución.*

*En consideración a su objeto o giro empresarial, ese estatuto orgánico debe contenerse en una ley de quórum calificado, al tenor del art. 19 N°21 inciso 2° de la misma Carta. Por eso, tanto el Tribunal Constitucional como la Contraloría General han precisado que toda medida que incida en aspectos esenciales referidos al objeto, organización, funcionamiento y atribuciones de una empresa estatal, sólo puede disponerse por una ley de ese rango.*

*Y de lo dicho se sigue que las empresas públicas forman parte de la Administración del Estado, pues así las incluyen los arts. 1° inciso 2° y 18 inciso 2° de la ley 18.575.*

*Se concluye forzosamente de lo anterior que las empresas públicas no mudan nunca su naturaleza de personas jurídicas de derecho público, la que permanece siempre inalterable. En otras palabras, no se desdoblaron a la manera de la hoy superada “teoría de la doble personalidad del Estado”.*

*Y como las empresas públicas no modifican su condición de tales por el hecho de someterse “a la legislación común aplicable a los particulares”, esta remisión del art. 19 N°21 inciso 2° de la Constitución únicamente puede tener cabida y cobrar sentido en dos órdenes de materias. ...”.<sup>19</sup>*

---

<sup>19</sup> Derecho Administrativo Económico. Libre Iniciativa Privada y Actividad Empresarial del Estado. Iván Aróstica Maldonado, Escuela de Derecho Universidad Santo Tomás, Primera Edición, agosto 2001, páginas 109 y 110. En sentido

Más adelante, el mismo autor destaca que el hecho de regirse los actos externos de estas empresas por el derecho común, no les permite alegar que su regulación interna también debe regirse por el derecho privado:

***“Acontece entonces que como sólo “esas actividades” empresariales, únicamente esos actos comerciales o industriales específicos deben encuadrarse dentro de la legislación común, cualquier otro vínculo ad extra no coligado a estas materias, como asimismo en lo coligado a estas materias, como asimismo en lo tocante a su organización y funcionamiento ad intra, en su régimen de bienes y de personal, la preceptiva natural de las empresas públicas será, por regla general, de derecho público.”.***<sup>20</sup>

TVN está sujeta al estatuto que acabamos de reseñar. Desde luego, fue creada por la Ley 19.132;<sup>21</sup> su objeto se encuentra determinado precisamente en la ley,<sup>22</sup> y aunque a ese cometido la Ley agregue que TVN *“podrá realizar todas las actividades propias de una concesionaria de servicios de televisión constituida como persona jurídica de derecho privado, con iguales derechos, obligaciones y limitaciones.”*, ese agregado no la hace equivalente a las otras concesionarias de televisión, pues fue creada por Ley para llevar a cabo una función pública. El propósito público de TVN se expresa en la historia fidedigna de su establecimiento, manifestándose, según los legisladores, en sus objetivos de cobertura nacional, pluralismo, integración social, seguridad nacional y otros.<sup>23</sup> De hecho, y

---

análogo, el mismo autor en Empresas Públicas y sociedades del Estado. UFT 3 (1999).

<sup>20</sup> Iván Aróstica. Op. Cit. En nota anterior, páginas 111 y 112.

<sup>21</sup> El inciso primero del artículo 1° de esa Ley dispone: *“Artículo 1°.- Televisión Nacional de Chile es una persona jurídica de derecho público y constituye una empresa autónoma del Estado, dotada de patrimonio propio. Para todo efecto legal, es la continuadora y sucesora de la empresa, de igual denominación, creada por la ley N° 17.377.*

<sup>22</sup> El inciso primero del artículo 2° de la Ley 19.132 dispone: *“Artículo 2°.- Su objeto es establecer, operar y explotar servicios de televisión.*

<sup>23</sup> Así, por ejemplo, se manifiesta en las siguientes opiniones expresadas por las autoridades que intervinieron en su creación:

conforme a su ley orgánica, TVN no sólo debe *“sujetarse estrictamente al “correcto funcionamiento” que define el inciso tercero del artículo 1° de la ley N° 18.838, que crea el Consejo Nacional de Televisión.”*,<sup>24</sup> si no que además, y a diferencia, de su competencia privada, queda especialmente obligada por la finalidad pública del pluralismo y la objetividad, al disponer el inciso segundo de su artículo 3° que *“El pluralismo y la objetividad deberán manifestarse en toda su programación y, muy especialmente, en los noticieros, programas de análisis o debate político.”*<sup>25, 26</sup> Si bien el patrimonio de TVN le es propio, éste no es privado si no público. No sólo se constituyó con bienes provenientes de otra empresa del

- 
- *“Agrega, el Ejecutivo, que entre los objetivos de servicio público que debe cumplir la empresa se destaca el alcance nacional de su red de estaciones o canales de televisión que debe permitir a todos los habitantes del país la posibilidad de disponer de, al menos, un servicio de televisión.”* (Informe de la Comisión de Transportes y Telecomunicaciones, Senado, Segundo Trámite P. 5).
  - *“El señor PÁEZ.— (...)En lo que respecta al papel del Estado —que es la materia propia de la iniciativa en debate—, es preciso comenzar por especificar que el sentido o carácter básico de una empresa pública de televisión es servir los intereses de la comunidad, lo que cumple a través del alcance nacional de su red de estaciones o canales de televisión, que permiten a todos los habitantes de la República disponer de, al menos, un servicio de televisión. Este propósito se vincula con la necesidad de integración nacional y es un componente de la seguridad nacional en zonas fronterizas o lugares aislados del territorio.”* (Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 323ª, Sesión 30ª, en martes 7 de enero de 1992, Segundo Trámite Constitucional, se aprueba en general y particular, P. 45).

<sup>24</sup> Inciso primero del artículo 3° de la Ley 19.132.

<sup>25</sup> *“El voto de mayoría dejó constancia expresa de que el pluralismo, no sólo político sino también religioso, étnico, la diversidad de sexo, etc. tiene que darse fundamentalmente en un canal del cual todos los chilenos son dueños.*

*Se manifestó que en una ley específica como ésta era conveniente enfatizar la obligación de respetar el pluralismo y también dejar estipulado que el Gobierno y la oposición deberán tener trato igualitario.”* (Informe de la Comisión de Transportes y Telecomunicaciones, Senado, Segundo Trámite P. 17).

<sup>26</sup> Decimos especialmente obligada, pues las empresas de la competencia no quedan regida por la norma transcrita, aunque sí por el deber común de transmitir la llamada “franja electoral”, en periodos de campaña política y por una norma de carácter más general e inespecífica contenida en el inciso final del artículo 1° de la Ley N° 18.838, que dispone que *“Se entenderá por correcto funcionamiento de esos servicios el permanente respeto, a través de su programación, a los valores morales y culturales propios de la Nación; a la dignidad de las personas; a la protección de la familia; al pluralismo; a la democracia; a la paz; a la protección del medio ambiente, y a la formación espiritual e intelectual de la niñez y la juventud dentro de dicho marco valórico.”*

Estado, de la que fue su continuadora legal, si no que, además, en caso de disolverse, su patrimonio se integra al del Fisco<sup>27</sup> y, más importante, su Ley orgánica le permitió usar de bienes públicos para llevar a cabo su tarea,<sup>28</sup> y sus utilidades deben, salvo acuerdo en contrario, adoptado por especial quórum, ir a rentas generales de la Nación.<sup>29</sup>

En consecuencia, las empresas públicas creadas por ley, obligadas por el precepto impugnado, constituyen una categoría compuesta por un número indeterminado, aunque finito de entes;<sup>30</sup> que, además de la publicidad de sus actos que aquí se analiza, la ley ha diferenciado de otras empresas sobre la base de varios y diversos criterios objetivos y reconocibles por la razón.

En consecuencia, el artículo décimo de la Ley de Acceso a la Información Pública, en cuanto obliga sólo a unas empresas y no a otras, lo hizo sobre la base de un criterio objetivo, fundado en características salientes y relevantes propias sólo de las empresas públicas creadas por ley, como es el caso de TVN, o de aquellas en que el Estado participa de manera decisiva.

**2. Enunciación y examen del segundo requisito: Para que la diferencia no sea arbitraria no puede fundarse en un propósito de hostilidad hacia un grupo vulnerable o importar un favor o privilegio personal indebido. La**

---

<sup>27</sup> El inciso primero del artículo 22 de la Ley 19.132 y el artículo 23 establecen:  
Artículo 22.- El patrimonio inicial de Televisión Nacional de Chile, al momento de entrar en vigencia esta ley, estará constituido por la totalidad de los activos y pasivos de la empresa del mismo nombre creada por la ley N° 17.377, determinados en el balance General a que se refiere el artículo 6° transitorio.

...

Artículo 23.- Al término de la empresa, su patrimonio pasará al Fisco de Chile, con beneficio de inventario.

<sup>28</sup> Enumerados en el artículo 7° transitorio. Consisten fundamentalmente en estaciones transmisoras y repetidoras

<sup>29</sup> "Artículo 26.- *Las utilidades anuales que obtenga Televisión Nacional de Chile se traspasarán a rentas generales de la Nación, salvo que su Directorio, con el voto favorable de no menos de cinco de sus miembros, acuerde retener todo parte de ellas, como reserva de capital.*"

<sup>30</sup> Ya que siempre podrá la ley crear nuevas o suprimir las existentes.

**diferencia no debe fundarse en supuestos injustificados, conforme a criterios de valor generalmente aceptados.**

**a) Enunciación del requisito referido, conforme lo establece la jurisprudencia del TC.**

La jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos estableció, hace ya largo tiempo, que la diferencia que se hace en virtud de la raza o el color de la piel de determinados grupos resulta sospechosa y debe ser sometida a un escrutinio de razonabilidad especialmente severo, criterio que ha aplicado luego a otras categorías de personas, especialmente los llamados grupos vulnerables de la sociedad, aquellos que típicamente son objeto de prejuicios sociales que los aíslan.<sup>31</sup>

Siguiendo esta misma noción, diversos tratados internacionales han prohibido discriminar a las personas en razón de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, origen nacional o social, posición económica o nacimiento. De ese modo, la ley puede hacer diferencias en base a esos criterios, pero el goce de los derechos queda garantizado con independencia de esos rasgos adscritos que la persona no escoge o de las opciones que forman parte de su libertad personal.

Como quiera que se enuncie este principio, es común acervo jurídico de la humanidad que las diferencias legales que se fundan en esas características adscritas y opciones personales legítimas resultan sospechosas de ser producto de prejuicios hostiles hacia grupos o personas distintas a aquellas que ostentan posiciones dominantes, tienden a hacer perdurar situaciones de privilegio injustificables desde el punto de la igual dignidad de toda persona y resultan, a lo menos, sospechosas de carecer de la suficiente razonabilidad, o, lo que es lo mismo, de ser arbitrarias.

---

<sup>31</sup> La jurisprudencia puede ser consultada en cualquiera de los libros de casos de Derecho Constitucional, bajo el título de igualdad ante la ley. Para un análisis ya clásico de la misma, puede consultarse el libro de John H. Ely: *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, varias reimpressiones.



El Tribunal Constitucional chileno ha recogido esta misma noción, como un componente de las diferencias razonables. Típicamente la ha formulado citando jurisprudencia del Tribunal Constitucional español; el que, a su vez la ha extraído de su par alemán. Así, a vía ejemplar, en el considerando 15° de la sentencia de 14 de septiembre de 2010, dictada en la causa Rol 1414, el Tribunal Constitucional, citando una sentencia de 30 de enero de 2008, razonó:

***“DECIMOQUINTO:*** *Que, como lo ha anotado esta Magistratura, “la garantía jurídica de la igualdad supone, entonces, la diferenciación razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; pues no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo, debiendo quedar suficientemente claro que el legislador, en ejercicio de sus potestades, puede establecer regímenes especiales, diferenciados y desiguales, siempre que ello no revista el carácter de arbitrario” (Rol N° 986/2008); (énfasis añadido).*

La misma idea no sólo se repite en la sentencia citada y en aquella a la que ésta hace referencia. También se contiene, con expresa alusión a la jurisprudencia española y alemana, en razonamientos tales como los contenidos en los considerandos 29° de la sentencia de 8 de abril de 2010, dictada en la causa Rol 1365; el considerando 34° de la sentencia de 28 de enero de 2010, dictada en la causa Rol 1535; en el considerando 28° de la sentencia de 31 de marzo de 2008, dictada en la causa Rol 755, que luego se reiterara en otras análogas, como lo fueron las dictadas en las causas Roles 1138, 1140 y 1254. Entre otras, en la primera de las sentencias citadas en este párrafo, y refiriendo jurisprudencia española, se hace alusión a que los criterios diferenciadores no pueden fundarse en diferencias de hecho injustificables desde el punto de vista de juicios de valor socialmente dominantes. La frase que se repite en varios fallos es la siguiente:

*“De esta manera, la garantía de la igualdad ante la ley no se opone a que la legislación contemple tratamientos distintos para situaciones diferentes, siempre que tales distinciones o*

*diferencias no importen favores indebidos para personas o grupos. En palabras del Tribunal Constitucional español, “no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad, sino aquella que se funda en una diferencia de supuestos de hecho injustificados de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados” (STC 128/1987); (el destacado es nuestro).*

#### **b) El precepto en examen satisface este requisito.**

El artículo décimo, letra h) de la Ley de Acceso a la Información Pública no contraviene, ni en abstracto, ni en su aplicación al caso concreto el requisito en examen. En efecto, según analizaremos en detalle en el punto siguiente, la finalidad perseguida en la norma no se funda en hostilidad hacia determinado grupo vulnerable, no se funda en características adscritas o en preferencias personales que respondan a la libertad personal, ni persigue perpetuar privilegios indebidos.

Tal como la norma enuncia en su contenido, la obligación de transparentar antecedentes remunerativos de ciertos gerentes se aplica, entre otras y en lo que importa, a todas las empresas públicas creadas por ley. A análoga obligación de publicitar remuneraciones, sólo que aplicable a un universo mayor de sus dependientes, se encuentra sujeto todo órgano de la Administración del Estado, según dispone la letra d) del artículo 7° de la Ley de transparencia de la función pública y de acceso a la información de la Administración del Estado.<sup>32</sup> Antes de analizar los fines perseguidos por la norma en examen, lo que haremos en el número siguiente, baste con enunciar, en este punto la afirmación obvia, que no requiere fundarse para producir convicción, que las empresas públicas creadas por ley no conforman una categoría que se haga en razón de la raza, color, origen, nacimiento, condición social u otra característica adscrita de esa categoría de empresas. Tampoco se es empresa del Estado por

---

<sup>32</sup> “Artículo 7°.- Los órganos de la Administración del Estado señalados en el artículo 2°, deberán mantener a disposición permanente del público, a través de sus sitios electrónicos, los siguientes antecedentes actualizados, al menos, una vez al mes:

...

d) La planta del personal y el personal a contrata y a honorarios, con las correspondientes remuneraciones.

una opción personal nacida del ejercicio de una libertad individual. La categoría tampoco constituye un grupo vulnerable que sea objeto de prejuicios hostiles en la sociedad chilena, ni las que no están en esa categoría gozan de privilegios indebidos. Tampoco la clasificación responde a criterios contrarios a valores éticos del sistema jurídico chileno o de los dominantes en la sociedad chilena.

**3. Enunciación y examen del tercer requisito: la finalidad que se persigue al hacer la diferencia debe de ser lícita.**

**a) Enunciación del requisito conforme lo ha formulado la jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional.**

El Tribunal Constitucional chileno, siguiendo en esto una tendencia prácticamente universal en los países que cuentan con sistemas de control constitucional de la ley, somete las diferencias de trato que ella hace a un examen de proporcionalidad. La categoría tiene raíces históricas antiguas en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos y ha sido modernamente formulada por Robert Alexy,<sup>33</sup> al sistematizar criterios aplicados por el Tribunal Constitucional alemán en la segunda mitad del siglo pasado. Entre nosotros, el pensamiento de este jurista ha sido divulgado principalmente a través de las traducciones de su obra y de los múltiples artículos de divulgación hechos por el colombiano Carlos Bernal Pulido. Un primer requisito de ese juicio de proporcionalidad, exige que la finalidad perseguida al hacer la diferencia (o al limitar el ejercicio de un derecho) persiga una finalidad jurídicamente lícita, licitud que se juzga típicamente a la luz de los principios y valores del derecho, partiendo por los consagrados por la propia Carta Fundamental.<sup>34</sup> De ese modo, se tolera que la ley haga una diferencia o limite el ejercicio de un derecho, a condición que se persiga una finalidad que pueda juzgarse como valiosa a la luz de la misma Carta Fundamental.

---

<sup>33</sup> Principalmente en su libro "Teoría de los Derechos Fundamentales" y "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales". Ambos textos han sido traducidos y presentados por Carlos Bernal Pulido. Se encuentran publicados, en varias ediciones por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid.

<sup>34</sup> La exigencia ha sido también fraseada como fines "constitucionalmente válidos" en sentencias como la de 17 de junio de 2010, causa Rol 1584, considerando 19°.

La exigencia de que la diferenciación deba perseguir una finalidad lícita o constitucionalmente válida aparece en prácticamente todas las sentencias dictadas a partir del año 2006, en que el Tribunal Constitucional chileno ha debido explicar y aplicar el principio de igualdad. Al formularla, el Tribunal ha reconocido con frecuencia traerla de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, que a su vez la ha traído de la jurisprudencia alemana. Así, por ejemplo, y fundándose en varias sentencias anteriores que cita, la de 14 de septiembre de 2010, dictada en la causa Rol 1414, la ha formulado así en su considerando 17°:

**DECIMOSÉPTIMO:** *Que, en otras palabras, como también lo ha hecho presente esta Magistratura (roles N°s 755, 790, 1138 y 1140), la igualdad ante la ley supone **analizar si la diferenciación legislativa obedece a fines objetivos y constitucionalmente válidos.** De este modo, resulta sustancial efectuar un examen de racionalidad de la distinción; a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas, la finalidad de la ley y los derechos afectados;". (Énfasis añadido).*

La expresa referencia y cita de sentencia dictada por el Tribunal Constitucional español, para invocar esta misma exigencia de finalidad constitucionalmente lícita o válida, puede, por ejemplo, encontrarse en el considerando 20° de la sentencia de 17 de junio de 2010, dictada en la causa Rol 1584, en que se destaca como una exigencia no única:

**VIGÉSIMO:** *Que, precisamente en este sentido, el Tribunal Constitucional de España ha señalado, específicamente, que "para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además ... (Sentencias 76/1990 y 253/2004);".*

En otros considerandos el mismo Tribunal, en un estándar que parece ser algo menos exigente, ha dicho que la finalidad debe ser "tolerable"<sup>35</sup>, "razonable"<sup>36</sup>, "avanzar en la consecución de objetivos

<sup>35</sup> Así aparece formulado en el considerando 11° de la sentencia de 9 de septiembre de 2010, dictada en la causa Rol 1502.

<sup>36</sup> Considerando 41° de la sentencia de 31 de marzo de 2008, rol 755.

admisibles dentro de los límites marcados por las previsiones constitucionales o expresamente incluidos en ellas”<sup>37</sup>, o que los fines deben “excluir la presencia de arbitrariedad”.<sup>38</sup>

Debe destacarse que, además de la licitud, varias sentencias han acotado que esos fines deben ser objetivos, lo que parece querer decir que se trate de fines públicos posibles de identificar. Así, en las sentencias de fechas 7 de septiembre de 2010, causa Rol 1448, se hace exigible que los fines perseguidos sean objetivos<sup>39</sup>; lo mismo que en la sentencia de fecha 17 de junio de 2010, considerando 19 y en la sentencia de 17 de junio de 2010, dictada en la causa Rol 1584.

Sobre la base de examinar estos requisitos de que la finalidad de la diferencia hecha por el legislador sea objetiva, constitucionalmente válida, tolerable o admisible dentro de los límites constitucionales, y así libre de arbitrariedad, el TC ha considerado que cumplen con este estándar fines explícitamente contenidos en la Carta Fundamental, como el de asegurar el derecho a defensa a quienes no puedan procurárselos a sí mismos.<sup>40</sup> En otras sentencias se ha aceptado que cumplen con estos estándares, fines que no aparecen directamente consagrados en la Carta Fundamental, pero que se han estimado congruentes con el deber del Estado de procurar el bien común, como lo fue la finalidad de moderar el gasto fiscal, lo que se consideró el fin lícito perseguido por normas que establecieron un reajuste diferenciado de pensiones;<sup>41</sup> o el deber de someter a los agentes

---

<sup>37</sup> Así se frasea, citando un fallo de la Corte Suprema de México, en el considerando 22° de la sentencia de 11 de diciembre de 2007, dictado en la causa Rol 790

<sup>38</sup> Ese es el lenguaje contenido en el considerando 37° de la sentencia de 7 de septiembre de 2010, dictada en la causa Rol 1448.

<sup>39</sup> Ese considerando exige que los fines perseguidos por la diferenciación legal sean objetivos, al razonar así: “**TRIGESIMOSÉPTIMO:** Que, sin perjuicio de lo señalado, y como también lo ha reiterado la jurisprudencia de este órgano constitucional, el derecho a la igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 19 N° 2° de la Carta Fundamental, **exige analizar si la diferenciación legislativa obedece a fines objetivos** y constitucionalmente válidos que excluyan la presencia de la arbitrariedad. De este modo, resulta sustancial efectuar un examen de racionalidad de la distinción; a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta ...”

<sup>40</sup> Tal es el caso de las sentencias dictadas en los requerimientos de inaplicabilidad Roles 755, 1138 y 1140 y de inconstitucionalidad dictada en la causa Rol 1240, en cuanto legitiman el turno de los abogados, aunque rechacen su gratuidad

<sup>41</sup> Sentencia de 11 de diciembre de 2007, dictada en la causa Rol 790.

económicos a las exigencias de la libre competencia;<sup>42</sup> o los casos en que ha considerado lícito que el Estado favorezca la regularización de títulos de la pequeña propiedad y así favorezca la economía nacional;<sup>43</sup> o la finalidad de garantizar el pago de las cotizaciones de seguridad social.<sup>44</sup> En otras muchas oportunidades, se han considerado fines lícitos aquellos que responden a algún principio de equidad, como lo fue el caso en que se estimó razonable el propósito de obligar a empresas aseguradoras que se beneficiaban con el trabajo de bomberos a aportar financieramente a ellos.<sup>45</sup> En muchas otras oportunidades, se ha considerado lícito un fin por estimarlo propio de la esfera de discrecionalidad del legislador, como lo es la manera de prevenir y sancionar la delincuencia, determinando, en consecuencia, penas más severas a determinados delitos, según lo dañoso de los resultados o sometiendo sólo a los responsables de algunos delitos a la obligación de registrar sus huellas genéticas.<sup>46</sup>

Para comprender por qué es que el Tribunal Constitucional ha considerado como lícita la persecución de esta pléyade de fines, entre los que no sólo se incluyen los expresamente consagrados en la Carta Fundamental, es útil recordar la ya tradicional y democrática doctrina de la deferencia hacia el legislador. Aplicada al examen de la licitud de los fines, el Tribunal ha planteado en varias sentencias que su control ***“no significa que esta Magistratura establezca sus propios parámetros y los contraste con lo que los legisladores establecieron. El control consiste, más bien, en examinar si estos parámetros existen, es decir, que puedan ser detectados; en determinar si son suficientes y si son coherentes con***

---

<sup>42</sup> Tal es el caso de la sentencia de 7 de septiembre de 2010, dictada en la causa Rol 1448. Ver especialmente considerando 38°

<sup>43</sup> En las sentencias de 3 de marzo de 2010 y de dictadas en las causas Roles 1298 y 707, respectivamente.

<sup>44</sup> Ver sentencia de 8 de enero de 2008, causa Rol 977, especialmente considerando 19°.

<sup>45</sup> En la sentencia de 6 de octubre de 2009, Rol 1295.

<sup>46</sup> Así, por ejemplo, la de sancionar con mayor gravedad una conducta según sus efectos, en sentencia de 17 de junio de 2010, dictada en la causa Rol 1584; la de someter sólo a los condenados por ciertos delitos a un registro de ADN, en la sentencia de 8 de abril de 2010, dictada en la causa Rol 1365 y la de sancionar como consumados ciertos delitos aunque se encuentren en etapa de tentativa, en la sentencia de 24 de enero de 2008, en la causa Rol 797.

**la regulación que se estableció; y señalar si son legítimos. De lo contrario, el organismo de control puede convertirse en un censor de las razones que llevan a los legisladores a regular**".<sup>47</sup> (Énfasis añadido).

**b) Examen de la satisfacción de la exigencia por la norma legal en estudio.**

La finalidad de la exigencia legal de transparentar las remuneraciones de los gerentes responsables de la dirección y administración superior de las empresas públicas creadas por ley es la de alcanzar la probidad de una función pública, a través de otorgar publicidad a actos y resoluciones que tienen interés público. Esta finalidad no sólo es *objetiva, constitucionalmente válida, tolerable o admisible dentro de los límites constitucionales*, sino que resulta debida, desde el punto de vista de un principio y derecho expresamente consagrados en la Carta Fundamental.

Para convencernos de la afirmación anterior, resulta necesario acreditar primero que la finalidad de la norma es precisamente la de alcanzar la probidad a través de la publicidad y luego demostrar que esta finalidad es constitucionalmente válida o, como se ha afirmado, más que eso, es constitucionalmente debida. Cada una de esos presupuestos será desarrollado en los acápites que siguen:

**i. La finalidad de la norma es alcanzar la probidad por medio de la transparencia o publicidad.**

Que la finalidad de lo dispuesto el artículo décimo, letra h), de la Ley N° 20.285 es alcanzar la publicidad de actos de una entidad pública y, por medio de ello, la probidad, resulta manifiesto de la sola lectura de lo dispuesto en ese precepto, lo que se reafirma al emplear el elemento lógico y sistemático para su interpretación, así como al recurrir a la historia fidedigna del establecimiento de la norma. Además, sólo a partir de ese supuesto es posible entender que varias de las normas contenidas en esa Ley de Acceso a la Información hayan sido aprobadas por el Tribunal Constitucional. Los apartados siguientes demuestran esta afirmación.

---

<sup>47</sup> Sentencia de 6 de octubre de 2009, dictada en la causa Rol 1295 y reiterada en el considerando 73 de la sentencia de 3 de marzo de 2010, Rol 1298.

El sentido y finalidad de la norma que contiene la obligación cuestionada surge con evidencia manifiesta y claridad meridiana de su **tenor literal**. Dispone el inciso segundo de la norma cuestionada lo siguiente:

*“En virtud de dicho principio [alude al de transparencia de la función pública], las empresas mencionadas en el inciso anterior [alude a empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y a las sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio], deberán mantener a disposición permanente del público, a través de sus sitios electrónicos, los siguientes antecedentes debidamente actualizados:*

...

*h) Toda remuneración percibida en el año por cada Director, Presidente Ejecutivo o Vicepresidente Ejecutivo y Gerentes responsables de la dirección y administración superior de la empresa, incluso aquellas que provengan de funciones o empleos distintos del ejercicio de su cargo que le hayan sido conferidos por la empresa, o por concepto de gastos de representación, viáticos, regalías y, en general, todo otro estipendio. Asimismo, deberá incluirse, de forma global y consolidada, la remuneración total percibida por el personal de la empresa.*

Agrega el inciso siguiente que *“La información anterior deberá incorporarse a sus sitios electrónicos en forma completa, y de un modo que permita su fácil identificación y un acceso expedito.”*

Como surge de manifiesto, lo que la norma se propone es que el público pueda identificar y acceder fácilmente al conocimiento de los hechos que allí se describen. La norma busca, pretende y aspira a publicitar. No otro es su claro y manifiesto objetivo, según se desprende inequívocamente de su lectura.

El **contexto y conexiones lógicas de la norma** hacen aún más evidente este propósito. Según señala expresamente el encabezado de la norma transcrita, ella se adopta; es decir la obligación que se cuestiona existe, **en virtud de dicho principio**. El principio a que alude ese inciso es el indicado en el inciso anterior (no otro puede ser el “dicho principio”). El inciso anterior establece literalmente: ***El principio de la transparencia de la función pública*** consagrado en el inciso segundo del artículo 8º de la



*Constitución Política y en los artículos 3° y 4° de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado es aplicable a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y a las sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio, tales como Televisión Nacional de Chile, la Empresa Nacional de Minería, la Empresa de Ferrocarriles del Estado, la Corporación Nacional del Cobre de Chile o Banco Estado, aun cuando la ley respectiva disponga que es necesario mencionarlas expresamente para quedar sujetas a las regulaciones de otras leyes.”*

En consecuencia, **la ley ha dispuesto la obligación de publicitar ciertas remuneraciones en virtud del principio de la transparencia de la función pública.** La propia Ley deja de manifiesto la razón de ser y la finalidad de la obligación, que no es otra que la de transparencia. La norma no alude a cualquier transparencia, si no a aquella de la función pública “*consagrado en el inciso segundo del artículo 8° de la Constitución Política y en los artículos 3° y 4° de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado.*”. Por expresa disposición de la ley, debe entenderse entonces que es un principio expresamente consagrado en la Constitución aquel en cuya virtud y para cuya eficacia y concreción se ha establecido la obligación que la parte de TVN ha impugnado de inconstitucional. No se trata, como se ha dicho, de un objetivo meramente tolerado por la Carta Fundamental, sino de uno expresamente consagrado como principio rector del ejercicio de las funciones públicas y deber constitucional, según lo prescribe el artículo 8° de la Carta Fundamental, y que forma parte de la esencia de una República democrática y constituye además un derecho constitucional, conforme lo ha establecido el Tribunal Constitucional.<sup>48</sup>

El **contexto de la ley** reafirma este mismo propósito. La norma que se comenta forma parte de un cuerpo normativo, la Ley 20.285 que lleva por título “Sobre Acceso a la Información Pública”, denotando desde ese título que su propósito es precisamente garantizar el acceso a la información pública. Conforme lo ha

---

<sup>48</sup> Conforme se establece en la sentencia de 9 de agosto de 2007, dictada en la causa Rol 634

acreditado una máxima de la experiencia, lo han demostrado diversas investigaciones acreditadas, tanto en ciencias sociales como económicas,<sup>49</sup> lo ha recogido manifiestamente el artículo 8° de la Carta Fundamental y lo ha explicado el propio Tribunal Constitucional,<sup>50</sup> la publicidad y el libre acceso a la información pública aparecen como un instrumento principal para lograr la probidad en las actuaciones públicas. Ya constituye un común acervo universal entender que la probidad y la transparencia que le sirve de instrumento no sólo constituyen un deber ético, sino también uno de los pilares centrales sobre los que descansa la pervivencia y la fortaleza de un sistema democrático, incapaz de ser valorado por los ciudadanos si la corrupción desprestigia a sus instituciones, y constituye también un pilar central del desarrollo que descansa en algún grado en el mercado, pues el consumo y particularmente la inversión y el emprendimiento dependen en buena medida de la seguridad y la confianza que sólo un sistema no corrupto y transparente pueden brindar. También forma parte de una tendencia universal, entender que no basta con la fiscalización de entes especializados y que la mejor garantía en contra de la corrupción es el libre acceso a informaciones de interés público. De malas experiencias nacionales acerca de la incapacidad de los órganos de control de haber evitado actos de corrupción que conmovieron al país, nació precisamente el impulso político necesario para la dictación de la Ley de Acceso a la Información Pública, cuyo objetivo de probidad a través de la transparencia resulta ser un hecho público y notorio.

Todas las normas de la Ley N° 20.285, más allá de lo acertadas que pueda resultar cada una de sus normas, lo que corresponde ya a un juicio de mérito, están inspiradas en estos principios y orientadas a su logro. El artículo primero de la Ley establece la Ley de transparencia de la función pública y de acceso a la información de la Administración del Estado. Su artículo 1° señala precisamente su

---

<sup>49</sup> Parte importante de esa literatura puede ser rastreada a través de la página web de Transparency International ([www.transparency.org](http://www.transparency.org)) y de los links que ella contiene. Particularmente pueden consultarse los trabajos presentados a las ya 9 reuniones anuales del Foro Europeo contra la corrupción.

<sup>50</sup> Ver sentencia de 9 de agosto de 2007, dictada en la causa Rol 634, particularmente considerandos 9° a 11°

propósito al disponer que: *“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.”*. Los artículos siguientes (con letras) de la Ley N° 20.285 establecen, cada uno de ellos, reglas especiales acerca de la manera en que el acceso a la información pública ha de concretarse en diversas entidades públicas, incluyendo, entre otros, al propio Tribunal Constitucional, a los Tribunales del Poder Judicial, a la Contraloría General de la República y al Banco Central.

La **historia fidedigna del establecimiento de la norma** en análisis reafirma que, tanto la Ley en su conjunto, como su artículo décimo en particular persiguen este propósito de alcanzar la probidad por medio de la transparencia.

Que el propósito o finalidad general de la Ley 20.285 haya sido el mencionado aparece de manifiesto en la Moción que le dio origen y en prácticamente todas y cada una de las intervenciones de los miembros de los órganos colegisladores durante su debate. Al efecto, parece suficiente citar los siguientes párrafos de la Moción de los Senadores Larraín y Gazmuri con que se inició este proyecto de ley:

*“El derecho al libre acceso a las fuentes públicas de información, entendido como la posibilidad real de la ciudadanía de tomar conocimiento de los actos de la administración del estado y de la documentación que sustenta tales actos, es un tema relativamente nuevo en nuestro país.*

*Este derecho constituye un elemento fundamental para alcanzar un alto grado de transparencia en el ejercicio de las funciones públicas, a la vez que facilita la formación de una mayor y más efectiva participación ciudadana en los asuntos públicos.*

(...)

***Así también, la publicidad de los actos de gobierno, permite que el ciudadano pueda controlar en forma efectiva dichos actos, no sólo por medio de una comparación de los mismos con la ley, sino también ejerciendo el derecho de petición. Se trata, entonces, de un control en manos de los ciudadanos, que junto a los***

**otros controles ideados en el marco del Estado de Derecho, contribuyen a fortalecer la transparencia de la función pública y la reducción de los posibles ámbitos de corrupción, pues el carácter multifactorial de la corrupción exige otros medios que junto con los tradicionales del derecho penal permita ampliar el efecto preventivo de las acciones estatales y de los ciudadanos.** (Énfasis añadido).

La inclusión de las empresas públicas dentro de los entes públicos obligados a la transparencia activa, en los términos finalmente consagrados en su artículo décimo, queda también de manifiesto en el debate de la norma. La discusión legislativa de la Moción de los Senadores Larraín y Gazmuri que dio origen a la Ley da cuenta de múltiples opiniones en las cuales los parlamentarios debatieron si las empresas del Estado creadas por Ley y aquellas en que el Estado tenía participación e incluso aquellas privadas que ofrecían servicios públicos, debían o no estar sujetas a las mismas obligaciones de publicidad de los Servicios Públicos que quedaron finalmente regulados en la Ley de Transparencia contenida en el artículo primero de la Ley N° 20.285. Así lo explica el propio autor de la Moción, Senador Larraín, en la sesión de 4 de octubre de 2005: ***“El señor LARRAÍN.- Señor Presidente, efectivamente, el sentido del artículo es proyectar el espíritu de transparencia que nos animó al propiciar esta iniciativa. Se trata de ir viendo cómo aquél debería aplicarse en algunos casos, en forma específica, según la naturaleza de la institución de que se trate. Es por eso que, aparte de normas generales, se establecen criterios específicos para los municipios, el Congreso, el Poder Judicial, y en este caso, para las empresas públicas. Lo que queremos es que éstas sean lo más transparentes posible. Y una de las formas de materializar dicho propósito es la publicación de los acuerdos de sus directorios.*** (Énfasis añadido).

Varios parlamentarios, entre ellos el Senador Núñez,<sup>51</sup> y con particular fuerza el Senador Prokurica<sup>52</sup> sostuvieron la necesidad de

---

<sup>51</sup> “El señor NÚÑEZ.- Señor Presidente, sólo quiero expresar, en forma muy breve, mi opinión favorable a esta iniciativa presentada por los Senadores señores Gazmuri y Larraín. Creo que con ella se avanza bastante hacia el objetivo de generar mejores condiciones y perfeccionar los derechos ciudadanos en materia de acceso a la información.

La única observación -no reparo- que formulé durante el debate general del proyecto en la Comisión fue la siguiente: que eso está muy bien para los

que estas empresas quedaran reguladas de igual modo que los restantes entes públicos. Luego del primer debate en el Senado, el Senador Larraín, coautor de la Moción, propuso una indicación para obligar a las empresas públicas creadas por ley a publicitar las remuneraciones de todo su personal, lo que fue aprobado en el segundo informe de la Comisión y luego en la Sala.<sup>53</sup> Algunos

---

organismos estatales -me parece absolutamente obvio-, pero que es necesario incorporar también a todas las empresas privadas que ofrecen servicios públicos o desarrollan actividades o acciones relacionadas con el ciudadano medio.”. (DIARIO DE SESIONES DEL SENADO, LEGISLATURA 353<sup>a</sup>, ORDINARIA, Sesión 4<sup>a</sup>, miércoles 8 de junio de 2005, Primer Trámite Constitucional, se aprueba en general.)

<sup>52</sup> “El señor PROKURICA.- Voy a ser muy breve.

Señor Presidente, creo que este proyecto es extraordinariamente importante para la realidad que vive Chile. Todo lo dicho por quienes me han antecedido en el uso de la palabra, a mi entender, queda corto en un país donde el secretismo representa la regla general.

En la práctica, ocurre que la Administración Pública se niega permanentemente a contestar –¡y estamos en democracia!- los oficios de fiscalización y los que se envían desde el Senado. Y me gustaría saber cuántos no han tenido respuesta. ¡Para qué hablar del ciudadano común y corriente que acude a un servicio público a pedir información! Y puedo afirmar, después de haber sido por doce años miembro de la Cámara de Diputados, órgano fiscalizador per se, que un gran número de oficios remitidos por ella no son contestados.

El caso más increíble, que aún no termina y que viví en carne propia, dice relación a tres empresas del Estado: CODELCO, Televisión Nacional de Chile y BancoEstado.

En democracia, la Cámara Baja nunca -¡nunca!- ha podido saber cuál es el sueldo de los funcionarios y ejecutivos de esas empresas. Es más: se negaron a entregar información, cuestión que dura hasta hoy.

Por eso, solicito a los señores Ministros que nos acompañan, en especial al señor Dockendorff, que hagan algo al respecto, porque la base de la democracia son la información, la transparencia.

No es posible que esas tres empresas hayan iniciado juicios de mera certeza en los tribunales para evitar dar dichos antecedentes.

Siendo justo, debo decir que en el último tiempo, bajo la administración de don Juan Villarzú, la CODELCO entregó algunos datos. Sin embargo, otras empresas del Estado nunca han informado acerca del monto de los sueldos de sus ejecutivos.

Por lo expuesto, es necesario votar a favor el proyecto para lanzar esta idea hacia adelante, porque la transparencia no le hace mal a nadie, señor Presidente.” (P.13 y 14 del acta de la sesión citada en la nota anterior).

<sup>53</sup> La indicación del Senador Larraín era del siguiente tenor: “Enseguida, en la **indicación Nº 23**, el Honorable Senador señor Larraín propone la agregación de un nuevo numeral al artículo 1º del proyecto el que incorpora un artículo 14 ter a la Ley Orgánica de Bases de la Administración, mediante el cual se impone a los órganos del Estado señalados en el artículo 1º de la iniciativa, y las empresas en que el Estado o sus organismos tengan una participación accionaria superior al cincuenta por ciento o mayoría en el directorio, incluso CODELCO, Televisión Nacional de Chile y el Banco del Estado, la obligación de dar información pública actualizada de los siguientes antecedentes:

Parlamentarios, entre ellos el Senador Viera Gallo y el Ejecutivo, sostuvieron, en cambio, que, en razón de que estas Empresas debían competir en el sector privado, no resultaba conveniente ni equitativo someterlas al mismo régimen de transparencia de los órganos y servicios del Estado.<sup>54</sup> El Senado, en Sesión de 5 de octubre de

---

...

3. Su planta de personal, contrata y a honorarios con sus respectivas remuneraciones.”.

...

Esta indicación, que se estimó admisible, fue parcialmente aprobada por la Comisión.

Por incorporar al texto del proyecto los números 1 al 6, 9 y 12 se pronunció la unanimidad de la Comisión conformada por los Honorables Senadores señora Frei y señores Cantero y Larraín, con la enmienda de precisar en el encabezamiento de este precepto que quedan obligados a poner a disposición del público los antecedentes que enseguida señala, además de las instituciones mencionadas, las “empresas públicas creadas por ley”; y a modificar el numeral 3), ya reseñado, en el sentido de distinguir respecto de las nóminas de personal del organismo de que se trate, el personal de planta, el personal a contrata y el personal a honorarios, como información que se entregará al público.”.

En la Sesión 38° del 4 de octubre de 2005, el Secretario dejó constancia de la aprobación de estas ideas en la Comisión en los siguientes términos: “... 5.- Se consagra la obligación para los órganos que constituyen la Administración del Estado, para las empresas públicas creadas por ley y aquellas en que el Estado o sus organismos tengan una participación mayoritaria, incluidos CODELCO, Televisión Nacional de Chile y BancoEstado, de poner a disposición permanente del público los antecedentes descritos en el artículo 14 ter, nuevo, que se agrega a la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Además, las empresas públicas, incluidas ENAP, CODELCO, Correos de Chile, Televisión Nacional de Chile, ENAMI, Ferrocarriles del Estado y BancoEstado, deberán publicar las actas del directorio después de no más de cinco días hábiles, contados desde su aprobación.” P. 22 Y 23.

El debate en esa Sesión se centró en si las empresas públicas debían o no –como proponía la Comisión- publicar las actas de sus sesiones de Directorio.

<sup>54</sup> En la Sesión de 4 de Octubre de 2005, el Senador Viera Gallo, refiriéndose a la proposición de obligar a estas empresas del Estado a publicitar sus actas de Directorio, argumentó: “El señor VIERA-GALLO.- ... las empresas públicas se deben regir, en general, por las normas del derecho común, salvo que haya una ley especial que les establezca otras que les sean propias.

Se consagran diversas disposiciones referidas a lo que deben hacer las empresas públicas, como la del precepto en debate, el cual dispone que deben publicar sus actas de directorio después de no más de 5 días, a menos que el mismo directorio, por mayoría absoluta, decida otra cosa. Pero, en tal caso - agrega-, el director que, dolosa o culpablemente -no sé cómo podría ser eso-, concurra con su voto favorable a la declaración de reserva, responderá solidariamente de los perjuicios.

2005, aprobó la proposición de la Comisión que obligaba a las empresas públicas a publicar la remuneración de todo su personal, aunque rechazó la propuesta de publicitar las actas de sus sesiones de directorio.

A diferencia de lo aprobado en el Senado, en la indicación sustitutiva del Ejecutivo con que se retomó el debate parlamentario en la Cámara de Diputados, estas empresas fueron excluidas.<sup>55</sup> Varios invitados a la Sesión de Comisión con que se inició el debate en la Cámara, de los más diversos colores políticos, hicieron notar este cambio y lo lamentaron.<sup>56</sup> Varios Diputados de la entonces

---

Quisiera saber si se trata de las mismas normas que rigen a las sociedades anónimas. Porque, en mi opinión, la idea es que la empresa pública, cumpliendo las disposiciones de la Constitución y salvo casos especiales, se parezca lo más posible a la empresa privada en cuanto a su transparencia.

Ahora, no sé si las sociedades anónimas privadas publican sus actas de directorio antes de 5 días, ni tampoco si los directores que han concurrido a la reserva en forma dolosa -o sea, para tapar algo- se hacen solidariamente responsables.

Es sólo una consulta. No estoy en contra del precepto, pues no soy experto en administración. Ignoro, por ejemplo, si Canal 13 o Chilevisión publican sus actas de directorio dentro de quinto día. Y me pregunto si no colocamos a Televisión Nacional en situación de desventaja frente a la competencia al obligarla a hacerlo.”.

A continuación, en la Sesión de 5 de octubre, el mismo Senador Viera Gallo adujo: ““El señor VIERA-GALLO.- Señor Presidente, creo importante proporcionar cierta información a los Senadores que no estuvieron en la sesión de ayer, aunque sea en forma sucinta.

Si los Honorables colegas leen el artículo en cuestión, podrán observar que para las empresas públicas se establece una exigencia más rígida que las consignadas en la Ley de Sociedades Anónimas, al disponer que aquéllas deberán publicar las actas de su directorio dentro del quinto día, salvo si una mayoría especial acuerda lo contrario. Si ello no se cumple, es posible que se apliquen sanciones por la responsabilidad en los perjuicios que pudieren ocasionarse.

Evidentemente, eso significa colocar algún tipo de dificultad para las empresas en materia de competencia. Así podría suceder con Televisión Nacional u otras empresas.

Por ese motivo pedimos votación separada.”.

<sup>55</sup> La Ministra Secretaria General de la Presidencia, Sra. Paulina Veloso explicó así este cambio ante la Cámara de Diputados: *“En cuanto al ámbito de aplicación de la legislación propuesta, señaló que ésta comprende la totalidad de los órganos de la Administración del Estado, indicados en la Ley de Bases, sin otra excepción que las empresas del Estado, las que quedarán sujetas a la regulación que se establecerá sobre gobiernos corporativos.”* (P.14 del Primer Informe de la Comisión de Constitución Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara).

<sup>56</sup> El primer informe de la Comisión de Constitución Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara consigna las opiniones de los representantes de la Comisión Pro Acceso y del Instituto Libertad y Desarrollo en los siguientes

oposición, entre ellos los Diputados Cardemil, Eluchans, Monckeberg y Turre, propusieron indicaciones para restablecer las obligaciones de transparencia de los órganos autónomos del Estado y de las empresas públicas.<sup>57</sup> El Ejecutivo sostuvo que estaba dispuesto a establecer esas obligaciones, pero en otras leyes, argumentando que de que la diferencia no era de fondo, si no que se originaba más bien de una cuestión de técnica legislativa acerca de dónde regular a esos órganos.<sup>58</sup> Los Diputados oficialistas votaron en contra de las

---

*términos:* “f) Los señores Juan Pablo Olmedo Bustos y Tomás Vial Solar, Presidente y miembro del Directorio de la Fundación Pro Acceso,.. En lo que se refiere a las empresas públicas, señalaron que tanto la Ley de Bases como el proyecto original las incluían, pero la indicación las dejaba fuera. Creían necesario incluirlas, cubriendo las informaciones que debieran quedar en reserva por medio del régimen normal de excepciones. ...” (P.17).

“g) El señor Juan Pablo Illanes Guzmán, abogado del Instituto Libertad y Desarrollo,... Cuestionó la exclusión que hace el artículo 2° de las empresas públicas, precisamente porque respecto de ellas es donde más se necesita acceso a la información, en atención a las amplias atribuciones que tienen para el manejo de los recursos y el volumen de éstos.” (P.21).

<sup>57</sup> Según consta en la discusión particular de la norma los Diputados señora Turre y señores Cardemil, Eluchans, Cristián y Nicolás Monckeberg y Ward presentaron una indicación respecto al artículo primero. Al fundarla, Alberto Cardemil la argumentó así: “El Diputado señor Cardemil fundamentó la indicación señalando que los alcances y objetivos que se quería fueran la finalidad de esta nueva ley, serían la transparencia del sector público y, aún más importante, el acceso fácil y expedito a la información que obra en poder de dicho sector, opinión que complementó el Diputado señor Cristián Monckeberg señalando que lo que se buscaba era concebir en una forma más amplia la indicación sustitutiva, extendiéndola a otros órganos autónomos del Estado tales como el Congreso, el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, el Ministerio Público. La Diputada señora Turre, a su vez, remarcó que la tendencia en boga era la de promover la transparencia y la probidad y dada la dificultad que se tiene, especialmente en el acceso a la información que complica considerablemente la labor parlamentaria, incluir en esta ley a organismos que no forman parte de la Administración del Estado pero que manejan recursos públicos, parecía lo ideal.”.

La indicación al artículo 2° deja en clara la intención de incorporar también a las empresas públicas. Como consta en el Acta de ese primer informe: “Los mismos Diputados señora Turre y señores Cardemil, Eluchans, Cristián y Nicolás Monckeberg y Ward presentaron una segunda indicación a este artículo para agregar los siguientes nuevos incisos:

“Esta ley tiene por finalidad proveer lo necesario para garantizar el acceso de toda persona a la información en posesión de los poderes del Estado, los órganos constitucionales autónomos o con autonomía legal, y cualquier otro organismo del Estado y empresas del Estado a las que se refiere el artículo 2°.”.

<sup>58</sup> Así consta de la discusión en particular de la Comisión, en cuyo primer informe se deja constancia que: “Los representantes del Ejecutivo señalaron que la propuesta del Gobierno era que esta ley se aplicara a los órganos de la Administración del Estado y no extenderla, como lo proponía esta indicación y las siguientes, a otros



indicaciones de los legisladores de oposición, pero prácticamente todos ellos, particularmente los Diputados Araya, Burgos, Bustos, Leal y Soto reclamaron del Ejecutivo una indicación para reincorporar la obligación de transparencia activa de las empresas públicas a este mismo proyecto de ley.<sup>59</sup> A pesar de que en algunas de las

---

*órganos constitucionales autónomos y a empresas que no forman parte de dicha Administración. Recordaron que el artículo 8° de la Constitución estaba concebido en términos amplios, por lo que no se trataba que no se quisiera que hubiera transparencia o acceso a la información emanada de órganos autónomos como el Congreso o el Poder Judicial, sino que tratar dicha materia en la ley propia de tales órganos. Hicieron presente que la indicación sustitutiva creaba un organismo que deberá velar por la aplicación de estas disposiciones, para lo cual se lo proveía de facultades sancionatorias, las que no podría aplicar a entes autónomos como los nombrados. No se trataba entonces de una discrepancia de principios sino que de técnica legislativa.”.*

<sup>59</sup> Así, en el primer informe consta: “Ante la observación del Diputado señor Bustos en el sentido de que en esta proposición no figurarían las empresas del Estado creadas por ley, los representantes del Ejecutivo hicieron presente que se las había sacado, tal como mediante una indicación se hacía con el Banco Central, porque la intención era regular toda la situación relacionada con las empresas, ya sean las del Estado o aquellas en que tiene participación, en una ley aparte. Se fundaban para ello en que si bien muchas de las normas sobre transparencia activa podrían serles aplicables, dichas empresas como tales, se regían por las normas que reglan la actividad comercial que desempeñaban. En otras palabras, se trataría de empresas que compiten en el mercado por lo que requieren una regulación especial que les permita ceñirse a las reglas de las demás entidades con las que están en competencia. Esa sería, por ejemplo, la situación del Banco Estado o la Empresa Nacional del Petróleo. La misma Constitución permitía autorizar, mediante una ley de quórum calificado, al Estado y a sus organismos para desarrollar actividades económicas, rigiéndose en tales casos por la legislación aplicable a los particulares.”

“El Diputado señor Leal destacó la claridad de la argumentación entregada, pero recordó que las empresas del Estado se escudaban en la inexistencia de normas que les obligaran a entregar información, a consecuencias de lo cual, por citar un ejemplo, la Cámara de Diputados tardó seis años en hacerse de la información relacionada con la remuneración de los ejecutivos de la Corporación Nacional del Cobre. Coincidió con que la regulación sobre transparencia de los demás poderes del Estado se tratara en sus propias leyes orgánicas porque su situación era distinta, pero con respecto a las empresas del Estado dicha regulación debería establecerse en una ley de aplicación general o ley marco.”

Más adelante, el mismo informe consigna: “El Diputado señor Burgos reconoció lo dificultoso que resultaba a los parlamentarios fiscalizar a las empresas del Estado. Al respecto había entendido que el Ejecutivo tenía el propósito de incorporar a esta normativa general a tales empresas, tema que contaba con el apoyo de todas las representaciones parlamentarias.”

“El Diputado señor Bustos señaló haber entendido lo mismo, por lo que habían esperado la inclusión de un título especial en este proyecto que tratara la situación de las empresas del Estado, sin perjuicio de que en ese mismo título se incluyeran algunos resguardos, dada su especial situación.”.

intervenciones citadas hay alusiones a la fiscalización de la Cámara, los parlamentarios, como consta en varias de las intervenciones que se citan en las notas a pie de página de este informe, estaban más que conscientes al estar aprobando la ley que lo que se establecería no eran reglas acerca de esa fiscalización, si no de otro modo de garantizar la probidad y ejercer el control público: aquel que descansa en el conocimiento ciudadano de las cuestiones de interés público. Ante la crítica de todos los Diputados por la omisión de incluir a las empresas públicas, los representantes del Ejecutivo manifestaron la inconveniencia de establecer obligaciones especiales de transparencia a empresas públicas que debían competir con entes privados que no quedaban sujetas a esos mismos deberes. Sin embargo, constatando la voluntad, primero del Senado y ahora unánime de los Diputados de la Comisión de Constitución de obligar a las empresas públicas por los principios de transparencia activa, incluyendo la obligación de publicitar la remuneración de su personal, el Ejecutivo olvidó sus argumentos de la necesidad de una competencia igualitaria de estas empresas y de cuestiones de técnica legislativa y presentó una indicación para obligarlas en este Proyecto, lo que terminó por afirmar un contenido análogo al actual artículo décimo que ahora examinamos.<sup>60</sup>

---

Más adelante consta como se suman los Diputados Soto y Araya a este mismo reclamo: “El Diputado señor Burgos reconoció que no se trataba de una ley de fiscalización sino reglamentaria del acceso a la información, pero aunque la indicación sustitutiva constituía un avance en muchos aspectos, también envolvía un retroceso en lo que dice relación con las empresas del Estado, toda vez que el texto aprobado por el Senado sí las comprendía.”

“La Diputada señora Soto señaló que el deseo de transparencia era propósito de todos, por lo que creía que el Ejecutivo debería hacerse eco de este anhelo mediante la correspondiente indicación, agregando el Diputado señor Araya que la fiscalización que señalan los representantes del Ejecutivo afecta a las empresas del Estado de acuerdo a sus respectivas leyes orgánicas, no se conciliaba con la fiscalización que se debería hacer respecto del correcto uso de los recursos públicos. Apoyó igualmente la necesidad de una indicación al respecto.”

<sup>60</sup> La indicación del Ejecutivo se hizo para incorporar un nuevo artículo del tenor y con el fundamento que se explica así en el primer informe de la Comisión: “**Artículo nuevo.- ( pasó a ser quinto).**”

El Ejecutivo presentó una indicación para agregar un nuevo artículo del siguiente tenor:

“Artículo .- Las empresas públicas creadas por ley, incluidas aquellas que de acuerdo a sus respectivas leyes orgánicas deban ser nombradas expresamente para quedar sujetas a las normas aplicables al sector público, se rigen por el principio de transparencia en el ejercicio de la función pública,

De ahí en más, el debate se centró en la redacción del precepto y en la conveniencia de obligar a las empresas públicas también por deberes de transparencia pasiva. Allí volvieron a surgir los argumentos de una competencia igualitaria y, ante iniciativas destinadas, por ejemplo, a obligar a estas empresas a publicar sus actas de Directorio, primó la tesis de que la probidad quedaba suficientemente garantizada a través de la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros. Concretamente, respecto del alcance de la obligación de transparentar sueldos en las empresas públicas, ésta varió: Primero fue la fórmula del Senado, que consistía en la obligación de transparentar la remuneración de todo el personal; luego pasó por la exigencia reducida de publicitar con detalle la remuneración de los Directores y sólo de manera global la de los gerentes, como ocurre en las sociedades anónimas abiertas, fórmula que fue especialmente defendida por el entonces Ministro Secretario General de la Presidencia, Sr. Viera Gallo. Sin embargo, finalmente primó la tesis de una transparencia distinta y más exigente a la que obliga a las sociedades anónimas abiertas, pues los

---

consagrado en el artículo 8°, inciso segundo, de la Constitución Política de la República.”

En virtud de dicho principio, las empresas mencionadas en el inciso anterior deberán mantener a disposición permanente del público, a través de su páginas web, los siguientes antecedentes debidamente actualizados:

[...]

g) Información consolidada del personal y sus remuneraciones.

La información anterior deberá incorporarse a las páginas web en forma completa, y de un modo que permita su fácil identificación y un acceso expedito.

[...]

Los representantes del Ejecutivo fundamentaron esta nueva disposición señalando que acogía las observaciones formuladas al debatirse el artículo 2°, es decir, los alcances de esta ley, permitiendo el acceso a la información en poder de las empresas públicas en virtud de encontrarse regidas también por el artículo 8° de la Constitución Política. La propuesta que se hacía se refería a la información que debería encontrarse a disposición del público, es decir, la llamada transparencia activa, en correspondencia con la obligación que esta normativa impone a los servicios públicos. La proposición, al señalar que ella se refiere a las empresas cualquiera sea el estatuto por el que se rijan, comprende aún a aquéllas que se asimilan a las sociedades anónimas cerradas, las cuales quedarían obligadas a entregar información tal como si fueran sociedades anónimas abiertas.”.

legisladores estimaron que el estándar más exigente de la norma contenida finalmente en el artículo décimo, letra h), vigente era la única que garantizaba la probidad. En ese sentido, se pronunciaron Diputados de la Concertación y de la Alianza por Chile<sup>61</sup> y luego

---

<sup>61</sup> Así, por ejemplo, el Diputado Leal explicó la necesidad de esta exigencia argumentando: “En cuanto a las empresas públicas creadas por ley, deberán mantener a disposición del público en forma permanente, a través de sus páginas web, los siguientes antecedentes debidamente actualizados: el marco normativo que les es aplicable -así, saldrán de la penumbra en que se encontraban-; su estructura orgánica y organización interna; las funciones y atribuciones de cada una de sus unidades; sus estados financieros y memorias anuales; sus filiales; la composición de sus directorios; la información consolidada de su personal, y todo lo relativo a las remuneraciones. (Acta de la Sesión 35ª, de 13 de Junio de 2007).

En igual sentido y en la misma Sesión referida, se pronuncian los Diputados Cardemil y Forni, según consta de los siguientes pasajes del Acta respectiva: “El señor **CARDEMIL**... El artículo quinto señala que las empresas públicas regidas por el principio de transparencia deberán mantener a disposición del público, en su página web, marco normativo, estructura orgánica, funciones y competencia, estados financieros, filiales, composición de sus directorios, información consolidada del personal, remuneraciones percibidas por el directorio cada año, incluso las que provengan de funciones o empleos distintos del ejercicio de su cargo.

En materia de transparencia pasiva, se consagra la obligación de darle a cualquier ciudadano al menos la información contenida en la Fecu de una empresa privada, de una sociedad anónima y sanciona el incumplimiento de esta obligación con multa a beneficio fiscal.

Me parece importante este avance; al fin dejamos a las empresas públicas sujetas a algún grado de requerimiento ciudadano en materia de información.” P.42

“El señor **FORNI**... Comparto lo señalado por el diputado Antonio Leal, en el sentido de que es necesario que muchas empresas públicas deben informar.

Análoga posición asume el Diputado García Huidobro, al sostener, conforme al acta: “El señor **GARCÍA-HUIDOBRO**.-... En segundo lugar, deseo manifestar mi preocupación en relación con la información pública que deben entregar las empresas del Estado. Al respecto, presentamos indicaciones que, ojalá, se aprueben por la unanimidad de los colegas presentes.

En ciertos casos, quedó, por así decirlo, un área rara. Ocurre, por ejemplo, con las filiales o empresas coligadas de empresas del Estado, que no están obligadas a informar, lo que sólo rige para la empresa pública matriz.

Los diputados señores Leal y Eluchans se refirieron a la actitud permanente de la Cámara en materia de petición de información, no obstante lo cual muchas veces el organismo o la empresa respectivos no prestan su colaboración.

Considero importante aclarar que el proyecto no apunta a la fiscalización, sino al establecimiento de la posibilidad de que cualquier persona pueda acceder a la información pública mediante su ingreso a la página web del respectivo órgano de la Administración del Estado o de empresas del Estado.

Un aspecto que se debe enfrentar dice relación con la importancia de que no sólo los directores de las empresas del Estado, sino también sus ejecutivos,

también los Senadores en el tercer trámite constitucional.<sup>62</sup> De ese modo, la Comisión Mixta, por la unanimidad de sus miembros y con la sola abstención del diputado Jarpa, estableció –contra la constante opinión del Ejecutivo- para estas empresas la obligación de publicidad mayor que la que rige para las sociedades anónimas abiertas, estando plenamente consciente de someterlas, a un tiempo, a la obligación de informar a la Superintendencia de Valores y Seguros.<sup>63</sup>

---

entreguen la información sobre sus remuneraciones o viáticos. Por lo tanto, presentamos una indicación que tiene por objeto establecer que gerentes y presidentes ejecutivos de las diferentes empresas del Estado tendrán la obligación de informar, tal como ocurrirá, una vez que el proyecto sea ley de la República, con ambas Cámaras del Congreso Nacional y con cada uno de sus parlamentarios.

En aras de la transparencia, se busca que toda persona que ejerza alguna función pública entregue la información que el país requiere.”.

<sup>62</sup> Así, por ejemplo, en la Sesión de 18 de julio de 2007, en tercer trámite constitucional en el Senado, las opiniones del Senador Prokurica o del Senador Ominami, quien señala: ““El señor OMINAMI.- ... Los principios de transparencia, que son los que animan a esta iniciativa de ley, tienen que imponerse a todas las instituciones. Y eso, naturalmente, incluye a las empresas del Estado.

<sup>63</sup> Así consta en el informe de la Comisión Mixta que, en la parte pertinente es del siguiente tenor: “También en lo tocante a las normas permanentes de este proyecto de ley, y cual se ha señalado al referirnos al artículo QUINTO despachado por la Honorable Cámara, la Comisión Mixta incluyó un artículo DÉCIMO que incluye a las empresas públicas creadas por ley entre los organismos que deben observar el principio de transparencia de la función pública y acceso a la información de la Administración del Estado.

Al efecto, este nuevo artículo DÉCIMO dispone que dichas empresas, incluso las de propiedad del Estado y las sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio se rigen por el principio de transparencia consagrado en el artículo 8° de la Constitución Política. Enseguida, y para dejar claro que entre esas empresas deben entenderse aún aquellas que por disposición de la ley se exija que es necesario mencionarlas expresamente para quedar sujetas a otras leyes, este inciso, a título ejemplar, menciona a la Empresa Nacional de Minería, a la Empresa de Ferrocarriles del Estado, a la Corporación Nacional del Cobre de Chile, a Televisión Nacional de Chile y al Banco Estado.

A continuación, en un nuevo inciso el precepto dispone que en virtud del principio de la transparencia, estas entidades mantendrán a disposición permanente del público, a través de sus sitios electrónicos antecedentes actualizados tales como su marco normativo, su estructura interna, sus funciones, sus estados financieros y memorias anuales, sus filiales y demás entidades en que tengan participación, la composición de sus directorios e información de su personal y las remuneraciones de los funcionarios superiores responsables de su dirección y administración.

Finalmente, el precepto en informe dispone que estas empresas, cualesquiera sean sus estatutos, están obligadas a proporcionar a la Superintendencia de Valores y Seguros o a la Superintendencia a cuya fiscalización

De ese modo, el debate parlamentario deja palmariamente claro, en primer lugar, que la particular obligación de transparencia a que el artículo décimo de la Ley 20.285 somete a las empresas públicas creadas por Ley es fruto de un largo debate y de un preciso compromiso, larga y minuciosamente debatido. Como señaló el entonces Ministro Viera Gallo, éste fue uno de los puntos más debatidos en la Cámara de Diputados.<sup>64</sup> En segundo lugar, y como consta en todas y cada una de las opiniones que se han transcrito en las notas a pie de página, el propósito de obligar a las empresas públicas fue el de garantizar su probidad. En tercer lugar, el debate da cuenta que el argumento de la desigual competencia a la que quedarían sometidas las empresas públicas con sus pares privados fue insistentemente invocado, desestimándose por el legislador frente al valor de la probidad, dada la naturaleza pública de estas empresas. Finalmente queda manifiesto que el Parlamento impuso su opinión al Ejecutivo y obligó a las empresas públicas creadas por ley a una transparencia mayor que aquella que rige para las sociedades anónimas abiertas.

Por último, **la licitud de la finalidad es un supuesto necesario de su declaración de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional.** En efecto, el TC, mediante sentencia de fecha 10 de julio de 2008, causa Rol 1051, aprobó la constitucionalidad de diversas normas de esta Ley que tenían el carácter de leyes orgánicas constitucionales. Entre otras, precisamente el artículo décimo, en cuanto regula a las empresas

---

se encuentren sometidas, la misma obligación que pesa sobre las sociedades anónimas abiertas, y que en caso de incumplimiento, los directores responsables incurrirán en la sanción que la misma norma indica.

El precepto así descrito contó con la aprobación de los miembros presentes de la Comisión, Honorables Senadores señores Larraín, Núñez, Pérez Varela y Sabag y Honorables Diputados señores Burgos, Cardemil, Ceroni, Eluchans y Jarpa, con excepción de la norma que obliga a publicar las remuneraciones de los directivos superiores de la empresa, que se aprobó con los mismos votos de los señores parlamentarios, salvo el Honorable Diputado señor Jarpa, que se abstuvo." (p. 49.).

<sup>64</sup> El acta de la sesión 35° de 17 de julio de 2007 recoge las expresiones del Ministro en los siguientes términos: "El señor **VIERA-GALLO** (Ministro Secretario General de la Presidencia)."... "Uno de los puntos que ha suscitado mayor controversia en la Cámara de Diputados es el grado de acceso de los ciudadanos a la información de las empresas públicas. ..."

públicas creadas por Ley y también el artículo noveno, que contiene normas sobre transparencia que obligaron al mismo Tribunal.<sup>65</sup> Resulta indudable, que más allá de cualquier interpretación subjetiva de ese fallo **esas normas limitan el ejercicio de derechos, entre ellos los de privacidad de los integrantes del Tribunal Constitucional y de los gerentes de Televisión Nacional. Sólo a partir de entender que la norma persigue un fin lícito es posible entender que el Tribunal haya aprobado la limitación de derechos fundamentales que ella entraña.** En consecuencia, la aprobación del examen de constitucionalidad en abstracto de la norma obliga también a concluir que los fines perseguidos por ella fueron considerados lícitos por el Tribunal Constitucional, pues, de lo contrario, sus normas no pudieron recibir aprobación.

**ii. La finalidad de la norma, cual es la probidad, y el instrumento que emplea, cual es el de la publicidad de ciertos actos de interés público, son constitucionalmente debidos.**

Para acreditar como verdadera la afirmación que antecede basta la sola lectura del artículo 8° de la Carta Fundamental, en cuanto declara, en su inciso primero que el ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones; para luego agregar, en su inciso segundo, que son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como los fundamentos y los procedimientos que utilicen, habilitando sólo a una ley de quórum calificado para establecer el secreto de aquellos o de éstos, en la medida que la publicidad afectare los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

Si alguien aún mantuviera dudas acerca de la licitud del fin de alcanzar la probidad y de hacerlo a través de la publicidad, la lectura de los considerandos 9° y siguientes del fallo de 9 de agosto de 2006, dictado en la causa Rol 634, debieran convencerlo, pues allí se argumenta con elocuencia acerca de cómo es que la publicidad constituye, entre otras, un pilar de toda república democrática, pues asegura que las autoridades públicas respondan a la sociedad y está

---

<sup>65</sup> La aprobación de lo dispuesto en los artículos segundo y décimo se contienen en el número 2 de la parte resolutive.

a la base de la libertad de expresión, derecho que sustenta tantas otras libertades.

A partir de que la reforma constitucional del 2005 incorporó un nuevo artículo 8° a la Carta Fundamental, quienes ejercen funciones públicas quedan obligados a dar "estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones". A decir verdad entonces, la ley no queda autorizada, sino que se encuentra obligada a establecer reglas precisas para que quienes ejercen funciones públicas den estricto cumplimiento al principio constitucional referido. A partir de esa disposición constitucional, sólo cabría estimar que un deber legal de publicidad de una función pública infringe la Constitución cuando el legislador no lo imponga o lo haga estableciendo excepciones que no puedan justificarse en el debido cumplimiento de la función de esos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

**4. Enunciación y examen del cuarto requisito: para no ser considerada arbitraria, la distinción y trato diverso establecido por la ley debe ser razonablemente adecuada y necesaria para alcanzar el fin lícito en que se funda la distinción.**

**a) Enunciación de este requisito a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.**

El Tribunal Constitucional chileno, al igual que prácticamente todos los órganos que ejercen control constitucional en el mundo, ha exigido también, como parte del test de proporcionalidad, que las diferencias hechas por el legislador resulten adecuadas y necesarias para alcanzar el fin lícito que se proponen. De este modo, han de estimarse como no arbitrarias las diferencias que puedan aceptarse como razonablemente encaminadas a lograr los fines y como arbitrarias aquellas enteramente inaptas o inconducentes al logro de fines lícitos con que pretenden justificarse.

Estas exigencias de adecuación y necesidad aparecen formuladas en más de un fallo del Tribunal Constitucional. Así, por ejemplo, en el considerando 20° de la sentencia de 15 de junio de 2010, dictada en



la causa Rol 1584, particularmente en las expresiones que hemos destacado, puede apreciarse esta exigencia:

**VIGÉSIMO:** *Que, precisamente en este sentido, el Tribunal Constitucional de España ha señalado, específicamente, que “para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distorsión sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que produce y el fin pretendido por el legislador supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos”. (Sentencias 76/1990 y 253/2004);”. (Énfasis añadido).*

Igual frase se encuentra en el considerando 20° de la sentencia de 20 de diciembre de 2007, dictada en la causa Rol 784. El criterio de idoneidad aparece también enunciado en otra sentencia de igualdad dictada el 2010<sup>66</sup> y aplicado en la de 3 de marzo de 2010, en cuyo considerando 75° se razona en el sentido de que haber establecido una regla especial de prescripción adquisitiva aparece como un medio idóneo para favorecer la regularización del registro de la pequeña propiedad y así favorecer la economía, *“ya que la titularidad de dominio que se le concede sobre la propiedad, efectivamente va a permitir que su titular la explote de un modo legítimo, accediendo a todos los medios disponibles en el mercado para llevar a cabo esa actividad. Que, por el contrario, sin dicha titularidad, la referida explotación se hace imposible.”* También el criterio de adecuación resultó decisivo en las sentencias Roles 755, 1138, 1140 y 1254, en cuanto en ellas se concluye que la gratuidad de los abogados de turno no constituye una medida necesaria al Estado para alcanzar el fin de procurar asistencia jurídica a quienes no pueden procurárselas por sí mismos. Al mismo tiempo, esos fallos establecen que la obligación del turno sí es un medio idóneo para satisfacer el fin aludido: ***“Por su parte, el instrumento, consistente en imponer una carga, es idóneo para cumplir dichos fines. Sin***

---

<sup>66</sup> Ver considerando 36° de la sentencia de 28 de enero de 2010, dictada en la causa Rol 1535.

*embargo, si se impone gratuitamente, se transforma en medio desproporcionadamente gravoso, desde el momento que el fin perseguido no exige ni impone que el abogado deba desempeñarse sin retribución alguna. ... El Estado, entonces, puede satisfacerla transfiriéndola a los abogados ..., pero no es necesario ni lícito desde un punto de vista constitucional que se les imponga sin retribución,...*".<sup>67</sup>

El alcance de lo que es un medio idóneo aparece explicado en la sentencia de 11 de diciembre de 2007, dictada en la causa Rol 790, en cuyo considerando 22°, y por medio de una cita de un fallo de la Corte Suprema de México se señala que *"En segundo lugar, es necesario examinar la racionalidad o adecuación de la distinción hecha por el legislador: es necesario que la introducción de una distinción constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo que el legislador quiere alcanzar, es decir, que exista una relación de instrumentalidad entre la medida clasificatoria y el fin pretendido."*

Resulta, por último, de interés citar la manera en que el requisito de adecuación y necesidad es empleado en la sentencia de 11 de diciembre de 2007, dictada en la causa Rol 790, pues en ella, el TC deja claro que lo que cabe exigir no es que la medida sea la más adecuada o la menos dañina imaginable, como se le ha interpretado a veces en otras latitudes, si no que **la exigencia se satisface con que haya una conexión racional entre el medio y el fin, con que el medio "se avenga" al fin o no resulte irracional la conexión.** Así se lee en el considerando 26° del citado fallo, en el que se examinaba si un alza escalonada de pensiones era o no adecuada al fin de moderar el gasto fiscal y producir justicia distributiva: *"Al respecto, debe concluirse que la diferencia resulta razonable desde esta perspectiva, **pues, para lograr la finalidad de moderar el gasto fiscal e ir mejorando las pensiones más bajas de las personas de mayor edad, no resulta irracional o injustificado establecer un sistema de reajuste que diferencie sobre la base de criterios de edad y monto de las pensiones, estableciendo escalas decrecientes de reajuste según aumente el monto de las pensiones a reajustar y disminuya la edad del pensionado. Ambos criterios se***

---

<sup>67</sup> Tomado del considerando 46° de la sentencia de 31 de marzo de 2008, en la causa Rol 755.

*avienen con la finalidad de moderar el gasto público y con criterios de justicia distributiva; ”.*

**b) Cumplimiento del requisito en examen por parte de los efectos que produciría la norma impugnada en el caso en concreto.**

Corresponde ahora examinar si el precepto legal cuestionado, particularmente en cuanto pretende aplicarse a TVN, una empresa del Estado creada por Ley, constituye o no un medio adecuado para alcanzar la publicidad de un asunto de interés público y, por medio de ello, la probidad de una función pública; si existe una relación de instrumentalidad entre la obligación de TVN y la probidad y demás fines de la publicidad.

Creemos haber demostrado ya la conexión lógica de medio a fin que tiene la publicidad con la probidad. Toda la literatura contemporánea y la experiencia comparada demuestran que ya no basta con confiar en los controles inter órganos o de agentes estatales para alcanzar la probidad, si no que, a ello debe agregarse la transparencia pública, constituyendo ésta una buena garantía de probidad. Esta es la idea inspiradora de todos los esfuerzos públicos y legislativos habidos en Chile desde mediados de los 90, en los que la Comisión sobre Ética Pública convocada por el Presidente Frei Ruiz Tagle concluyera que *“la transparencia se aplica a la totalidad de la función pública (...) **los fenómenos de corrupción proliferan cuando las funciones públicas no son transparentes y escapan, por lo mismo, al control institucional y ciudadano.** Por esta razón, su aplicación debe estar garantizada por (...) la publicidad de los procedimientos de la gestión y actos estatales. Respecto de estos últimos, la regla general debería ser la publicidad de todas las decisiones de los órganos del Estado”* a la vez que concluyera en que la mejor garantía de la probidad se encontraba en una ciudadanía informada, señalando que: *“**sólo los ciudadanos debidamente informados acerca de lo que ocurre en la gestión pública pueden ejercer un control activo a su respecto**”*.<sup>68</sup> Esa misma es

---

<sup>68</sup> Comisión Nacional de Ética Pública, “Informe de la Comisión Nacional de Ética Pública sobre la Probidad Pública y la Prevención de la Corrupción”, en *Revista de Ciencia Política* XVIII, N°1 – 2, Instituto de Ciencia Política, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1996, p. 206. Énfasis añadido.

la idea que inspiró la dictación del artículo 8° de la Carta Fundamental, que vincula probidad y la publicidad de un modo manifiesto. Nos parece haber demostrado también que esa es la filosofía que inspiró la dictación de la Ley N° 20.285.

Como suele ocurrir en las ciencias sociales, particularmente con experiencias relativamente nuevas, no existe aún suficiente evidencia empírica que permita demostrar, más allá de toda duda razonable, lo acertado de esta conexión de causalidad, aunque si existen claros indicios de ser acertada.<sup>69</sup> Lo que no puede dudarse es que existe suficiente racionalidad en pensar que la publicidad y la transparencia son un medio idóneo para alcanzar la probidad, además de otros fines constitucionalmente debidos, como lo son el carácter republicano del Estado y la libertad de expresión, como expresamente lo ha establecido el TC. Recordemos que el estándar que puede exigir el Tribunal Constitucional al legislador es uno de razonabilidad y no uno de certeza absoluta; que la adecuación del medio no exige un examen de mérito de ser el elegido el medio más idóneo imaginable para alcanzar el fin, si no uno que razonablemente pueda estimarse capaz de encaminarse a la consecución de éste.

Ese y no otro es el juicio que movió al legislador a dictar la norma en cuestión. Como razonó el Senador Larraín, principal autor e impulsor de la Moción, al responder al Senador Viera Gallo, quien había manifestado su preocupación que estas empresas quedaran sometidas a un deber de publicidad mayor que la de su competencia: *"Es una exigencia mayor; porque si bien deben aplicarse, en lo posible, las disposiciones que rigen a las sociedades anónimas, **el principio subyacente en esta materia es que a las empresas públicas les cabe una responsabilidad distinta, por tratarse de entidades pertenecientes a todos los chilenos, quienes, en consecuencia, tienen el derecho preferente a saber qué ocurre en su interior.**"*<sup>70</sup> (Énfasis añadido).

---

<sup>69</sup> Basta ver el cruce que hace Transparencia Internacional entre los países situados en los primeros lugares del ranking de percepción de probidad y sus leyes y prácticas de transparencia pública

<sup>70</sup> DIARIO DE SESIONES DEL SENADO, LEGISLATURA 353<sup>a</sup>, Sesión 38<sup>a</sup>, martes 4 de octubre de 2005, Ordinaria, Primer Trámite Constitucional.

Otras manifestaciones de la justificación de la diferencia es la opinión del Senador Prokurica, quien, ante la insistencia del Ministro Viera Gallo en el sentido que las

Por lo demás, resulta imposible someter a TVN o a otra empresa pública creada por ley y de la sola propiedad del Estado a las mismas reglas de transparencia de una sociedad anónima abierta, en cuanto en éstas, a diferencia de aquellas, existen accionistas, los que tienen acceso privilegiado a ciertos documentos y pueden ejercer un importante contrapeso a la dirección, a través de la Junta de Accionistas, entidad que no existe en las empresas públicas creadas por ley. De eso tuvo conciencia el legislador, incluso al dictar la Ley Orgánica de TVN, anterior a la Ley de Acceso a la Información Pública. Ya en ese momento, existía conciencia de estar sometiendo a esa empresa pública a exigencias de publicidad diversas a la de las sociedades anónimas abiertas.<sup>71</sup>

---

empresas públicas quedarían sometidas a un régimen análogo a la de las sociedades anónimas abiertas, a pesar que ya se había aprobado una fórmula más exigente en la Comisión Mixta, le retrucó: "El señor PROKURICA..... Me llama la atención -y lo reiteraré al final de mi intervención- que el Ministro Viera-Gallo nos plantee ejemplos, que yo no comparto para nada, como la igualdad de condiciones entre las empresas del Estado y las empresas privadas.

¿Y por qué digo esto? Porque cuando desaparecen recursos de Megavisión, los pierde su dueño. ¡Qué le importa a los ciudadanos la pérdida de tales dineros! Pero cuando se extravían de Televisión Nacional de Chile, los pierde el país; cuando desaparecen de CODELCO o de ENAMI, los pierde el país." (DIARIO DE SESIONES DEL SENADO, LEGISLATURA 355ª, Sesión 84ª, en miércoles 16 de enero de 2008, discusión Informe Comisión Mixta, P. 74 y 75).

<sup>71</sup> "Acota, el Mensaje, que el logro de la igualdad competitiva requiere, además, la aprobación de normas de transparencia en la operación de la empresa que el proyecto de ley incluye en su articulado. Este factor debe permitir la fiscalización pública de su actividad y constituye una garantía que busca evitar los hechos acontecidos en el pasado reciente." (Informe de la Comisión de Transportes y Telecomunicaciones, Senado, Segundo Trámite P. 6.).

**"Durante la discusión de este artículo se suscitó un extenso debate en el que se hizo presente que los balances de las empresas comerciales privadas son revisados por sus accionistas. En el caso de Televisión Nacional de Chile no hay quien revise dichos balances, siendo esta la gran diferencia existente.**

En atención a lo anterior, y para solucionar esto, se propone que los balances sean informados por auditores externos y enviados a la Superintendencia de Valores y Seguros para su revisión y análisis.

La Comisión prefirió que fuera el organismo anteriormente señalado el que realizara este control de los balances y no la Contraloría General de la República ya que a Televisión Nacional de Chile se le está aplicando la normativa de las sociedades anónimas abiertas, y el organismo que tiene a cargo la fiscalización sobre dichas entidades es la Superintendencia de Valores y Seguros." Informe de la Comisión de Transportes y Telecomunicaciones, Senado, Segundo Trámite P. 60 y 61.

Queda sólo por examinar entonces si la específica información de remuneración de ciertos gerentes, los responsables de la dirección y administración superior de la empresa, que se exige de TVN, es una información de interés público que puede razonablemente encaminarse a producir probidad de una función pública. Ello nos obliga a examinar si las empresas del Estado creadas por Ley y particularmente si TVN cumple una función pública y si la publicidad de la remuneración de sus gerentes responsables de la dirección y administración superior de la empresa puede alcanzar el fin de probidad y demás que la publicidad produce.

---

“El señor OTERO.-

(...)Y el artículo 35 contempla una norma que no rige respecto de las sociedades anónimas abiertas, pero que sí tiene una influencia substancial, ya que impone una obligación a la Superintendencia en cuanto a la revisión de los estados financieros y balances. Señala:

"Todo informe de los auditores externos deberá ser enviado de inmediato a la Superintendencia de Valores y Seguros, para su revisión y análisis. Esta revisión se sujetará a los principios de auditoría generalmente aceptados para determinar la transparencia y los resultados operacionales y administrativos de una sociedad anónima abierta.

"El informe de la Superintendencia de Valores y Seguros deberá considerar el cumplimiento de la finalidad de la empresa, la regularidad de sus operaciones y señalar si existen o no responsabilidades de sus directivos o ejecutivos. Este informe deberá ser enviado a la Cámara de Diputados, al Ministro de Hacienda y al Ministro Secretario General de Gobierno, para los fines a que haya lugar."

Es decir, la Superintendencia no sólo se limitará a recibir los informes de auditoría externa que se le proporcionen al término de cada trimestre, y anualmente en el caso del balance, sino que deberá analizarlos y emitir, a su vez, un informe sobre ellos. Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 323<sup>a</sup>, Sesión 30<sup>a</sup>, en martes 7 de enero de 1992, Segundo Trámite Constitucional, se aprueba en general y particular, P. 40 y 41.

“La señora FELIÚ. (...)Se ha planteado reiteradamente en la Sala, y así lo señala la iniciativa, que se procura establecer una empresa que sea idéntica a las sociedades comerciales privadas. Tan así es que el artículo 31 del proyecto dispone que supletoriamente y a falta de normas sobre el particular, se aplicarán las reglas relativas a las sociedades anónimas abiertas; **sin embargo, ocurre que en esta sociedad comercial —entre comillas—, en verdad no hay un verdadero dueño que represente los intereses de la misma, no hay una contraparte, no existe la junta de accionistas que debe haber en las sociedades anónimas abiertas. Es decir, no se da la posibilidad de que los dueños de la empresa —que, en principio, son todos los chilenos— puedan hacer valer sus argumentaciones con relación a la administración de la misma.** (Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 323<sup>a</sup>, Sesión 30<sup>a</sup>, en martes 7 de enero de 1992, Segundo Trámite Constitucional, se aprueba en general y particular, P. 80; énfasis añadido).

TVN es una empresa pública creada por ley. Conforme a ello, y en base a los preceptos legales que ya hemos citado, contenidos en la Ley de Bases de la Administración del Estado, ha sido creada por ley, su objeto social no está determinado por convención, si no por una norma de derecho público; ese objeto, que constituye su quehacer, tiende a satisfacer una necesidad pública, que en el caso específico, el legislador identificó con valores como la integración social y la seguridad nacional; sus autoridades son designadas políticamente y su patrimonio es público, aunque no se confunda con el fisco. Ciertamente esto no hace que TVN tenga una naturaleza idéntica a la de un servicio público o que no goce de autonomía, pero la Ley N°20.285 tampoco la trata como uno más. Afirmamos sólo que sus rasgos la diferencian notablemente de otras empresas privadas, incluidas la de su competencia. Sobre todo, debe recordarse que la razón de ser y el quehacer de TVN tienden a la satisfacción de una necesidad pública que los particulares no podían satisfacer. Ello no puede ser de otra manera, ya que de lo contrario, ni siquiera el legislador podría haberla creado, conforme dispone nuestra Carta Fundamental, en el numeral 21 del artículo 19. Es por esta razón que un ente que desarrolla una actividad empresarial, que una entidad que no es un servicio público, que no ejerce potestades públicas, que una empresa que compite con entes privados, forma parte de la Administración del Estado y está sujeta a varias obligaciones distintas a la de su competencia, incluyendo especiales deberes de publicidad y probidad.

Es en razón de todos estos factores y otros varios que se siguen de ellos que las empresas públicas creadas por ley no son iguales a las empresas privadas, aunque compitan con ellas y es en razón de esas diferencias que resulta razonable que el legislador las someta a deberes de publicidad especiales y distintos a las empresas privadas. En efecto, y como hemos ya señalado, existe un justificado interés público en que las empresas alcancen efectivamente los objetivos para los que, por ley, fueron creadas. Es lógico sostener que esas finalidades sólo pueden alcanzarse en la medida que la administración de la empresa, incluyendo la administración de su patrimonio, como ha reconocido la Contraloría, se efectúe con estricta sujeción al principio de probidad. Tal como hemos ya argumentado también, el legislador ha entendido que la publicidad es un modo adicional al de los controles internos y externos por agencias especializadas. Por esa

razón resulta justificado que las empresas públicas, como es el caso de TVN queden sujetas a deberes especiales con respecto a la de sus competidores privados que no perciben fines públicos y sólo arriesgan patrimonios privados.

Hasta donde lleguen estos deberes especiales de publicidad es una cuestión que, dentro de los límites de lo razonable, corresponde fijar al legislador. En algún minuto, anterior al de la dictación de la Ley N°20.285, el legislador estableció para TVN unos deberes de publicidad que eran bastante parecidos al de los de una sociedad anónima abierta. Digo bastante parecidos y no iguales, pues como ya hemos esbozado la auditoría interna a que quedó sometida TVN por su ley orgánica y el deber de envío de estos antecedentes a la Superintendencia de Valores y Seguros y a la Cámara de Diputados era ya diverso al de una sociedad anónima abierta.<sup>72</sup> Por otra parte, y como se ha ya destacado ese régimen tampoco era idéntico al de las sociedades anónimas abiertas, pues en estas existen accionistas que TVN no tiene, facultados por ley para revisar libros y actas con antelación a las juntas ordinarias de accionistas. Por último, ese régimen tampoco era idéntico al de su competencia, toda vez que las empresas concesionarias de canales de televisión no son sociedades anónimas abiertas. Por ende TVN siempre tuvo, aún antes de la dictación del artículo décimo de la Ley N°20.285, un régimen legal de publicidad distinto al de su competencia. A partir de la dictación de este cuerpo legal TVN ha variado levemente sus obligaciones de publicidad; al igual como lo han hecho todos los entes públicos y todos los que pertenecen a la Administración del Estado, según la naturaleza de cada uno. Estas obligaciones han surgido de la razonable convicción del legislador en el sentido de que todos los entes públicos requerían de mayor transparencia para garantizar la probidad, cálculo por entero razonable, que cabe dentro de las facultades propias del legislador.

La específica fórmula que ahora se ha impugnado, cual es la obligación de publicitar la remuneración de los gerentes de TVN responsables de la dirección y administración superior de la empresa queda enteramente dentro de los cálculos de mérito de un legislador.

---

<sup>72</sup> Estas obligaciones especiales de auditoría interna y remisión de datos se encuentran contempladas de los artículos 24 y 34 de la ley 19.132



La contraprestación de un gerente, máxime cuando la obligación de publicitar las rentas se ha limitado sólo a aquellos responsables de la dirección y administración superior de la empresa es, sin lugar a dudas una de las decisiones relevantes de administración de una empresa. Si existe interés público por la buena marcha y administración de estas empresas, incluida la administración de su patrimonio, el que no se satisface con la mera designación de sus directivos, parece razonable que el legislador en aras de la probidad, exija a esas empresas públicas detallar la remuneración de sus gerentes responsables de la dirección y administración superior de la empresa. Si debió hacerlo exigiendo tan sólo la cuantía global de pago a los gerentes responsables de la dirección y administración superior de la empresa, como propuso el Ejecutivo y defendió el Ministro Viera Gallo o si, como lo hizo el artículo décimo finalmente aprobado, se exige la publicidad de la renta específica de cada gerente responsable de la dirección y administración superior de la empresa, es una cuestión de mérito que corresponde a la competencia exclusiva del legislador.

Tampoco las obligaciones de publicidad de TVN son iguales a las de un Ministerio, Intendencia u otros de los órganos con que conforman la Administración del Estado. La Ley 20.285 ha establecido obligaciones de publicidad diferenciadas para la generalidad de los órganos de la Administración del Estado, para las diversas clases de órganos independientes regulados en la Carta Fundamental y para las empresas del Estado creadas por ley. Éstas últimas forman parte de la Administración del Estado, por lo que también sería pertinente hacer un paralelo de igualdad de trato entre unas y otras, así como en el juicio se discute uno a partir de compararlas con empresas privadas. Las empresas del Estado creadas por ley tienen diferencias con las empresas privadas y con los restantes órganos públicos, incluidos aquellos con que se integra para formar parte de la Administración del Estado. Todos los entes públicos han sido obligados a publicitar información, incluidas las remuneraciones, en general de todo su personal. Las empresas públicas han quedado sujetas a igual obligación, aunque con un carácter menos extensivo. El legislador ha considerado sus diferencias y, en una lógica que supera cualquier examen de racionalidad, las ha obligado a publicitar separadamente las remuneraciones hasta el nivel de sus gerentes responsables de la dirección y administración superior de la empresa.

Puede discutirse el mérito político de esa obligación, pero no tacharla que carece de razonabilidad.

En verdad, y por el contrario, el juicio de adecuación lleva a concluir que la norma del artículo décimo impugnado no hace sino precisar el alcance del **deber constitucional de publicidad que alcanza a todos los actos y resoluciones de los órganos del Estado**. TVN en particular y las empresas del Estado creadas por ley, son órganos que componen la Administración del Estado, según dispone expresamente el inciso segundo del artículo 1° de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado. A su vez, la determinación de la cuantía y el pago de remuneraciones es una resolución tomada por estos órganos públicos que es relevante en la administración de su patrimonio, cuestión en la que existe un legítimo interés público comprometido, como ha declarado la ley y reconocido reiterada jurisprudencia judicial y administrativa. En consecuencia, parecen haber buenas razones para estimar que la exigencia establecida en el artículo décimo era un deber del legislador. Al menos, debe concluirse necesariamente que se encuentra dentro del abanico de su legítima discreción política, por satisfacer con creces criterios de razonabilidad.

**5. Enunciación y examen de un quinto requisito: para ser razonable, la diferencia debe pasar un examen de proporcionalidad en sentido estricto, considerando la finalidad de la ley, el caso concreto y los costos que se imponen a aquel que recibe el trato diverso, los que deben resultar tolerables.**

**a) Enunciación de la exigencia conforme al entendimiento que de ella ha hecho el TC.**

El Tribunal Constitucional, siguiendo también en esto una tendencia prácticamente universal, a partir de la sistematización hecha por Alexy de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, ha enunciado y aplicado el llamado juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Generalmente se explica éste como un ejercicio de ponderación entre los principios o bienes en juego, a objeto de evitar que, en procura de alcanzar objetivos lícitos, el legislador dañe

desproporcionadamente otros bienes igualmente valiosos desde el punto de vista constitucional. El examen -reitera siempre la doctrina y la jurisprudencia- debe hacerse no respecto del peso de los bienes en abstracto, si no considerando específicamente en el caso concreto, las probabilidades y magnitudes del daño y de los concretos beneficios previsibles con la medida legal en análisis.

De ese modo lo ha enunciado también el Tribunal Constitucional chileno en un número significativo de fallos entre el 2006 y la fecha. Así, lo deja patente el considerando 17° de la sentencia de 14 de septiembre de 2010, dictada en la causa Rol 1414, al referir 4 fallos anteriores y reiterar, particularmente en las expresiones que hemos ennegrecido, con el objeto de destacarlas:

*“Que, en otras palabras, como también lo ha hecho presente esta Magistratura (roles N°s 755, 790, 1138 y 1140), la igualdad ante la ley supone analizar si la diferenciación legislativa obedece a fines objetivos y constitucionalmente válidos. De este modo, resulta sustancial efectuar un examen de racionalidad de la distinción; **a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas, la finalidad de la ley y los derechos afectados;**”*

Como puede apreciarse de la frase destacada, para el Tribunal Constitucional chileno, al igual que lo anunciado, entiende que el juicio de proporcionalidad debe necesariamente sopesar los fines de la norma con los derechos afectados en la específica situación fáctica que se analiza.

Para el Tribunal Constitucional no es una exigencia que los beneficios sean claramente más que los daños, sino que el estándar es menor. Sólo **se trata de verificar que los daños no sean abierta o manifiestamente desproporcionados a los bienes susceptibles de esperar de la medida**. Sólo si verifica esa abierta desmesura entre los beneficios y los daños previsibles, la diferencia debiera ser calificada de arbitraria o carente de razonabilidad. A partir de una cita de un fallo del TC español, el estándar ha sido enunciado por el TC chileno como una exigencia de evitar resultados **“especialmente gravosos o desmedidos”**. Así, por ejemplo, en el considerando 20° de la sentencia de 17 de junio de 2010, causa Rol 1584:

***“VIGÉSIMO:** Que, precisamente en este sentido, el Tribunal Constitucional de España ha señalado, específicamente, que “para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distorsión sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, **de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que produce y el fin pretendido por el legislador supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos**”. (Sentencias 76/1990 y 253/2004);. (Énfasis añadido).*

La misma idea de un estándar laxo o de abierta desmesura se expresó en términos de prohibir lo **“abiertamente desproporcional”**. Así, en la sentencia de 11 de diciembre de 2007, causa Rol 790, citando un fallo de la Corte Suprema de México, el TC chileno señaló que **“el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional, de manera que el juzgador debe determinar si la distinción legislativa se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse proporcionales, habida cuenta de la situación de hecho, la finalidad de la ley y los bienes y derechos constitucionales afectados por ella ....”** . La satisfacción del requisito a través de que éste no resulte **“abiertamente desproporcionado”**, figura también en el considerando 27° de igual fallo.

En otros fallos, la misma noción se ha expresado diciendo que el juicio de proporcionalidad exige que la distinción que hacen los preceptos legales sean “tolerables para el destinatario.”<sup>73</sup> En la causa Rol 1365 el Tribunal se satisfizo con que el gravamen (de someterse a un registro de ADN) fuera también en beneficio del propio condenado para estimar que el daño resultaba tolerable. Por su parte, la sentencia de 3 de marzo de 2010, causa Rol 1298, juzgó que el gravamen de hacer perder su derecho de propiedad al poseedor inscrito en una prescripción adquisitiva especial de corto tiempo

---

<sup>73</sup> Considerandos 35 y 37 de la sentencia Rol 1535, reiterado en el considerando 34 de la sentencia Rol 1365, de 8 de abril de 2010.

resultaba proporcional ante la expectativa de los beneficios esperables del más rápido saneamiento de los títulos de propiedad.<sup>74</sup> De igual modo, se consideró tolerable y no desmedido el instrumento de obligar a los abogados a servir, aunque no gratuitamente, turnos obligatorios para asegurar el derecho a defensa.<sup>75</sup> De igual modo, se han considerado proporcionales las mayores penas impuestas a los responsables de delitos según el daño que estos acarrearán o los bienes jurídicos que protegen, todo ello con el fin de prevenir o abatir la actividad delictual. Asimismo, el TC justificó como proporcionado privar a los demandados de deudas previsionales de ciertas excepciones ante el beneficio esperado de garantizar su pago.<sup>76</sup> En ninguno de los casos citados el Tribunal ha exigido pruebas definitivas que lo convenzan más allá de toda duda razonable de que el fin se va a alcanzar o certeza de que los fines buscados vayan a producirse, satisfaciéndose con un juicio de razonable probabilidad en la apuesta legislativa.

**Que el estándar sea sólo para prohibir casos de especial desmesura entre beneficios y daños probables y que no se exija certeza en el logro de los objetivos que justifican el daño o que se permita al legislador escoger *entre un abanico de medios que no resulten "abiertamente desproporcionales"* se explica** por cuanto el juicio de constitucionalidad que aplica el TC chileno es una de razonabilidad y no de méritos o de sustitución del legislador. Como ya se ha citado, al juicio de inaplicabilidad por inconstitucionalidad: *"no le corresponde sustituir el juicio propio del legislador ni juzgar la sabiduría o mérito de los instrumentos que emplea, incluso si ellos conllevan diferencias, a condición de que*

---

<sup>74</sup> Ver especialmente el considerando 75° de la sentencia referida en el texto.

<sup>75</sup> Causas Roles 755, 1138, 1140 y 1254. Ver especialmente considerando 46 del primero de los fallos citados, el que se repite en los siguientes.

<sup>76</sup> Sentencia de 8 de enero de 2008, causa Rol 977. El juicio de proporcionalidad se razona en el considerando 19°: *"Debe concluirse también que la diferencia persigue un fin lícito, como es la seguridad en el pago de cotizaciones de seguridad social adeudadas y la celeridad de su cobro procesal, lo que se justifica en las peculiares finalidades y características que debe atribuirse a estas cotizaciones en el ordenamiento jurídico chileno. En ese sentido, el carácter gravoso que pueda significar para el demandado el hecho de no contar, en este tipo de juicios, con la respectiva excepción de ineptitud del libelo, resulta proporcionado a tales finalidades.*

*estos instrumentos diferenciadores se presenten como razonablemente idóneos para alcanzar fines constitucionalmente lícitos y se dé la proporcionalidad (...)* <sup>77</sup>

**b) Examen de la satisfacción de este requerimiento en los efectos que produciría la norma legal cuestionada en el caso en concreto.**

Estimamos demostrado ya en este informe que la finalidad de la norma que, en el caso concreto, obliga a TVN a publicitar la remuneración de sus gerentes responsables de la dirección y administración superior de la empresa persigue una finalidad de probidad, a través de la transparencia de una información de interés público, de sujeción de las actividades públicas y particularmente de administración patrimonial, al escrutinio ciudadano, que es propio de una república democrática y de permitir el acceso a información pública, que es consustancial a la libertad de expresión.

La justificación de la especial exigencia de publicidad de una empresa pública, diversa a las de su competencia privada aparece bien expuesta por el Senador Larraín, coautor de la Moción que dio origen a la Ley 20.285, que nos ha ocupado, quien, como ya se ha consignado, en la sesión del Senado de 4 de Octubre de 2005, expresó: ***“Es una exigencia mayor; porque si bien deben aplicarse, en lo posible, las disposiciones que rigen a las sociedades anónimas, el principio subyacente en esta materia es que a las empresas públicas les cabe una responsabilidad distinta, por tratarse de entidades pertenecientes a todos los chilenos, quienes, en consecuencia, tienen el derecho preferente a saber qué ocurre en su interior.”*** (Énfasis añadido).

Si ya nos hemos ocupado largamente de los beneficios de la norma ¿Cuál es el daño o gravamen a que somete al obligado? Se ha sostenido en el juicio –y por ello se impugna la norma- que la publicidad de esa información colocaría al obligado en una situación de desventaja para competir con el resto de las estaciones televisivas. El argumento sostiene que esta desventaja consistiría en

---

<sup>77</sup> Considerando 21 de la sentencia Rol 829, reiterado en el considerando 32 de la sentencia de 8 de abril de 2010, Rol 1365.

que quien compite exhibiendo sus remuneraciones estaría más expuesto a que su personal, en este caso sus gerentes, fueran atraídos por los canales de la competencia o *levantados de sus puestos*. El daño consistiría entonces en una competencia desigual. Para poder sostener el argumento, resulta indispensable afirmar que quien oculta las remuneraciones de sus gerentes está menos expuesto a que éstos sean atraídos por la competencia, mientras que quien publicita sus sueldos está más expuesto a ello.

Para poder juzgar la veracidad de este argumento, resulta necesario apreciar la magnitud y probabilidad de ocurrencia del daño alegado, lo que naturalmente excede de los límites de este informe. Desde luego, resulta difícil hacerlo en condiciones que en el proceso no existe ni se ha aportado antecedente alguno que permita acreditar su verosimilitud o siquiera que los niveles de remuneración de un gerente de un canal resulte desconocido para las autoridades de otro.

Desde el punto de vista personal y no de apreciación jurídica, juzgo la alegación del daño como contra intuitiva, pues para atraer a un gerente o profesional lo primero que una empresa hace es sondear su interés en trasladarse y en esas tratativas preliminares típicamente se conversará acerca de la remuneración con la cual el profesional estaría dispuesto a cambiarse a la competencia. De hecho, muchos profesionales cuyas remuneraciones no son públicas ni están exigidos por la ley, se cambian de un canal a otro. Estos traslados son particularmente frecuentes al variar la propiedad o la línea programática en los canales. El reciente cambio de profesionales desde TVN a Canal 13, que ha mudado de propiedad, ha generado atención pública, con entrevistas, polémicas y recriminaciones. El abogado que escribe este informe las ha procurado seguir con curiosidad e interés, y en todas ellas ha detectado que los actores y analistas las imputan al cambio de propiedad y dirección en el Canal 13, mientras ninguno menciona el conocimiento o desconocimiento acerca del nivel de sueldos como un factor relevante.

En verdad parece difícil sostener que el país, cuyo beneficio o perjuicio es el que finalmente debe considerarse en un caso en que un ente público creado por ley para cumplir una función social, alega

daño, se vea negativamente afectado por el hecho que se conozcan las remuneraciones de los gerentes del canal público de televisión.

Volviendo a un plano que excluye la apreciación personal, debe anotarse que existen empresas públicas que sí informan acerca de la remuneración de sus gerentes. Tal es el caso de “Casa de Moneda de Chile S.A.”; la que, al igual que TVN, ha sido creada por ley, y al igual que ésta, compite con privados en varios rubros, como lo son la confección de galvanos y medallas sin que éste informante esté en antecedentes, los que ha procurado rastrear, de estar padeciendo desventajas por el hecho de haber transparentado la remuneración de sus gerentes.<sup>78</sup>

En un sentido análogo, debe anotarse que las sociedades anónimas abiertas deben publicitar en sus memorias, la remuneración que perciben sus directores y globalmente las de sus gerentes, lo que debe consignarse, además en sus páginas web, si cuentan con una.<sup>79</sup> En las más diversas áreas de producción y servicios, estas sociedades anónimas abiertas compiten con otras que no publicitan estos datos, por estar ellas constituidas como sociedades anónimas cerradas, de responsabilidad limitada u otras. Hasta donde llega el conocimiento de este abogado informante, la literatura no registra ésta como una particular desventaja de las sociedades anónimas abiertas.

En el caso de las sociedades anónimas abiertas, el legislador ha establecido modos acordes a su naturaleza para asegurar el derecho de sus accionistas a conocer los más diversos actos que ellas realizan. Así, además de determinar que sus memorias incluyan toda remuneración de los directores, a lo que la Superintendencia ha agregado la necesidad de publicitar el monto global pagado a sus gerentes (que es la norma a la que TVN busca asemejarse), en el caso de esas sociedades, la ley ha concedido a los accionistas, en ciertos períodos, el derecho de revisar sus libros. En consecuencia, en

---

<sup>78</sup> La remuneración de cada gerente de Casa de Moneda de Chile S.A. puede consultarse en su página web: [http://www.cmoneda.cl/GobiernoTransparente/dotacion\\_por\\_area.htm](http://www.cmoneda.cl/GobiernoTransparente/dotacion_por_area.htm)

<sup>79</sup> Así lo establecen los artículos 33 y 54 de la Ley 18.046, complementada por la norma N° 283 de la Superintendencia de 2010.



la medida que una sociedad anónima abierta acuerde la remuneración de sus gerentes en sesión de Directorio y esas actas no hayan sido declaradas secretas, cualquier accionista podrá acceder al conocimiento de este antecedente.<sup>80</sup> En el caso de una empresa pública creada por ley, no cabría emplear un método análogo, pues no tiene accionistas, pero sí los ciudadanos tienen un análogo y legítimo interés en la administración, incluyendo la del patrimonio, de una empresa pública que la que tienen los accionistas en una sociedad anónima abierta, queda de manifiesto la lógica y proporcionalidad de la fórmula legislativa.<sup>81</sup>

De hecho, y lo que es aún más claro y decisivo, TVN no compite con sociedades anónimas abiertas. Al menos no lo son ni Megavisión, ni Chilevisión, ni –por ahora- Canal 13; por lo que la pretensión de regirla sólo por las reglas de publicidad de su ley orgánica y no por

---

<sup>80</sup> La norma sobre secreto se encuentra contenida en el artículo 54 de la Ley de Sociedades Anónimas y dispone: "No obstante lo dispuesto en los incisos anteriores, con la aprobación de las tres cuartas partes de los directores en ejercicio, podrá darse el carácter de reservado a ciertos documentos que se refieren a negociaciones aún pendientes que al conocerse pudieran perjudicar el interés social." Por su parte, el artículo 43 de la misma Ley obliga a los directores a guardar reserva respecto de los negocios de la sociedad y de la información social a que tengan acceso en razón de su cargo y que no haya sido divulgada oficialmente por la compañía.

<sup>81</sup> Así, por ejemplo, el artículo 54 de la Ley de Sociedades Anónimas permite a los accionistas no sólo revisar la memoria y balance, si no todos los libros de la sociedad: "**Art. 54.** *La memoria, balance, inventario, actas, libros y los informes de los auditores externos y, en su caso, de los inspectores de cuentas, quedarán a disposición de los accionistas para su examen en la oficina de la administración de la sociedad, durante los quince días anteriores a la fecha señalada para la junta de accionistas. Los accionistas sólo podrán examinar dichos documentos en el término señalado.*

*Durante el período indicado en el inciso anterior, estos accionistas tendrán el derecho de examinar iguales antecedentes de las sociedades filiales, en la forma, plazo y condiciones que señale el Reglamento.*

*No obstante lo dispuesto en los incisos anteriores, con la aprobación de las tres cuartas partes de los directores en ejercicio, podrá darse el carácter de reservado a ciertos documentos que se refieran a negociaciones aún pendientes que al conocerse pudieran perjudicar el interés social. Los directores que dolosa o culpablemente concurren con su voto favorable a la declaración de reserva, responderán solidariamente de los perjuicios que ocasionaren.*

*En el caso de las sociedades anónimas abiertas, la memoria, el informe de los auditores externos y los estados financieros auditados de la sociedad, deberán ponerse a disposición de los accionistas en el sitio en Internet de las sociedades que dispongan de tales medios."*

las posteriores de la Ley 20.285, tampoco la dejaría en un plano de igualdad con su competencia.

Enseguida, debe considerarse que TVN, por ser una empresa pública, ha gozado y goza de algunas ventajas que su competencia no tiene. Desde luego, su capital inicial provino de otra empresa del Estado y, conforme lo establece el artículo 7° transitorio de la Ley 19.132, se sirve de bienes públicos. Durante el debate de esa Ley, algunos parlamentarios hicieron ver otras ventajas comparativas de un canal público.<sup>82</sup>

La conclusión que se sigue del análisis anterior es que los beneficios de la publicidad resultan ciertos o a lo menos altamente probables y de importante magnitud, mientras los costos no aparecen más que como una afirmación con débil sustento. A todo evento, lo que resulta evidente es que no aparecen antecedentes en el proceso para estimar que, con la aplicación de la norma, TVN vaya a sufrir un daño que resulte manifiestamente desproporcionado a los beneficios que la legislación representa para los fines de consolidar una república democrática, ensanchar los márgenes de la libertad de

---

<sup>82</sup> *"El Sr. Alessandri. (...) Es indudable que un canal estatal, por mucho que se establezca un régimen especial e independiente del Gobierno de turno, compite en forma desleal con los demás canales, no porque lo haga conscientemente ni a sabiendas, sino porque su situación de privilegio le confiere una condición distinta, mejorada, de la que no disfrutaban los demás. Es así como, naturalmente, tiene más acceso que otros a fuentes de financiamiento y a propaganda de las empresas estatales, que tenderán a beneficiarlo. Y tiene el privilegio de no quebrar nunca, porque tal como ha sucedido en el pasado, cuando falta plata, el Fisco echa mano al bolsillo y soluciona el problema. En cambio, si a los canales privados les va mal, pueden ser declarados en quiebra, con el consiguiente perjuicio para sus concesionarios.*

*Pero hay otras condiciones de desigualdad que le son favorables. Las instalaciones de Televisión Nacional las pagamos todos los chilenos, y no creo que la empresa destine nada a amortización de equipos, a diferencia de los nuevos canales, que han debido gastar enormes sumas, primero, en adjudicarse las respectivas frecuencias, y, en seguida, en efectuar las instalaciones respectivas.*

*El Canal 7 llega a todas partes de Chile, porque el Estado así lo dispuso y así lo financió con fondos públicos. ¿Cuánto tiempo se demoró el Canal 13 en cubrir todo el territorio nacional, por no contar con ese cómodo financiamiento? ¿Y cuánto le costará a Megavisión o a las otras redes ponerse a la par de ellos?" (Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 323ª, Sesión 30ª, en martes 7 de enero de 1992, Segundo Trámite Constitucional, se aprueba en general y particular, P. 65 y 66).*

expresión y, particularmente, asegurar la probidad de funciones públicas.

La Ley 20.285 ha obligado a todos los entes públicos a sujetarse a la transparencia activa. Sus obligaciones son diversas, según sus distintas clases. Todos, incluidos los órganos independientes han quedado sujetos a la transparencia activa, ya que el artículo 8° los obliga a todos. Todos deben publicitar las remuneraciones, en general, de todo su personal. Las empresas públicas han quedado sujetas a igual obligación, aunque con un carácter menos extensivo que los restantes órganos con que conforman la Administración del Estado. El legislador ha considerado sus diferencias y, en una lógica que supera con creces la racionalidad de obligaciones proporcionales, les ha exigido publicitar desagregadamente las remuneraciones hasta el nivel de sus gerentes responsables de su administración y dirección superior. Puede discutirse el mérito político de esa distinción, pero no tacharla de irracional.

#### **D. Conclusiones de este apartado.**

La norma contenida en el artículo décimo, letra h) de la Ley N° 20.285, en cuanto se aplique a la gestión pendiente, producirá para TVN una obligación de publicitar la remuneración de cada uno de sus gerentes responsables de su administración y dirección superior, a la que no quedan sujetas las empresas que compiten con ella en el rubro televisivo.

La Constitución no prohíbe al legislador hacer diferencias, si no que le impide que ellas sean arbitrarias, lo que debe entenderse como carentes de razonabilidad.

La específica diferencia que analizamos, producida por la norma legal impugnada, satisface plenamente los requisitos de fundarse en antecedentes fácticos objetivos y relevantes que se aprecian manifiestamente entre las empresas privadas y las del Estado, establecidas por ley, particularmente al comparar los fines y estatutos jurídicos de cada una de esas dos categorías de empresas. La Ley N° 20.285 ha establecido obligaciones de publicidad diferenciadas para la generalidad de los órganos de la Administración

del Estado, para las diversas clases de órganos independientes regulados en la Carta Fundamental y para las empresas del Estado creadas por ley. Aunque estas últimas forman parte de la Administración del Estado, han quedado sujetas a obligaciones menos intrusivas que aquellas y menos extensivas incluso que la de los órganos constitucionales independientes.

Es tan manifiesta la diferencia entre empresas privadas y públicas creadas por ley, que, para sostener la obligación de igual trato en materia de transparencia habría no sólo que desconocer normas de derecho público, que configuran la diversa naturaleza de éstas, si no también ignorar las de derecho privado, particularmente las que otorgan facultades de revisión y fiscalización a los accionistas minoritarios en las sociedades anónimas abiertas. Por último, tampoco se daría a TVN un trato igual al de su competencia si se le aplicaran sólo las normas de publicidad contenidas en su Ley Orgánica, pues aunque se estimara que ellas son similares a las que rigen para una sociedad anónima abierta, su competencia no se ha organizado estatutariamente de ese modo, por lo que no se encuentra tampoco obligada a la publicidad propia de las sociedades anónimas abiertas.

La diferencia que analizamos, contenida en la letra h) del artículo décimo de la Ley de Acceso a la Información, persigue manifiestamente el objetivo de la probidad que se obtiene por la publicidad de la información. La publicidad es también un componente esencial en una república democrática y en el goce de la libertad de expresión. Esos fines no sólo son constitucionalmente válidos o lícitos, si no debidos.

La concreta diferencia hecha por el legislador satisface con creces el requisito de ser un medio idóneo y necesario para alcanzar los fines constitucionalmente debidos, desde que existe una ligazón de causa a efecto que resulta lógica, a partir de las máximas de la experiencia, entre la publicidad de los asuntos públicos y la probidad y entre aquella y la consolidación del principio republicano y el ejercicio de la libertad de expresión. Que TVN persiga fines y realice una función pública resulta manifiesto del análisis de su ley orgánica. La propia Carta Fundamental vincula el fin de la probidad con el instrumento de la publicidad, mientras el Tribunal Constitucional ha

ligado, y con razón a la publicidad como un medio para favorecer el carácter republicano de la democracia chilena y el ejercicio de la libertad de expresión. En consecuencia, el legislador no ha hecho sino ejercer un margen de discreción razonable al concretar la obligación establecida en el inciso segundo del artículo 8° de la Carta Fundamental en las empresas del Estado creadas por ley –cuyo es el caso de TVN- a través de lo dispuesto en el artículo décimo de la Ley N° 20.285.

La probabilidad del daño que se alega resulta contra intuitiva, no se ha acreditado y resulta desmentida por casos análogos. En este sentido, no resulta posible convencer que la diferencia resulte manifiestamente desproporcionada, que es el estándar aplicado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

De ese modo, la diferencia legal en análisis producirá, en caso de aplicarse, efectos que pasan con creces cada uno de los test en que se descompone el de la razonabilidad. Puede discutirse el mérito político o la sabiduría de haber establecido una obligación que sólo afecta a las empresas públicas creadas por ley y no a aquellas del sector privado que compiten con ellas; pero no es posible tachar esa norma de arbitraria o sostener que carece de razonabilidad.

#### **IV. Análisis de la eventual infracción a lo dispuesto en el numeral 21 del artículo 19 de la Carta Fundamental.**

##### **A. Presentación y orden de este capítulo.**

Corresponde ahora analizar si la aplicación de lo dispuesto en la letra h) del artículo décimo de la Ley N° 20.285 resultaría, en caso de aplicarse a la gestión pendiente, contrario a lo dispuesto en el numeral 21 del artículo 19 de la Carta Fundamental. En su requerimiento, TVN ha sostenido que en caso de aplicarse en la gestión pendiente, el precepto, en cuanto obliga a publicitar las remuneraciones percibidas en el año por cada gerente de esa estación televisiva, infringiría lo dispuesto en el inciso segundo del numeral 21 del artículo 19 de la Carta Fundamental. A juicio de TVN esa infracción se verificaría por cuanto esa empresa del Estado quedaría compitiendo de una manera desfavorable con las restantes estaciones televisivas, que resultan ser privadas, infringiendo la norma constitucional invocada que garantiza participar en iguales condiciones de otras empresas del rubro.

En el presente capítulo analizaremos, en primer lugar, si a la norma constitucional que se invoca puede atribuírsele el sentido de impedir establecer condiciones competitivas desfavorables a una empresa estatal, o si, en cambio, su sentido es sólo el de proteger a los privados que emprenden actividades económicas de competencia desleal por parte de empresas públicas. Ello nos tomará el apartado B que sigue. Por su parte, la letra C concederá, para efectos de argumentación la posibilidad de que el inciso constitucional en cuestión pudiera ser invocado por una empresa estatal que se estima desfavorecida, para así revisar si se cumplen los requisitos que la regla constitucional contempla para que el legislador pueda establecer legítimamente un trato diferenciado. Por último, la letra D contendrá las conclusiones generales de este capítulo.

**B. No cabe invocar la disposición constitucional del artículo 19 N° 21 en favor del Estado y contra el derecho de las personas.**

Tal como ha quedado anunciado, este apartado analizará si un precepto legal, como es el caso del artículo décimo letra h) de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, en cuanto establece un deber especial y superior a una empresa pública creada por ley, como es el caso de TVN, es capaz de infringir la regla constitucional contenida en el inciso segundo del numeral 21 del artículo 19.

Como se sabe, el inciso primero del precepto constitucional invocado como infringido asegura a todas las personas el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, en la medida en que se respeten las normas legales que la regulen. Por su parte, el inciso segundo de esa disposición prescribe literalmente:

*“El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado.”*

Como no se trata de examinar en abstracto si el contenido del artículo décimo, letra h) de la Ley N°20.285 infringe lo dispuesto en la norma constitucional recién transcrita, cuestión que ya fue hecha por lo demás por el Tribunal Constitucional en la sentencia de fecha 10 de julio de 2008, rol 1051; sino de examinar si la aplicación del precepto legal en la gestión pendiente es capaz de producir efectos contrarios a la Constitución, debemos destacar que, en caso de aplicarse, la norma concretamente obligaría a TVN a publicitar la remuneración de sus gerentes, lo que no es exigible a las empresas que compiten con ella en el espectro televisivo.

En consecuencia, lo que debemos examinar es si el artículo 19, N°21, inciso segundo establece o no una prohibición de diferenciar en contra de una empresa pública o si, por el contrario, sólo garantiza a los privados que aquellas empresas públicas que compitan en el

mercado no puedan hacerlo con ventajas especiales, salvo las excepciones expresamente establecidas por el legislador con quórum calificado y por causa justificada.

**1. El sentido literal y lógico del precepto constitucional es claro: en el no se establece una garantía a las empresas públicas, sino a los privados. La tesis contraria lleva además a resultados manifiestamente absurdos.**

La Constitución Política, en su Capítulo III, no asegura derechos al poder público en contra de las personas; sino que asegura a todas las personas, derechos en su convivencia social y particularmente para que puedan invocarlos en contra del Estado.

Ese ha sido el sentido primigenio de todos los estatutos constitucionales que ha conocido la humanidad en sistemas democráticos. Como señala el inciso segundo del artículo 5° de nuestra Carta Fundamental, los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humano son precisamente un límite al ejercicio de la soberanía. Si bien la Carta Fundamental regula al poder público, al garantizar derechos fundamentales lo hace a favor de las personas. Ni los órganos del Estado ni los entes públicos que forman parte de su Administración, cuyo es el caso de las empresas públicas creadas por ley, como TVN, son los titulares de los derechos y deberes constitucionales. Por el contrario, y como también dispone ese inciso del artículo 5° los entes públicos tienen esencialmente el deber de respetar y promover tales derechos.

Excede los límites del presente estudio determinar si nunca un ente público puede invocar en su favor una garantía constitucional en contra de los privados. Bástenos afirmar que, si bien la doctrina constitucional y la jurisprudencia chilena y comparada han avanzado hasta determinar el efecto horizontal de los derechos fundamentales, en el sentido de obligar a los particulares a respetarlos a favor de otros particulares, resulta extraño a todo el sentido de los derechos fundamentales que pueda invocárseles por una empresa pública que pertenece a la Administración del Estado, en contra del derecho constitucional de los privados a la publicidad.



La doctrina constitucional tiende a uniformarse en la tesis de sostener que los derechos constitucionales no pueden, por regla general, ser invocados por personas jurídicas de derecho público. Así lo sostiene don Alejandro Silva Bascuñán en su Tratado de Derecho Constitucional<sup>83</sup>. Humberto Nogueira, por su parte, refiriéndose a la titularidad de los derechos fundamentales de los poderes públicos u organismos del Estado sostiene que “parece indiscutible que los derechos esenciales son derechos que tienen a la persona como sujeto activo y al Estado como sujeto pasivo, en la medida que reconocen y protegen ámbitos de libertad o prestaciones que los poderes públicos deben otorgar o facilitar a los individuos o cuerpos intermedios.” Como excepciones a ese principio el autor menciona el derecho de la administración a una tutela judicial efectiva y, entre otros el de las corporaciones públicas como Televisión Nacional, para reivindicar la libertad de información.<sup>84</sup> Quien más extensamente ha tratado este tema es el profesor Eduardo Aldunate en un artículo publicado en la Universidad de Talca el año 2003, bajo el título “La titularidad de los derechos fundamentales”. Resumiendo su tesis en su libro “Derechos Fundamentales”, este autor sostiene que las personas jurídicas no son en principio titulares de derechos fundamentales, lo que, a su juicio, resultaría incompatible con el Estado de derecho, contrario a una interpretación sistémica de la Constitución y objetable desde el punto de vista del principio de

---

<sup>83</sup> “Por lo dicho, a nuestro parecer, la mención a las personas del encabezamiento en el art. 19 no alude de lleno e indiscriminadamente en su totalidad a las personas jurídicas; las de derecho público no provienen directamente de la realidad social, sino del propio ordenamiento jurídico que las crea y, respecto de las privadas, del ejercicio del derecho de asociación; sería, no obstante, vulnerado éste si, siendo necesario su reconocimiento como persona jurídica para el cumplimiento de los fines lícitos de una corporación o fundación, no pudiera organizarse con tal beneficio; se registraría, en tal hipótesis, según correspondiera, una carencia del legislador o un atropello de la autoridad administrativa.”. (Tratado de Derecho Constitucional. De los derechos y deberes constitucionales. Tomo XI. Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, febrero de 2006, página 31).

<sup>84</sup> Humberto Nogueira Alcalá: “Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales”. CECOCH, 2007, Tomo I, páginas 48 y 49.

juridicidad; aunque por excepción, admite puedan serle aplicables a algunos de ellos.<sup>85</sup>

---

<sup>85</sup> “El carácter excepcional del reconocimiento de la titularidad de los derechos fundamentales para personas jurídicas conduce a la conclusión de que, en principio, ellas no son titulares de derechos fundamentales, y que este reconocimiento se hace simplemente por razones instrumentales. De paso, se abre la discusión sobre el carácter de los derechos que, se sostiene, son aplicables a las personas jurídicas, ya que, en principio, esta afirmación es indicativa de que dichos derechos no se vinculan de manera necesaria a la sustancia de la individualidad humana.

Sin embargo, con lo dicho anteriormente no queda resuelta la cuestión de la titularidad iusfundamental de personas jurídicas de derecho público que ejercen potestades públicas. Resulta incompatible con el Estado de Derecho otorgar al Estado la posibilidad de atribuirse, a través de sus mismos órganos (v.g.: jurisdiccionales), facultades o ámbitos de protección que reconoce como innatos o consustanciales a los individuos, o bien que defiende como proyección de su desarrollo en el ámbito jurídico (personas jurídicas de derecho privado). El propio texto constitucional regula la habilitación constitucional al Estado, dentro del Capítulo III, de manera excepcional (artículo 19 N°12 i. V, artículo 19 N°21 i, II, 19 N°24 i. VI), lo que constituye al menos un indicio bastante fuerte en el sentido que la Constitución no reconoce como regla general una titularidad estatal en materia de derechos constitucionales. Por otro lado, la reclamación de un derecho fundamental constitucional afectado por parte de un órgano del Estado plantea serias objeciones desde el punto de vista del principio de juridicidad, en la medida en que tendría que entenderse que los derechos constitucionales que se aleguen lesionados pasan a incorporarse a las competencias (al menos, desde la perspectiva de su actuación procesal) del respectivo órgano. Esta incorporación en bloque parece no satisfacer la exigencia de atribución *expresa* de autoridad o derechos prevista en el artículo 7° i. II de nuestra Constitución. En Chile, esta cuestión es de una importancia práctica de primera línea, en cuanto se ha acogido el alegato de infracción al debido proceso como causa de nulidad de los juicios orales en lo criminal, por lesión a derechos fundamentales, de parte del Ministerio Público, alterando así la lógica del proceso penal.

Un tratamiento diferenciado puede darse a las entidades a las que se les reconoce personalidad jurídica de derecho público para el cumplimiento de fines que son proyección del desarrollo individual o que, al menos aparecen como opuestos al desarrollo del poder estatal, en el sentido de generar espacios de autonomía individual o grupal.”.

(Derechos Fundamentales. Eduardo Aldunate Lizana, Legal Publishing, 1ª edición, octubre de 2008, páginas 158 y 159).

Si resulta altamente discutible que el Estado pueda alegar la infracción de los derechos fundamentales por parte del legislador en contra de un particular, es especialmente claro que la regla de igualdad de trato contenida en el inciso segundo del numeral 21 del artículo 19 sólo tiene por objeto garantizarle a los privados que realizan actividades económicas, que el Estado no competirá deslealmente con ellos.

Desde luego el inciso primero del numeral 21 que comentamos asegura a las personas y no al Estado el derecho a desarrollar cualquier actividad económica. En relación al Estado (en este caso llamado Estado empresario) lo que la Constitución garantiza es que este y sus organismos sólo podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas en caso que una ley de quórum calificado los autorice. A continuación y sólo a continuación de esas dos garantías, claramente puestas en exclusivo beneficio de los particulares, se agrega una tercera, que también tienen la misma finalidad. Conforme a ella, las actividades empresariales del Estado deben quedar sometidas a la legislación común aplicable a los particulares. Ese igual trato que la legislación debe establecer, salvo excepciones expresas y justificadas, se encuentra establecido, al igual que los dos derechos anteriores, a favor del particular, con el objeto de asegurarles que el Estado, salvo razones justificadas, no competirá con ellos en condiciones privilegiadas o más favorables, pero no garantiza a los entes públicos que no estarán sujetos a obligaciones distintas a los privados que compitan con ellos.

Si el sentido de la norma fuera, exclusivamente o además, el de proteger a las empresas públicas en contra de obligaciones especiales distintas a las de los entes privados que compiten con ellas, tendría que concluirse el absurdo de que también debieran considerarse inconstitucionales lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en cuanto establece que las empresa públicas creadas por ley pertenecen a la Administración del Estado. También tendría que estimarse inconstitucional la obligación de esas empresas de someter su acción a la Constitución y a las leyes, de actuar dentro de su competencia y la limitación de no ejercer más atribuciones que las que expresamente le haya conferido el ordenamiento jurídico, contenida en el artículo 2° del mismo cuerpo legal, pues las empresas

privadas que compiten con ellas sí pueden definir su objeto social por convención. También sería inconstitucional la obligación legal de promover el bien común atendiendo necesidades públicas, o las de observar los principios de responsabilidad y eficacia, contenidos en el artículo 3° del mismo cuerpo normativo, pues las empresas privadas que compiten con ellas no quedan sometidas a esas obligaciones. Tampoco las autoridades del canal público quedarían obligados a velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos puestos a su alcance, contenida en el artículo 5°, toda vez que ella tampoco es una obligación de los privados.

Por lo demás, en caso de sostenerse que el artículo 19 N°21, inciso segundo de la Constitución, asegura a TVN el derecho a no quedar sujeta a obligaciones especiales de publicidad distintas a la de su competencia, también resultarían contrarias a la Constitución todas las restantes obligaciones que, con igual finalidad, las someten a exigencias análogas a las de una sociedad anónima abierta, como lo son la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros, la de publicitar la remuneración de sus directores y otras, pues TVN no compite con sociedades anónimas abiertas, sino cerradas, como es el caso de Chilevisión y Mega o de corporaciones, como es el caso de canal 13.

## **2. La historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional manifiesta claramente el entendimiento que venimos sosteniendo.**

La norma constitucional que venimos comentando tomó forma en las Sesiones 388 y 389 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución. En esos debates aparece de manifiesto que la intención de sus redactores fue siempre la de prohibir –salvo ley expresa, de quórum calificado y fundada en motivos justificados- normas que privilegiaran al Estado empresario. La intención de favorecer con igualdad a las empresas públicas no sólo está ausente, si no que expresamente rechazada. Como lo planteó el Comisionado Bertelsen en la Sesión 388 al opinar acerca de a quien debía quedar asegurada la libertad económica: "... **las garantías constitucionales no se aseguran al Estado, sino a las personas, por lo cual no se está**

***asegurando al Estado la posibilidad de desarrollar libremente actividades económicas.***<sup>86</sup>(Énfasis añadido).

Por su parte, en la Sesión siguiente, el Sr. Guerrero, Fiscal del Banco Central, de activa participación en el debate de esta norma, dejó en claro que el sentido de la igualdad que se consagra en el inciso segundo es el de evitar que las empresas del Estado compitan en situación de ventaja o privilegio con el sector privado. Así, en el acta de esa sesión consta que ***“el Señor Guerrero expresa que la idea es que el Estado, en el caso que esté autorizado para tener empresas o para desarrollar una actividad empresarial, deba regirse por las mismas normas vigentes para el sector privado, sin privilegios ni estatutos especiales.”***<sup>87</sup> Énfasis añadido).

**3. Lo que resulta decisivo, el Tribunal Constitucional ha entendido reiteradamente que la norma constitucional tiene por objeto proteger a los particulares en contra del Estado, y no viceversa.**

Este mismo entendimiento del precepto constitucional en análisis es el que se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el que, de manera reiterada, ha sostenido que el sentido de la norma es la defensa del particular frente al Estado. Así aparece en el considerando 8° de la sentencia de 21 de abril de 1992, dictada en la causa Rol 146, razonamiento que fue reiterado en términos literales a partir de su línea tercera en el considerando 9° de la sentencia de 6 de abril de 1993, dictada en la causa Rol 167, así

---

<sup>86</sup> Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, SESIÓN 388ª, CELEBRADA EN MARTES 27 DE JUNIO DE 1978. La transcripción del diálogo que antecede la frase citada es el siguiente:  
“El señor ORTÚZAR (Presidente) destaca que con “libre iniciativa privada para desarrollar cualquier actividad económica” no se está permitiendo la actividad del Estado en materia económica, en la hipótesis de no establecer la excepción relativa al Estado.

La señora ROMO expresa que de ese modo tampoco se está prohibiendo la actividad económica estatal.

El señor BERTELSEN precisa que las garantías constitucionales no se aseguran al Estado, sino a las personas, por lo cual no se está asegurando al Estado la posibilidad de desarrollar libremente actividades económicas.”

<sup>87</sup> Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, SESIÓN 389°, celebrada el Martes 27 de Junio de 1978.

como en el considerando 9° de la sentencia de 17 de diciembre de 2004, en la causa Rol 427:

**8°. Que, el derecho consagrado en el artículo 19, N° 21, antes transcrito, y que protege la libre iniciativa privada es una expresión de los contenidos filosófico-jurídicos del Capítulo I de la Constitución Política, y viene a ser una consecuencia del principio de subsidiariedad, como también del deber del Estado de resguardar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional; (Énfasis añadido).**

El mismo entendimiento se trasunta en el razonamiento que llevó al Tribunal a rechazar la impugnación que algunos Parlamentarios habían hecho de normas que autorizaban la venta de ciertos bienes de ENAMI a CODELCO, en la sentencia de 17 de diciembre de 2004 en la causa Rol 427. En ella, el Tribunal razonó que los preceptos impugnados no contradecían lo dispuesto en el numeral 21 del artículo 19, por cuanto, no establecían privilegios a favor del Estado empresario y en contra de los particulares, dando por entendido que eso es lo que prohíbe el precepto. Así, luego de exponer la impugnación que se había hecho, fundada en el precepto constitucional aludido, el Tribunal razonó así: "*OCTAVO: Que, en un primer orden de ideas, cabe señalar que, a juicio del Tribunal, las normas del proyecto objetadas no constituyen "excepciones a la legislación común", en los términos que exige el precepto constitucional que se da por infringido, ni tampoco limitaciones a la libre adquisición de bienes. Se trata, en la especie, de modalidades bajo las cuales se autoriza por el legislador la venta que hará ENAMI a CODELCO, razonables y acordes con la finalidad que persigue la primera de estas empresas y que se desea mantener. **Ellas, en manera alguna, configuran excepciones o privilegios a favor del Estado y en desmedro de los derechos que la legislación común concede a los empresarios en general.***". (Énfasis añadido). En esa misma sentencia, y luego de transcribir el razonamiento de la causa Rol 127 ya referido, el Tribunal estableció que la exigencia constitucional no era aplicable a una situación en que no se afectaban negativamente los derechos de particulares, si no sólo se regulaban operaciones entre empresas estatales.<sup>88</sup>

---

<sup>88</sup> El considerando 10° de la misma sentencia es del siguiente tenor: "*DÉCIMO. Que, debe igualmente considerarse que las restricciones o limitaciones al Estado*

Los razonamientos del Tribunal en las sentencias referidas ratifican plenamente la tesis que venimos sosteniendo: Sencillamente no cabe invocar a favor del Estado el derecho que la Constitución asegura a todas las personas en el numeral 21 del artículo 19; no sólo porque los derechos constitucionales no se establecen a favor del poder estatal en contra de los derechos de las personas, sino además por que el precepto en examen particularmente tiene el sentido y finalidad de limitar las facultades del Estado empresario y no de facilitarla.

**4. Los tribunales superiores de justicia de la judicatura ordinaria también entienden que la norma constitucional protege al particular en contra del Estado y no al revés.**

En el año 1994, en una de las múltiples disputas judiciales que ha tenido TVN en su afán por no quedar sujeta a las normas de derecho público, recurrió de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago, alegando que era arbitrario e ilegal que la Contraloría General de la República pretendiera fiscalizarla, mientras estuviera pendiente un juicio declarativo en que ella pretendía se declarare estar liberada de esa fiscalización, al cual ya nos hemos referido. Como norma constitucional infringida, TVN invocó, al igual como lo ha hecho en el juicio que ha motivado este informe, el artículo 19, número 21 de la Carta Fundamental. La Corte de Apelaciones, en fallo suscrito entre otros por el actual Presidente de la Excm. Corte Suprema, desestimó ese recurso por juzgarlo extemporáneo y por considerar que, mientras no hubiera fallo en el juicio declarativo, no era ilegal ni arbitrario que la Contraloría continuara ejerciendo sus funciones.<sup>89</sup> A esas razones, en el considerando 7°, y a mayor abundamiento, desestimó el recurso por concluir que el precepto constitucional invocado era una garantía puesta a favor de los

---

*están referidas a las actividades que de suyo efectúan los particulares, en circunstancias que la actividad minera que desarrolla ENAMI en Las Ventanas es estatal y el proyecto lo que hace es autorizar la transferencia de esta planta a otra empresa estatal. Por lo tanto, el traspaso de bienes de una empresa del Estado a otra empresa del Estado no requiere de quórum especial, puesto que no se da la situación necesaria para que ello sea exigible, de acuerdo a las disposiciones constitucionales decisorias de esta litis.”.*

<sup>89</sup> Dictado en la causa Rol 1697-94.

privados y no de una empresa del Estado. El considerando respectivo es del siguiente tenor:

*“7°. Que, sin perjuicio de lo dicho, **cabe señalar que el artículo 19 N° 21 inciso 2° de la Constitución Política no establece garantía alguna para las empresas estatales sino que, lo que ella hace es garantizar a los particulares que en aquellos casos en que el Estado y sus organismos desarrollen actividades empresariales, no estarán sujetos a normas preferenciales, sino que a la misma legislación común aplicable a los particulares.**” (Énfasis añadido)*

##### **5. La doctrina atribuye el mismo sentido a la norma constitucional que venimos analizando.**

Algunos autores se han hecho precisamente la pregunta de si las empresas del Estado pueden invocar el numeral 21 del artículo 19 de la Constitución para dejar de someterse a algunas de las obligaciones especiales que recaen sobre ellas y no sobre las empresas competidoras privadas. Tal ha sido el caso de los profesores Iván Aróstica, Arturo Fermandois, Enrique Navarro y José Luis Cea. Los cuatro la han respondido de manera idéntica: No es procedente que las empresas públicas invoquen ese precepto constitucional para liberarse de obligaciones que las afectan como integrantes de la Administración del Estado.

El profesor Iván Aróstica trata directamente el problema planteado. Su tesis, clara y bien fundada, aparece expuesta en los párrafos siguientes:

*“A este respecto, es útil tener en cuenta los elementos de juicio que proporciona la historia fidedigna del establecimiento de la disposición constitucional citada, los cuales conducen a sostener que su intención fue consagrar que **el Estado, en su gestión empresarial, debe recibir el mismo tratamiento jurídico que los particulares, esto es que su concurrencia dentro del ámbito económico se produzca en igualdad de condiciones y sin privilegios o estatutos especiales que le reporten una ventaja sobre el sector privado.**”*

*Aseveración que se ve reafirmada en este caso por el hecho de que la norma examinada se encuentra ubicada en el capítulo III relativo a las garantías constitucionales, y específicamente a*



*continuación del inciso 1º del art. 19 N°21. De donde deriva que su propósito fue asegurar la existencia práctica o eficacia real del derecho a la libre iniciativa económica que les asiste a los particulares, y no cambiar la naturaleza jurídica de las empresas públicas, puesto que para ello se habría requerido una normación específica dentro de las reglas orgánicas dedicadas a la Administración del Estado.*

***Antes bien, la Constitución (art. 62 inc. 4 N°2) y la LOC 18.575 (arts. 1y 18) las reconocen como personas jurídicas estatales, por lo que no es atendible sostener –con pretensiones de generalidad- que se rigen íntegramente en su “ser” y en todo su “obrar” por el derecho común de los privados, ya que ello implicaría extender esa remisión más allá de la intención perseguida, en su oportunidad, por el constituyente.***

...

*Acontece entonces que como sólo “esas actividades” empresariales, únicamente esos actos comerciales o industriales específicos deben encuadrarse dentro de la legislación común, cualquier otro vínculo ad extra no coligado a estas materias, como asimismo en lo coligado a estas materias, como asimismo en lo tocante a su organización y funcionamiento ad intra, en su régimen de bienes y de personal, la preceptiva natural de las empresas públicas será, por regla general, de derecho público.*

***Atendida su calidad de empresas estatales, la sola circunstancia de que el legislador disponga, a su respecto, la aplicación de normas de derecho público, no importa entonces, per se, una de aquellas “excepciones que por motivos justificados” puede establecer la ley.”<sup>90</sup>. (énfasis añadidos).***

Igualmente tajante es la opinión de Arturo Fermandois, según se aprecia de los párrafos que se transcriben a continuación:

*“En esta materia surge la pregunta siguiente: ¿Puede el Estado reclamar para sí equivalencia con los particulares en*

---

<sup>90</sup> Derecho Administrativo Económico. Libre Iniciativa Privada y Actividad Empresarial del Estado. Iván Aróstica Maldonado, Escuela de Derecho Universidad Santo Tomás, Primera Edición, agosto 2001, páginas 110 a 112.

*normas que le son desfavorables a él? ¿Puede el Estado alegar que hay una competencia desleal en que los particulares se encuentran en una posición privilegiada?*

*Es posible concebir una situación así especialmente en materia tributaria, por cuanto las empresas públicas suelen estar afectas a tributos especiales, a menudo más gravosos que los generales contemplados en la Ley de la Renta, aplicables a los particulares.*

*También puede sobrevenir un escenario desventajoso para el Estado si se observa que las empresas públicas están sujetas a la fiscalización política de la Cámara de Diputados, ejercida conforme al artículo 48 N°1 de la CPR, en relación con el artículo 1° inciso 2° de la Ley 18.575. En tanto, la fiscalización política no cabe respecto de empresas privadas.*

*¿Puede ampararse el Estado en el N°21 para eximirse de estos gravámenes?*

*No parece lógico que pueda hacerlo, porque dichos gravámenes son connaturales al Estado. Rige aquí la cita que hemos hecho del Comisionado Raúl Bertelsen en la sesión N°388 de la CENC: al Estado no se le garantizan derechos; sólo a los individuos, porque el Estado es per se, detentador del poder y tiene a su alcance todos los derechos. La tarea del constitucionalismo es delimitar dicho poder, no acrecentarlo.*

*En consecuencia, es ilógico que las empresas del Estado se sustraigan de la fiscalización política alegando que actúan bajo las normas del Derecho Privado, porque los recursos, bienes y prestigio empresarial envuelto en ellas son del Estado; y sus directivos han llegado a su cargo por operación del proceso político no económico. Luego, interesa a la sociedad verificar su transparencia, funcionamiento, eficiencia.*

...

*El N°21 del artículo 19 termina autorizando a la ley para establecer las excepciones al principio anterior, sometiendo al Estado a normas distintas a las de los particulares, por "motivos justificados", mediante una ley aprobada con quórum calificado.*

*Por los razonamientos expuestos, se entiende que se trata de normas especiales más favorables que las aplicables a los particulares. Para aprobar normas más desfavorables no se requeriría ni ley ni un quórum especial, siguiendo la lógica de la*

regla general y la excepción del ejercicio de la actividad económica, recogida por el TC en su fallo rol N°134, de 1991.<sup>91</sup>

Enrique Navarro coincide también en que lo que establece el inciso segundo del numeral 21 del artículo 19 es una prohibición de privilegiar al Estado:

*“En síntesis, una vez autorizado el Estado para desarrollar determinadas actividades económicas, el constituyente ha dejado claramente establecido que aquél pasa a ser un particular más, debiendo, por tanto, sujetarse a la legislación común que regula la materia en cuestión, **careciendo de privilegio alguno** –a menos que así expresamente lo establezca la propia ley de quórum calificado y siempre y cuando existan motivos justificados para ello- y compitiendo en las mismas condiciones que los demás agentes económicos que participan en el mercado”.*<sup>92</sup> (Énfasis añadido).

José Luis Cea también ha escrito en el mismo sentido que venimos sosteniendo. En efecto, al señalar los requisitos para que el Estado o sus organismos puedan desarrollar actividades empresariales, anota, en tercer lugar la siguiente: “Que para casos excepcionales, o por motivos justificados, se establezcan por la ley **las diferencias a favor del Estado-Fisco**, o de las instituciones y empresas autónomas del Estado. ”.<sup>93</sup> (énfasis añadido). A continuación el mismo autor cita, en términos celebratorios, el fallo de la Corte de Apelaciones ya transcrito según el cual el inciso segundo del numeral 21 del artículo 19 no establece garantía alguna para las empresas estatales.

En consecuencia, debe concluirse que no cabe aplicar la regla prohibitiva contenida en el inciso segundo del numeral 21 del artículo 19 a las regulaciones especiales de las empresas públicas, sino en la

---

<sup>91</sup> Arturo Fernandois Vöhringer; Derecho Constitucional Económico, Garantías Económicas Doctrina y Jurisprudencia, Tomo I, Ediciones Universidad Católica de Chile, Primera Edición, abril 2001, páginas 189 y 190. (Notas omitidas y énfasis añadido).

<sup>92</sup> Enrique Navarro Beltrán: Estado Empresario a la luz de la Constitución de 1980, Revista de Derecho Público, Volumen 62, página 44.

<sup>93</sup> José Luis Cea Egaña. Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. Ediciones Universidad Católica de Chile, Primera edición, enero de 2004, página 491.

medida en que ellas establezcan privilegios o situaciones de beneficio que les permitan competir con ventajas frente a los particulares.

**C. A todo evento, en caso de estimarse que puede invocarse a favor del Estado la norma constitucional en examen, ella no se haya infringida, pues la norma que se dice perjudica a una empresa estatal fue establecida en una ley aprobada con quórum de Ley Orgánica Constitucional y por motivos justificados.**

Nos parece haber concluido con entera claridad que la norma constitucional contenida en el inciso segundo del N°21 del artículo 19 no se encuentra establecida para proteger a las empresas públicas creadas por ley de obligaciones especiales en materia de transparencia o de otra índole, que no resulten aplicables a los privados que compiten con ellas. Sin embargo, aunque esta conclusión no se estimare definitiva, nos parece también claro que la norma tampoco resultaría infringida, en caso de aplicarse lo dispuesto en el artículo décimo letra h) en la gestión pendiente, para obligar a TVN a publicar la remuneración de sus gerentes responsables de su dirección y administración superior.

El precepto constitucional no impide que se puedan establecer excepciones o tratos diferenciados entre empresas públicas creadas por ley y empresas privadas; sino que las permite a condición de que esas excepciones se encuentren establecidas por ley aprobada con quórum calificado y por motivos justificados. El artículo décimo, letra h) de la Ley 20.285 cumple con estos dos requisitos, según analizamos a continuación.

**1. La Ley 20.285 es una de quórum calificado.**

El artículo décimo que ahora examinamos de la Ley N° 20.285, fue aprobado con un quórum de Ley Orgánica Constitucional, al menos en lo que se refiere a las empresas públicas creadas por ley, pues así fue aprobado por el Tribunal Constitucional, según ya hemos referido

y citado. Dicho cuórum es superior al de una ley de quórum calificado.<sup>94</sup>

## **2. La obligación especial de las empresas públicas consistente en la publicidad de la remuneración de sus gerentes se adoptó por razones justificadas.**

El capítulo II que antecede demuestra que es justificada la obligación contenida en la letra h) del artículo décimo de la Ley N° 20.285. No repetiremos las razones contenidas en esa parte del informe, en la que creemos que ha quedado acreditado que la obligación especial de publicidad a que quedan sometidas las empresas públicas persigue un fin lícito, como es el de la probidad, constituye un medio idóneo para alcanzarla y establece un gravamen proporcional a sus beneficios, el que no resulta intolerable a quien se aplica. Las mismas razones que llevan a concluir que la norma legal impugnada no es arbitraria, sino razonable, acreditan también que ella se ha adoptado por razones justificadas que se encuentran en el ámbito de discreción del legislador.

### **D. Conclusiones de este capítulo.**

Lo dispuesto en la letra h) del artículo décimo de la Ley N° 20.285, en caso de aplicarse en la gestión pendiente, obligaría a TVN a publicar anualmente la remuneración de sus gerentes responsables de su dirección y administración superior. Ello no resulta contrario a lo dispuesto en el artículo 19 N°21 de la Carta Fundamental; en primer lugar, por cuanto ese precepto constitucional no asegura a las empresas públicas que no quedarán sujetas a obligaciones especiales propias de su carácter y distintas a las de los privados que compiten

---

<sup>94</sup> Sin perjuicio de lo ya citado respecto de la aprobación por el TC en el capítulo II de este informe, cabe citar el considerando 56 de la sentencia que revisó la constitucionalidad de este proyecto, de fecha 10 de julio de 2008: **QUINCUAGESIMOSEXTO**.- Que consta de autos que las normas del proyecto de ley que han sido examinadas por este Tribunal han sido aprobadas en ambas Cámaras del Congreso Nacional con las mayorías requeridas por el inciso segundo del artículo 66 de la Constitución Política de la República y que, respecto de ellas, no se ha suscitado cuestión de constitucionalidad.

con ellas; sino que, como demuestra su sentido, entendimiento lógico, finalidad e historia, la norma constitucional sólo asegura a los privados que salvo ley expresa y justificada no tendrán que competir con empresas públicas que gocen de privilegios. Ese entendimiento de la norma constitucional se desprende también del alcance que le ha dado el Tribunal Constitucional, de jurisprudencia precisa e inequívoca de los tribunales superiores de justicia y de la doctrina de nuestros tratadistas.

Aún en el caso que se estimara que el precepto constitucional en análisis beneficia también a las empresas públicas asegurándoles un trato igual al de las empresas privadas, la norma no se ve tampoco infringida, por cuanto ella autoriza a establecer excepciones en normas legales aprobadas con quórum calificado y por motivos justificados, requisitos que también cumple lo dispuesto en la letra e) del artículo décimo de la Ley N°20.285 sobre Acceso a la Información.

**V. Análisis de la Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad de lo dispuesto en el artículo 33, letra b) del artículo primero de la Ley número 20.285.**

Se nos ha pedido también informar si lo dispuesto en el artículo 33 letra b) de la ley de Transparencia, contenida en el artículo primero de la Ley 20.285 podría resultar contrario a la Carta Fundamental, en caso de aplicarse en la gestión pendiente.

La norma legal en examen dispone:

*“Artículo 33 el Consejo [para la Transparencia] tendrá las siguientes funciones y atribuciones: ... b) resolver, fundadamente, los reclamos por denegación de acceso a la información que le sean formulados de conformidad a esta ley.”.*

En verdad este informe tiene poco que aportar a la pregunta que se nos hace, pues sencillamente no me es posible imaginar en que sentido la aplicación de este precepto pudiese, en la gestión pendiente, producir efectos contrarios a la Carta Fundamental. La norma autoriza a un órgano público, creado por la misma ley, a resolver reclamos por denegación de acceso a la información; lo que constituye su objeto más esencial. Es propio de los entes públicos, máxime de uno establecido precisamente para controlar el cumplimiento de los objetivos de la Ley de Transparencia, resolver reclamaciones. La norma en cuestión exige que los reclamos le sean formulados de conformidad a esta ley y establece la obligación de hacerlo fundadamente. La norma no establece un procedimiento, pues ello queda entregado a otras reglas legales no impugnadas por TVN y ajenas a este informe.

La lectura del requerimiento no me permite conocer razón alguna por la cual se estima que la aplicación de la norma podría resultar contraria a la Carta Fundamental. La única referencia que se contiene a ella es la frase contenida en la página 7 de esa presentación que afirma que “dejar a TVN sometida sin más a la competencia jurisdiccional del Consejo [...] no satisface la exigencia constitucional de una justificación suficiente”. La afirmación parece

referirse a la justificación exigida por el numeral 21 del artículo 19 de la Carta Fundamental. El vicio de constitucionalidad que parece sugerirse en ese párrafo no puede, considerarse como tal, en primer lugar, por cuanto, como ya se ha argumentado, el precepto constitucional en cuestión no establece una garantía a favor de empresas públicas. Aunque así fuere, la obligación de sujeción se encontraría justificada con el objeto de dar eficacia a los preceptos sustantivos contenidos en ese cuerpo legal tendientes a garantizar la probidad, lo que constituye un deber al que deben someterse, por mandato constitucional, todos quienes ejercen funciones públicas. Más importante que ello, sencillamente no cabe sostener que la sola sujeción de una empresa pública a una entidad pública resulte contraria a la Constitución, toda vez que, como ya se ha demostrado, las empresas públicas no son iguales a las empresas privadas y se encuentran legítimamente sujetas a deberes especiales, que no rigen para las empresas privadas. Sostener lo contrario implicaría desautorizar la sujeción de las empresas públicas también a una cierta fiscalización de la Cámara de Diputados, tesis que ya ha sido desautorizada sostenidamente por la Contraloría General de la República y por la Corte Suprema.<sup>95</sup> La tesis de que es inconstitucional sujetar a TVN al control de un órgano distinto del que queda sujeta su competencia, obligaría también a considerar inconstitucionales los preceptos de su ley orgánica que la sujetan a la Superintendencia de Valores y Seguros, en condiciones análogas a las de una sociedad anónima abierta, pues ello tampoco ocurre con las estaciones de televisión que compiten en el mercado y que se encuentran organizadas como sociedades anónimas cerradas o como corporaciones.

Enteramente distinto es preguntarse si, en conformidad a la Ley N° 20.285, una empresa pública, como TVN queda sujeta al Consejo para la Transparencia en los términos establecidos en el artículo 33 letra b) de su artículo primero.<sup>96</sup> Esa cuestión es una de interpretación legal, ajena a un problema de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, por lo que también excede los términos del

---

<sup>95</sup> Ver los fallos citados en el Capítulo III, apartado C, 1, b), que antecede.

<sup>96</sup> Así lo alegó TVN ante el Consejo para la Transparencia en su reposición y también en su acción de reclamación en la gestión pendiente, lo que aparece respondido por ese Consejo en ese proceso.



presente informe. A todo evento, cabe consignar sobre este problema de legalidad, que la Contraloría General de la República se ha pronunciado recientemente señalando la plena competencia fiscalizadora, sancionatoria, resolutoria y normativa del Consejo para la Transparencia sobre las empresas públicas creadas por ley.<sup>97</sup>

---

<sup>97</sup> Nos referimos al dictamen N° 63868, de fecha 27 de octubre de 2010. El pronunciamiento se refiere a ENAP, pero razona, en términos generales respecto de todas las empresas públicas creadas por ley. En sus párrafos finales el Dictamen razona y concluye del siguiente modo:

*“En tal contexto, cabe advertir que de lo prescrito en el antedicho artículo 1° de la Ley de Transparencia, aparece que este texto legal resulta íntegramente aplicable a los órganos o servicios de la Administración del Estado señalados en el artículo 1°, inciso segundo, de la citada ley N° 18.575, entre los cuales se encuentran las empresas públicas creadas por ley, de manera que la referencia expresa a tales empresas, requerida en el artículo 2°, inciso tercero, de la antedicha Ley de Transparencia, debe entenderse efectuada en el artículo que lo antecede, que las incluye, como se ha expuesto, merced a un reenvío normativo claramente determinado.*

*En este contexto, la mencionada Ley de Transparencia resulta aplicable a ENAP, en tanto se trata de una empresa pública creada mediante la ley N° 9.618, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N° 1, de 1986, del Ministerio de Minería.*

*Señalado lo anterior, y atendido que en la especie se utilizó una técnica legislativa consistente en sancionar dos o más normativas en un solo cuerpo regulatorio, es oportuno indicar que cuando diversos preceptos del texto aprobado en el artículo primero de la ley N° 20.285, aluden a las disposiciones de “esta ley” se refieren a aquellas contenidas en los numerales arábigos de la Ley de Transparencia, que se distinguen del artículo segundo y siguientes de la enunciada ley N° 20.285, fundamentalmente en cuanto el objeto de estos últimos preceptos ordinales consiste en formular los términos en que determinados organismos del sector público deben dar cumplimiento al principio de transparencia de la función pública y a la obligación de transparencia activa.*

*Por otra parte, es útil tener en cuenta que de acuerdo con los artículos 31 y 32 de la Ley de Transparencia, el Consejo para la Transparencia es una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que 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”, cuyas tareas se encuentran determinadas en el artículo 33 de ese ordenamiento.*

*Así, el antedicho artículo 33, en sus literales a), b) y d), le confieren, en lo que interesa, atribuciones fiscalizadoras, sancionatorias, resolutorias y normativas que, tal como se ha advertido, son aplicables a las empresas públicas creadas por ley, toda vez que integran la Administración del Estado, las cuales, por ende, pueden ser objeto de la acción de amparo del derecho a la información establecido en el artículo 24 de la Ley de Transparencia. En consecuencia, y atendidas las consideraciones expuestas, es necesario concluir que ENAP, en tanto constituye una empresa pública creada por ley se encuentra sometida a las potestades fiscalizadoras, sancionatorias y normativas que la Ley de Transparencia confiere al Consejo para la Transparencia en relación con la cautela del principio de transparencia formulado en ella y con el cumplimiento de las obligaciones de transparencia activa que, para las entidades de esa naturaleza establece el artículo décimo de la ley N° 20.285.”.*

En consecuencia, y ante la ausencia de toda argumentación que señale los vicios de constitucionalidad que podrían seguirse de la aplicación de lo dispuesto en la letra b) del artículo 33 de la Ley de Transparencia, este informante sólo puede agregar que no logra imaginar razones por las cuales ese precepto pudiera considerarse como inaplicable por inconstitucionalidad en la gestión pendiente.

## **VII. Conclusiones finales.**

Televisión Nacional de Chile ha requerido al Tribunal Constitucional solicitando se declaren inaplicables las normas contenidas en los artículos décimo letra h) y 33, letra b, del artículo primero, ambos de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, en el reclamo de ilegalidad que se tramita ante la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el rol de ingreso N° 945-2010. El presente informe ha analizado si la aplicación, en la gestión pendiente, de lo dispuesto en esos preceptos legales puede infringir la Carta Fundamental, particularmente en lo que ésta regula en sus numerales 2 y 21 del artículo 19.

Las conclusiones surgen del texto. La igualdad ante la ley no se vería afectada por la aplicación de lo dispuesto en el artículo décimo, letra h) cuestionado, por cuanto la diferencia hecha por el legislador en esa disposición, entre TVN y las restantes estaciones televisivas que compiten con ella, se funda en que TVN es una empresa pública creada por ley. La función pública que justifica la existencia de estas empresas, sus funciones, establecidas por ley, que sirven para satisfacer una necesidad pública, en aras del bien común, la composición de su patrimonio y otros factores relevantes analizados en este informe, constituyen diferencias fácticas objetivas y relevantes, que hacen razonable someter a TVN a un cierto régimen de transparencia, distinto al de las empresas privadas. El informe registra como la jurisprudencia judicial, la de la Contraloría General de la República y la doctrina han reconocido las relevantes diferencias entre las empresas públicas y las privadas, justificando plenamente que en su estructura y organización, estos entes queden regidos, por ciertas normas de derecho público, las que se justifican precisamente en el interés público de que la administración de estas empresas, incluyendo la gestión de su patrimonio alcancen efectivamente sus fines sociales, cuestión que no interesa sólo a un grupo de accionistas o socios, sino a la sociedad toda.

Siguiendo estrictamente los criterios que una sostenida jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido para juzgar si son arbitrarias o razonables las diferencias hechas por el legislador

y aplicándolas al caso en examen, el informe concluye, en seguida, que la norma establecida en la letra h) del artículo décimo no se funda en un propósito de hostigamiento hacia un grupo vulnerable, ni se funda en supuestos que no puedan justificarse, por ser contrarios a valores generalmente aceptados. Por el contrario, la norma –según su tenor literal, interpretación lógica, historia y aprobación constitucional- manifiestamente persigue la transparencia y la probidad. Estos dos principios y deberes de la función pública no constituyen sólo una finalidad constitucionalmente tolerada, admisible o razonable, sino un deber. Alcanzar la transparencia y la probidad en la función pública no forma parte de lo que el legislador pueda discrecionalmente elegir implementar, sino que constituye un deber, a partir de lo dispuesto en el artículo 8° de la Carta Fundamental.

En seguida, el informe razona para acreditar que la publicidad de las remuneraciones de los gerentes responsables de la dirección y administración superior de la empresa constituye una medida adecuada y necesaria para el logro de las finalidades de probidad que la Carta Fundamental establece como un deber del ejercicio de las funciones públicas, al que debe darse estricto cumplimiento. En primer lugar, esa adecuación y necesidad se coligen de la relación de medio a fin que la publicidad tiene fácticamente con la transparencia, cuestión que constituye ya una máxima de la experiencia, acreditada por diversos estudios de ciencias sociales y por el reconocimiento explícito que de esa ligazón hacen los incisos primero y segundo del artículo 8° de la Carta Fundamental. La actitud o relación de instrumentalidad entre la obligación de publicidad en examen y la probidad y publicidad de los actos que entrañan una función pública se satisface plenamente en la especie, pues existe una conexión racional entre la publicidad en la administración del patrimonio de TVN, en el que existe un interés público, y la finalidad de probidad establecida en la Carta Fundamental.

Por lo demás, resultaría imposible someter a Televisión Nacional a un trato igualitario a aquel que tiene su competencia en materia de publicidad de remuneraciones. Aunque se declarará inaplicable el precepto y se la sometiera sólo a su ley orgánica, ello la sometería a un tratamiento semejante, pero no idéntico a una sociedad anónima abierta, lo que resulta imposible desde que TVN no tiene accionistas.

Sin embargo, ese trato no la asemejaría al que tienen las empresas que compiten con ella, ya que estas no están constituidas como sociedades anónimas abiertas. En consecuencia, la igualdad de trato de TVN y las empresas de su competencia, en materia de publicidad de las remuneraciones de sus gerentes con facultades de dirección simplemente no resulta posible.

La ley de Acceso a la Información pública ha constituido un impulso legislativo más al que han quedado sometidos y cumplen todos los órganos del Estado, para lograr mayor transparencia y probidad. Concretamente, y en lo que atañe a este informe, a Televisión Nacional se la he exigido publicitar la renta de sus gerentes responsables de la dirección y administración superior de la empresa. La decisión acerca de estas rentas no es una cuestión menor en la administración patrimonial de TVN. En un debate de mérito podría discutirse si esta fórmula, claramente menos severa que la que se aplicó a la publicidad de la remuneración de otros órganos de la Administración del Estado y de otros entes públicos, es o no la más adecuada. Lo que no cabe discutir es que sea una fórmula irracional para alcanzar la probidad.

Por último, el informe muestra que la norma contenida en el artículo décimo, letra h), supera con creces el examen establecido por jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional, de no ser los costos o gravámenes que impone abierta, manifiesta o desmedidamente desproporcionados a los beneficios que la distinción legal produce en su aplicación al caso concreto. El beneficio probable de la norma: alcanzar mayor transparencia y probidad en la administración de un patrimonio en el que existe legítimo interés público, parece superar largamente los costos; mismos que sólo se sustentan en una afirmación especulativa que, por ahora, no aparece sustentada en antecedente objetivo alguno que se haya acompañado al proceso. La afirmación de que la medida impone un alto costo a Televisión Nacional, en términos de competencia desigual con las restantes estaciones televisivas, resulta contra intuitiva; no se compadece con la publicidad que, al menos, una empresa pública, que ha decidido no resistir la ley, y que parece no haber sufrido perjuicios por ello, y resulta, por último, contraria a la experiencia de la competencia que, en muchos rubros se verifica entre sociedades anónimas abiertas y otras formas societarias que no están obligadas

a las mismas reglas de publicidad en materia de remuneración de sus cargos directivos.

El informe ha analizado, enseguida, si sería posible estimar que lo dispuesto en la letra h) del artículo décimo de la Ley N°20.285 infringiría, en caso de aplicarse en la gestión pendiente, lo dispuesto en el numeral 21 del artículo 19 de la Carta Fundamental. Al respecto, y en primer lugar, el informe registra el común entendimiento de la doctrina constitucional chilena, en el sentido de que los preceptos constitucionales son garantías establecidas a favor de la persona y no del Estado; para quien, por el contrario, estas normas constituyen un límite de su actuar. Más allá de esta cuestión, lo que resulta decisivo para desestimar la alegación señalada es que el precepto constitucional referido, tanto en su tenor literal, como particularmente en sus conexiones lógicas inmediatas, así como en su historia fidedigna, tiene el claro sentido de asegurar a las personas que las empresas del Estado no competirán con ellas en condiciones de privilegio. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de los tribunales superiores de justicia han dado a la norma constitucional este preciso sentido de amparo de los particulares y han negado explícitamente que ella pueda ser invocada por los órganos del Estado para alegar garantía de igualdad de ninguna especie. La doctrina, por su parte ha sido particularmente clara en sostener la improcedencia de que las empresas públicas invoquen el precepto constitucional para liberarse de obligaciones que las afectan como integrantes de la Administración del Estado; toda vez que el propósito de la norma ha sido y es el de asegurar la existencia práctica o eficacia del derecho a la libre iniciativa económica que le asiste a los particulares y no cambiar la naturaleza jurídica de las empresas públicas. El informe concluye también que la interpretación contraria lleva a resultados manifiestamente absurdos, pues ello obligaría a considerar inconstitucionales todas y cada una de las normas de derecho público que rigen a las empresas públicas, pues ninguna de ellas se aplica al sector privado.

A todo evento, aún cuando se considerara que la norma constitucional en análisis puede ser invocada por una empresa pública, reclamando igualdad de trato respecto de los particulares, debe estimarse que ella no resulta infringida, pues la diferencia ha

sido establecida por una ley aprobada con un quórum superior al exigido por la Carta Fundamental, y por motivos justificados.

Por último y ante la ausencia de toda argumentación que señale los vicios de constitucionalidad que podrían seguirse de la aplicación de lo dispuesto en la letra b) del artículo 33 de la Ley de Transparencia, este informante sólo puede agregar que no logra imaginar razones por las cuales ese precepto pudiera considerarse como inaplicable por inconstitucionalidad, en caso de aplicarse a la gestión pendiente.

Es cuanto puedo informar,

Jorge Correa Sutil

Santiago, 6 de diciembre de 2010

**SISTEMAS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN  
DE AMPAROS DEL DERECHO DE ACCESO A  
INFORMACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO**

**HUGO ROJAS**

**2011**





## ÍNDICE

PRESENTACIÓN	3
1. SISTEMAS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS	5
2. LOS SARC EN LA LEGISLACIÓN SOBRE ACCESO A INFORMACIÓN	7
3. LOS SARC EN LOS SISTEMAS DE GESTIÓN DE CASOS	11
4. SELECCIÓN DE CASOS DERIVADOS A SARC	22
5. EL ROL DEL ANALISTA A CARGO DE LA TRAMITACIÓN DEL CASO	24
6. DECISIONES DE LAS AUTORIDADES Y DELEGACIÓN DE FIRMA	30
7. RECOMENDACIONES PARA EL CPLT	32
8. CONCLUSIONES	37
BIBLIOGRAFÍA	41
1. Obras, documentos y artículos	41
2. Normativa extranjera	43
3. Jurisprudencia	44
4. Sitios Web	44
ANEXOS	46
1. Formulario de reclamo en contra del ICO por incumplimiento de sus propios estándares en la tramitación de los reclamos de acceso a información	46
2. Criterios del ICO para resolver reclamos de acceso a información	48
3. Organigrama del ICO (Reino Unido)	52
4. Descripción del proceso en el OSIC (Escocia)	53
5. Lineamientos del OSIC para la búsqueda de acuerdos ( <i>settlements</i> ) entre las partes	55
6. Ejemplos de casos terminados mediante negociación entre las partes (Escocia)	60
7. Organigrama del OSIC (Escocia)	65
8. Organigrama del OIC (Irlanda)	66
9. Descripción del procedimiento de solución de reclamos de acceso a información en el OGIS (Estados Unidos)	67
10. Funcionarios del OGIS (Estados Unidos)	71
11. Procedimiento de investigación del OIC (Canadá)	72
12. Organigrama del OIC (Canadá)	73

## SISTEMAS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE AMPAROS DEL DERECHO DE ACCESO A INFORMACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO\*

*Hugo Rojas\*\**

### PRESENTACIÓN

El «derecho de acceso a información pública» se encuentra reconocido en más de ochenta y cinco países, incluyendo Chile. La consagración de tal derecho permite a las personas solicitar y acceder los documentos que sean de su interés y que se encuentren en poder del Estado. En el evento que la autoridad pública no proporcione o deniegue total o parcialmente los antecedentes pedidos, importa conocer cuáles son los mecanismos existentes para resolver tales controversias, pues ello incide no sólo en la eficacia del derecho de acceso a información pública sino que además en la calidad de la democracia y en el ejercicio del derecho fundamental de libertad de expresión.<sup>1</sup> En el caso chileno, las personas pueden interponer «amparos» del derecho de acceso a información o formular «reclamos» por la falta de cumplimiento de parte de un organismo público respecto de los deberes de transparencia activa fijados por ley, ante el Consejo para la Transparencia (en adelante CPLT) —corporación de derecho público con patrimonio y personalidad jurídica propios—, creado por la Ley N° 20.285, de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado (publicada en el D.O. el 20 de agosto de 2008 y vigente desde el 20 de abril de 2009, en adelante LT).

3

---

En primer lugar, este documento tiene por finalidad explicar los «sistemas alternativos de resolución de controversias» (SARC) existentes en el Derecho Comparado para poner término a los amparos, reclamos o apelaciones en materia de acceso a información y que son conocidos por organismos similares al CPLT. El estudio se concentra específicamente en la comparación de lo que sobre este punto acontece en Australia, Canadá, Escocia, Estados Unidos, Gales, Inglaterra, Irlanda e Irlanda del Norte. En segundo lugar, pretende formular recomendaciones de

---

\* Documento elaborado a solicitud del Consejo para la Transparencia (CPLT) en el marco del «Plan Piloto de Soluciones Alternativas de Amparos del Derecho de Acceso a Información», Resolución Exenta N° 276/2010, de 2 de septiembre de 2010. El contenido del texto no representa la opinión institucional del CPLT. Todos los errores son de responsabilidad del autor.

\*\* Profesor de Sociología del Derecho en la Universidad Alberto Hurtado. Magister en Gerencia y Políticas Públicas de la Universidad Adolfo Ibáñez. Actualmente cursa el Magister en Derecho, Antropología y Sociedad en The London School of Economics & Political Science. Email: h.rojas@lse.ac.uk.

<sup>1</sup> Vid. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH): *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006, Serie C, N° 151, disponible en Internet: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm?idCaso=245>>.

política pública que contribuyan a la consolidación e institucionalización del «Plan Piloto de Soluciones Alternativas de Amparos del Derecho de Acceso a Información» (en lo sucesivo *PP*), diseñado, ejecutado y evaluado en el CPLT durante el 2010.<sup>2</sup>

Desde un punto de vista metodológico, (1°) se efectuó una revisión de la literatura especializada, tanto nacional como extranjera, referida a los SARC y al derecho de acceso a información; (2°) se analizaron los registros existentes en la Dirección Jurídica y la Dirección de Estudios del CPLT sobre el *PP*; (3°) se entrevistó a los directivos y profesionales del CPLT encargados del *PP*;<sup>3</sup> (4°) se entrevistó a directivos y profesionales de organismos similares al CPLT en el Reino Unido y a abogados especialistas en el derecho de acceso a información en el *Common Law*,<sup>4</sup> y (5°) se revisaron los comentarios proporcionados por los directivos del CPLT a los borradores preliminares de este informe.

La comparación se efectúa a partir de seis variables relevantes para la aplicación de los SARC en materia de acceso a información: (1ª) reconocimiento de los SARC en la legislación sobre acceso a información, (2ª) la incorporación de SARC en los distintos «sistemas de gestión de casos» y los resultados obtenidos a la fecha, (3ª) los criterios utilizados para la selección de los casos que son derivados a SARC, (4ª) la asignación del caso y las atribuciones del analista a cargo de su tramitación, (5ª) la delegación de firma de los directivos en las jefaturas de las unidades encargadas de la tramitación de los casos, y (6ª) los criterios de selección de los casos cuyas decisiones son adoptadas por las máximas autoridades de los organismos que deben velar por el cumplimiento de la legislación sobre acceso a información, o bien, por las jefaturas a cargo de la tramitación de los casos ingresados.

El texto se estructura en siete secciones. A modo de marco teórico, en la primera parte se explica brevemente qué se entiende por SARC y cuáles son sus

<sup>2</sup> Mayores antecedentes sobre esta iniciativa en ROJAS, Hugo: «Solución Alternativa de Amparos del Derecho de Acceso a Información en el Consejo para la Transparencia», Tesis para optar al grado de Magister en Gerencia y Políticas Públicas de la Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago, 2010.

<sup>3</sup> El autor agradece los comentarios de Raúl URRUTIA (Presidente), Alejandro FERREIRO (Consejero), Juan Pablo OLMEDO (Consejero), Raúl FERRADA (Director General), Enrique RAJEVIC (Director Jurídico), Christian ANKER (Jefe de la Unidad de Promoción y Clientes de la Dirección de Estudios), Andrés HERRERA (Jefe de la Unidad de Reclamos de la Dirección Jurídica), Andrea RUIZ (Jefa de la Unidad de Normativa de la Dirección Jurídica), y de los analistas de las direcciones Jurídica y de Estudios del CPLT.

<sup>4</sup> Con ocasión de esta investigación fueron entrevistadas las siguientes personas: Andrew LAING (Head of the Complaint's Resolution Department del Information Commissioner's Office del Reino Unido), Sally Ann POOLE (Enforcement Group Manager del Information Commissioner's Office del Reino Unido), Andrew WHITE (Complaint's Resolution Department Manager del Information Commissioner's Office del Reino Unido), Margaret KEYSE (Head of Enforcement del Scottish Information Commissioner), Euan MCCULLOCH (Deputy Head of Enforcement del Scottish Information Commissioner), Claire SIGSWORTH (Deputy Head of Enforcement del Scottish Information Commissioner), y las abogadas expertas en derecho público en el Common Law, Namrata YADAV (B.L.S./LL.B. Government Law College, Bombay, M.Sc. candidate in Law, Anthropology, and Society, The London School of Economics & Political Science) y María Antonieta NESTOR (LL.B. University College Dublin, LL.M., University of California - Los Angeles; Ph.D. candidate in Law, Trinity College Dublin).

principales características, ventajas y desventajas en cuanto mecanismo para descongestionar la carga de trabajo de los organismos encargados de resolver controversias que se someten a su conocimiento. A continuación se abordan cada una de las seis variables recién enumeradas, incorporando las referencias normativas y los antecedentes estadísticos más importantes y que pueden contribuir a la toma de las decisiones organizacionales que se requieren en el CPLT para consolidar e institucionalizar el *PP* de manera permanente. En la séptima sección se somete a discusión un conjunto de recomendaciones prácticas tendientes a perfeccionar el *PP*, de modo que la búsqueda de soluciones alternativas pase a desempeñar un rol cada vez más relevante en el CPLT. Al final se destacan las principales conclusiones a las que se ha podido arribar en esta ocasión.

## 1. SISTEMAS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

La reflexión y la práctica sobre los SARC —en cuanto mecanismo de gestión de casos— se ha propagado en las décadas recientes en diversos países, y en los últimos años también en Chile.<sup>5</sup> Los SARC no sólo han sido considerados como una herramienta complementaria y útil para solucionar controversias entre partes con intereses contrapuestos, sino que además su inclusión se ha visto validada desde el punto de vista de las políticas públicas al permitir ahorrar recursos públicos. Se entiende por SARC a todas aquellas instancias o medidas que contribuyen a alcanzar un acuerdo o decisión entre las partes involucradas y que son diferentes a la toma de decisión final por parte de un organismo competente para conocer tanto de los hechos como del derecho. En tal sentido, dichas soluciones son concebidas como alternativas a las sentencias definitivas, laudos arbitrales, resoluciones de organismos administrativos que ejercen funciones jurisdiccionales y, en general, al fallo en cualquier litigio de carácter adversarial y adjudicativo. Si son las partes quienes alcanzan por sí mismas un acuerdo, normalmente se trata de una «negociación»; en cambio, si hay un tercero imparcial que colabora en la exploración de los intereses de las partes y en las distintas de opciones de acuerdo, sin proponer bases de arreglo, entonces estamos frente a una «mediación»; si las partes además otorgan a este tercero la posibilidad de proponer bases de arreglo sobre las cuales tomar una decisión, a este mecanismo resolutorio la literatura especializada le suele denominar «conciliación».<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Mayores antecedentes en CAIVANO, Roque, GOBBI, Marcelo, PADILLA, Roberto: *Negociación y Mediación: instrumentos apropiados para la abogacía moderna*. Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2ª ed., 2006; MENKEL-MEADOW, Carrie, KUPFER SCHNEIDER, Andrea, LOVE, Lela, STERNLIGHT, Jean: *Dispute Resolution. Beyond the Adversarial Model*. Aspen, Nueva York, 2005; NÚÑEZ, Raúl: *Negociación, Mediación y Conciliación como métodos alternativos de solución de controversias*. Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2009;

<sup>6</sup> CAIVANO *et al.*, *op. cit.*, p. 39. El listado de los SARC puede ser aún más extenso si se incluyen otras modalidades como: facilitación, mediación-arbitraje (*med-arb*), justicia restaurativa, ombudsman, diálogos comunitarios, e incluso algunos autores incorporan dentro de esta modalidad a las comisiones

Los SARC se caracterizan por ser una alternativa a la resolución judicial, por lo que se evita llevar a cabo o continuar un procedimiento judicial.<sup>7</sup> Al ser una medida alternativa a la oficial o regular, requieren del consentimiento expreso de las partes interesadas en encontrar una pronta salida a un problema. Se suele decir que los SARC son más flexibles e informales que los procedimientos judiciales o administrativos, pues se reducen las ritualidades, tecnicismos, restricciones y formalidades propias de un litigio, lo cual contribuye a un estado de ánimo de mayor cooperación entre las partes.<sup>8</sup> En los SARC se garantiza a las partes la confidencialidad de las informaciones proporcionadas en las conversaciones y sesiones de trabajo destinadas a encontrar una solución. En caso que las partes no lleguen a acuerdo, tales antecedentes no pueden ser usados en su contra en el procedimiento formal que corresponda aplicar a la autoridad competente y que es llamada a resolver en definitiva la controversia.

En general, las principales ventajas de los SARC son las siguientes: (1°) Contribuyen a descongestionar la carga de trabajo de las instituciones encargadas de resolver los casos que les corresponde conocer. Como es sabido, las peticiones de los ciudadanos frente a las autoridades y órganos competentes son cada vez mayores, lo cual se ha traducido en una creciente sobrecarga de trabajo y desgaste por pleitos que podrían haberse prevenido o superado con mayor facilidad y eficiencia. Concebir a los SARC como filtro significa que sólo los casos que no sean viables de resolver de manera alternativa tendrían que ser conocidos en forma adversarial y adjudicativa. (2°) Ofrecen un mayor protagonismo, control y satisfacción de las partes. Al evitar formalismos, es posible que las partes puedan identificar con más facilidad cuál es el núcleo del problema y satisfacer de mejor

---

de verdad y reconciliación en los procesos de transición política (*transitional justice*). Además véase STONE, Katherine V. W.: *Private Justice: The Law of Alternative Dispute Resolution*. Foundation Press, Nueva York, 2000, pp. 5-8. Mayores antecedentes sobre el concepto y las características de las negociaciones en FISHER, Roger, URY, William, PATTON, Bruce: *Sí... ¡de acuerdo! Cómo negociar sin ceder*. Ed. Norma, Bogotá, 1985; FISHER, Roger, SHAPIRO, Daniel: *Beyond Reason: Using Emotions as You Negotiate*. Penguin Books, Nueva York, 2005; SAIEH, Cristián, RODRÍGUEZ, Darío, OPAZO, María del Pilar: *Negociación ¿cooperar o competir?* Ed. Aguilar, Santiago, 2005. Respecto de la mediación, véase FRENKEL, Douglas N., STARK, James H.: *The Practice of Mediation*. Aspen Publishers, Nueva York, 2008; MENKEL-MEADOW *et al.*, *op. cit.*; MARTÍNEZ DE MURGUÍA, Beatriz: *Mediación y resolución de conflictos. Una guía introductoria*. Ed. Paidós, Buenos Aires, 1999.

<sup>7</sup> A modo de ejemplo, en 1997 se modificaron las reglas del proceso civil en Inglaterra y Gales, estableciéndose como regla general que a partir de abril de 1999 el rol de los tribunales de justicia en lo civil —*County Courts, Courts of Appeal y High Court of Justice*— consistiría en contribuir a que las partes llegasen a acuerdos y, en el evento que ello no fuese posible, proceder a dictar sentencia. Los fundamentos del cambio normativo se encuentran en *Access to Justice. Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales* (conocido como «The Woolf Report», 1996), elaborado por Lord Harry Woolf, disponible en: <<http://www.dca.gov.uk/civil/final/index.htm>>. Mayores antecedentes sobre el impacto de esta reforma en ROBERTS, Simon: «‘Listing Concentrates the Mind’: the English Civil Court as an Arena for Structured Negotiation», en *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 29, N° 3, 2009, pp. 457-479 (en la práctica sólo el 2% de los casos civiles termina mediante sentencia judicial). Además consúltense la Civil Procedure Act de 1997, disponible en: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1997/12/contents>>, y la Civil Procedure Rules de 1998, disponible en: <<http://www.legislation.gov.uk/ukxi/1998/3132/contents/made>>.

<sup>8</sup> RAU, Alan S., SHERMAN, Edward F., PEPPET, Scott R.: *Processes of Dispute Resolution. The role of lawyers*. Foundation Press, 4ª ed., Nueva York, 2006, p. 53.

manera sus intereses. En el mismo sentido, se suele decir que los SARC tienen como ventaja el promover la creatividad de las partes en la búsqueda de soluciones. (3°) Si se comparan los plazos que en promedio se toman los órganos jurisdiccionales para resolver, en relación con los plazos de los SARC, es evidente que estos últimos son significativamente menores. (4°) Desde el punto de vista de los costos y de la eficiencia en la gestión de conflictos, los SARC implican menos recursos para el Estado, en comparación con todos los gastos en que se incurre cuando se pone en marcha el aparato judicial para investigar, conocer y resolver una controversia jurídica. (5°) Por último, los SARC provocan sentimientos de menor hostilidad que los sistemas adversariales. Según Roque CAIVANO *et al.*, «una vez que el conflicto se enmarca adversarialmente, se produce una competencia agresiva que destruye la empatía recíproca que podía haber existido entre las partes.»<sup>9</sup> En consideración de estas ventajas, no ha de extrañar que los SARC estén siendo cada vez más incorporados en los modelos de gestión de casos sobre acceso a información pública, como se podrá ver en las secciones que siguen (*infra* § 2 y § 3).

En cuando a las desventajas de los SARC, (1°) se suele cuestionar la falta de publicidad de los acuerdos y decisiones adoptadas. El contenido de las conversaciones sostenidas ha de mantenerse bajo reserva y no puede ser invocado en contra de ninguna de las partes en caso de no alcanzarse acuerdo. Asimismo, si la mediación o consejería otorgada por los profesionales de la institución que conoce de la controversia es exitosa, entonces se soluciona la controversia y la petición inicial del ciudadano es desestimada, pues se entiende que sus intereses han sido satisfechos. (2°) En caso de alcanzarse acuerdo en un proceso de mediación, conciliación o consejería, dicha situación no puede ser invocada como precedente en futuros casos o situaciones de similares características, pues hacerlo implicaría vulnerar la reserva de lo discutido en sesiones confidenciales. (3°) Para que los SARC se lleven a cabo es necesario contar con el consentimiento de las partes, lo cual no es fácil de obtener en culturas que por años han privilegiado modelos adversariales y la judicialización de las controversias. (4°) No es posible evitar que alguna de las partes actúe de mala fe y consienta en someterse a un mecanismo de solución alternativa con la finalidad de dilatar innecesariamente el proceso, a sabiendas que no existe ánimo de su parte de alcanzar un arreglo.

## 2. LOS SARC EN LA LEGISLACIÓN SOBRE ACCESO A INFORMACIÓN

La posibilidad de poner término a las controversias sobre acceso a información a través de SARC se encuentra reconocida en la legislación de diversos países. La Sección 49 (3.b y 4) de la Freedom of Information Act de Escocia —aprobada por el Parlamento escocés el 24 de abril de 2002, confirmada por la Corona el 28 de mayo de 2002 y vigente desde el 1° de enero de 2005—, a propósito de la manera de resolver del Scottish Information Commissioner, se refiere a la búsqueda de acuerdos (*settlements*) entre las partes:

<sup>9</sup> CAIVANO *et al.*, *op. cit.*, p. 34.

- (3) In any other case, the Commissioner must—
  - a) give that authority notice in writing of the application and invite its comments; and
  - b) if no settlement has in the meantime been effected, reach a decision on the application before the expiry of four months after receiving it, or before the expiry of such other period as is reasonable in the circumstances.
- (4) The Commissioner may endeavour to effect a settlement between the applicant and that authority before the expiry of the period allowed by subsection (3) for reaching a decision on the application.

Por su parte, la Oficina de Servicios de Gobierno e Información (Office of Government and Information Services, OGIS) del Archivo Nacional y Registros de la Administración de los Estados Unidos (National Archives and Records Administration, NARA) —creada mediante la Honest Leadership and Open Government Act de 2007, que modifica la Sección 552 de la Freedom of Information Act (FOIA) de 1966, y en funcionamiento desde comienzos de septiembre de 2009—, tiene atribuciones para officiar como mediador en las disputas entre los requirentes de información pública y los organismos federales. Si las partes no llegan a acuerdo en el proceso de mediación, la normativa señala expresamente que la OGIS puede aconsejarles mediante opiniones.<sup>10</sup> La norma que establece las facultades de mediación y de asesoría de la OGIS es la que sigue:

(h) (1) There is established the Office of Government Information Services within the National Archives and Records Administration. [...]

(3) The Office of Government Information Services shall offer mediation services to resolve disputes between persons making requests under this section and administrative agencies as a non-exclusive alternative to litigation and, at the discretion of the Office, may issue advisory opinions if mediation has not resolved the dispute.

La Freedom of Information Act (FOI Act) de Irlanda, vigente desde el 21 de abril de 1998, establece que en cualquier etapa la Office of the Information Commissioner (OIC) se encuentra facultada para buscar un acuerdo (*settlement*) entre las partes, en consideración de los planteamientos del reclamante y de los antecedentes que le han sido proporcionados.<sup>11</sup> Lo anterior es coincidente con lo dispuesto en la Sección 37(6) de dicha norma, que promueve que las revisiones de las apelaciones que corresponda conocer al OIC se hagan de manera informal, en

---

<sup>10</sup> «OGIS's key responsibilities include: (1) *Review compliance and policy*. Review policies and procedures of administrative agencies under the FOIA. Review compliance with FOIA by agencies. Recommend policy changes to Congress and the President to improve the administration of FOIA. (2) *Mediate disputes*. Offer mediation services to resolve disputes between persons making FOIA requests and agencies (non-exclusive alternative to litigation). May issue advisory opinions if mediation has not resolved the dispute. (3) *Serve as ombudsman*. Solicit and receive comments and questions from Federal agencies and the public regarding the administration of FOIA to improve FOIA processes and facilitate communication between agencies and FOIA requesters» (itálicas agregadas). OGIS: *About OGIS*, disponible en Internet: <<http://www.archives.gov/ogis/about.html>>.

<sup>11</sup> El Information Commissioner es además el Commissioner for Environmental Information (CEI). *Vid.* Access to Information on the Environment Regulations, de 2007 (Statutory Instrument No. 133/2007).

vez de privilegiar procedimientos altamente estructurados y cuasi-judiciales. A mayor abundamiento, la Sección 34(7) de la FOI Act de 1997 señala:

Where an application under subsection (2) is made, the Commissioner may at any time endeavour to effect a settlement between the parties concerned of the matter concerned and may for that purpose, notwithstanding subsection (3), suspend, for such period as may be agreed with the parties concerned and, if appropriate, discontinue, the review concerned.

La Access to Information Act (ATIA), aprobada en Canadá en 1982, estableció el derecho de los ciudadanos, residentes permanentes y corporaciones de acceder a información en poder de los organismos federales. La institución requerida cuenta con el plazo de treinta días para responder; si el peticionario queda insatisfecho con la respuesta obtenida, puede apelar (*complaint*) ante el Office of the Information Commissioner (OIC) dentro de sesenta días.<sup>12</sup> El Comisionado sirve de «intermediario imparcial» entre el peticionario y el órgano reclamado, y cuenta con facultades para investigar y formular recomendaciones, pero no tiene atribuciones resolutorias ni sancionatorias. Si las gestiones llevadas a cabo por el Comisionado no prosperan o sus recomendaciones no son oídas, la controversia puede ser sometida a conocimiento de los tribunales federales.<sup>13</sup> Con todo, la mayoría de los casos que son conocidos por el OIC son resueltos a través de mediaciones.

También es posible encontrar ejemplos de incorporación de SARC en el nivel estadual en países como Australia<sup>14</sup> y Canadá. Por ejemplo, en el estado de Western Australia el Information Commissioner —quien es nombrado por el Gobernador y dura siete años en el cargo— se encuentra facultado para suspender la tramitación de los reclamos en cualquier momento de su tramitación, con la finalidad de resolverlos mediante conciliación o negociación entre las partes. Tal como lo señala la Sección 71 de la Freedom of Information Act de 1992, el

<sup>12</sup> El Comisionado cuenta con cuatro áreas de trabajo: (1°) resolución de reclamos, (2°) políticas públicas, comunicaciones y operaciones, (3°) asesoría jurídica y (4°) recursos humanos; y un total de 106 funcionarios jornada completa. Mayores antecedentes en Internet: <<http://www.oic-ci.gc.ca/>>.

<sup>13</sup> DARUWALA, Maja *et al.*: «Access to Information Act. Recommendations for strengthening the access to information regime in the Government of Canada», Commonwealth Human Rights Initiative (CHRI), Nueva Delhi, agosto de 2008, p. 2.

<sup>14</sup> En los seis estados de Australia se han aprobado leyes de acceso a información, las que se aplican a todos los organismos estatales y locales: (1) *Western Australia*: Freedom of Information Act de 1992, (2) *South Australia*: Freedom of Information Act de 1991, (3) *Tasmania*: Freedom of Information Act de 1991, (4) *Victoria*: Freedom of Information Act de 1982, (5) *New South Wales*: Freedom of Information Act de 1989, y (6) *Queensland*: Freedom of Information Act de 1992. Asimismo, en los dos territorios continentales de Australia también se han dictado normas sobre información pública: (7) *Australian Capital Territory*: Freedom of Information Act de 1989, y (8) *Northern Territory*: Information Act de 2002. La normativa federal y estadual sobre acceso a información pública, transparencia y privacidad de datos en Australia se encuentra en «Privacy & Related Legislation in Australia», disponible en Internet: <[http://www.privacy.vic.gov.au/privacy/web.nsf/download/8219B55BB38A8CBBCA256F8C00209B48/\\$FILE/Privacy%20and%20related%20legislation%20in%20Australia%20at%205%20November%2009.pdf](http://www.privacy.vic.gov.au/privacy/web.nsf/download/8219B55BB38A8CBBCA256F8C00209B48/$FILE/Privacy%20and%20related%20legislation%20in%20Australia%20at%205%20November%2009.pdf)>.



Comisionado puede nombrar a una persona para que actúe como conciliador en el caso, quien tiene atribuciones para obligar a las partes a asistir a una audiencia, pero no para pedir la entrega de los documentos.

*Section 71. Conciliation*

- (1) The Commissioner may, at any stage, suspend inquiries, investigations or other proceedings so that efforts can be made to resolve the complaint by conciliation or negotiation between the parties.
- (2) The Commissioner may give such directions and do such other things as the Commissioner thinks fit in order to facilitate the resolution of a complaint by negotiation or conciliation.
- (3) Without limiting subsection (2), the Commissioner may nominate a person to act as a conciliator in relation to a complaint.
- (4) A person nominated as a conciliator—
  - (a) may require the parties to the complaint to attend compulsory conferences; but
  - (b) does not have power to require the production of the requested documents or to require the provision of information.

En el nivel estadual también se recurre en Canadá a la mediación como mecanismo alternativo para resolver las controversias sobre acceso a información. Así, por ejemplo, la Freedom of Information and Protection of Privacy Act (1990) del estado de Ontario menciona específicamente la participación de un «mediador». De hecho, el 60% de las apelaciones presentadas el 2003 ante el Ontario Information Commissioner se resolvió a través de mediaciones.<sup>15</sup>

10

*Mediator to try to effect settlement:*

51. The Commissioner may authorize a mediator to investigate the circumstances of any appeal and to try to effect a settlement of the matter under appeal.

Por otra parte, hay países en los que la legislación nada dice respecto de los SARC en materia de acceso a información, a pesar que éstos son utilizados en forma cotidiana para poner término a los casos, tal como sucede en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte.<sup>16</sup> Similar situación acontece en el caso chileno: a pesar

---

<sup>15</sup> THE CARTER CENTER: *Access to Information: Building a Culture of Transparency. Jamaica*. Atlanta, junio de 2006, disponible en Internet: <<http://www.cartercenter.org/documents/2364.pdf>>, p. 23. Además véanse las siguientes normas estaduales: Freedom of Information and Protection of Privacy Act (Alberta), Freedom of Information and Protection of Privacy Act (Manitoba), Freedom of Information and Protection of Privacy Act (Saskatchewan), Act respecting access to documents held by public bodies and the protection of personal information (Quebec).

<sup>16</sup> A pesar que no exista norma legal que lo establezca en forma expresa, es posible encontrar directrices internas que promueven SARC para resolver amparos y fiscalizar el cumplimiento de la normativa sobre acceso a información. Por ejemplo, en la *Estrategia de Fiscalización* del Information Commissioner's Office (ICO) del Reino Unido, se establece lo siguiente: «When the ICO becomes aware of situations where public authorities are regularly or seriously failing to meet expected standards of good practice it will intervene by taking appropriate action. The type of intervention will be appropriate to the failure and proportionate. The interventions or actions the ICO can take include: Specific advice and guidance from ICO and others; Exhortation and negotiation; Assessments; Practice Recommendations; Positive and negative publicity; Special Reports to Parliament.» Y respecto de la negociación como mecanismo

que la LT nada dice respecto de los SARC, los analistas del CPLT efectúan gestiones informales en casos específicos que son seleccionados en las sesiones ordinarias del Consejo Directivo, cuyos Consejeros de todas maneras firman las decisiones que acogen el desistimiento del reclamante o que declaran la conformidad objetiva entre lo solicitado y lo proporcionado por el órgano reclamado. Al respecto cabe mencionar que, el 19 de mayo de 2010, el Presidente del CPLT envió al Presidente de la República un conjunto de propuestas de perfeccionamiento a la LT (Oficio N° 0886), incluyendo la incorporación en el texto legal de la siguiente norma:

*Artículo 24 bis:* Desde la presentación del reclamo o el amparo, según corresponda, el Consejo estará facultado para promover instancias alternativas de solución de conflictos entre el solicitante, el órgano y el tercero involucrado.

De no llegarse a una solución que satisfaga a las partes, la información recabada en dichos procedimientos y las opiniones emitidas por éstas no podrán ser consideradas como prueba en la resolución definitiva del caso.

Asimismo, los pronunciamientos formulados por el Consejo durante esta instancia no lo inhabilitarán para resolver en definitiva.

### 3. LOS SARC EN LOS SISTEMAS DE GESTIÓN DE CASOS

Más que la consagración expresa de los SARC en la legislación sobre acceso a información, importa ver si en la experiencia comparada aquéllos son o no utilizados para resolver los amparos o reclamos que son interpuestos por las personas en contra de los organismos que han denegado total o parcialmente la información requerida. En esta sección se explica cómo los SARC han contribuido a descongestionar la carga de trabajo en la mayoría de los países analizados. En apoyo de las descripciones que se ofrecen, se agregan los antecedentes estadísticos más relevantes.

En los primeros cinco años de vigencia de la ley de acceso a información, el Office of the Scottish Information Commissioner (OSIC) recibió 2.352 reclamos (*applications*) en contra de organismos públicos escoceses. En 934 ocasiones el Comisionado dictó una decisión de fondo (equivalente al 39,7% de los casos ingresados); mientras que en 608 casos los reclamantes se desistieron o se logró un acuerdo entre las partes (equivalente al 25,9%), en cuyo caso no fue necesario que el Comisionado emitiera una decisión de fondo.

---

alternativo de resolución, en dicho documento se aclara que: «This is not a formal enforcement power but an approach that will be widely used by the Enforcement team in order to bring about conformity with the Codes and compliance with the FOIA [Freedom of Information Act] and EIR [Environmental Information Regulations]. Public authorities will be given every opportunity for voluntary compliance. However, it is important in building and maintaining public confidence in and respect for the system that the Commissioner develops procedures which are robust and transparent in taking steps to ensure that public authorities fulfil their statutory obligations.» *Vid.* ICO: «Freedom of Information. Enforcement Strategy», mayo de 2007, pp. 2 y 8. Esto último ha sido confirmado en el «Monitoring Strategy» del ICO, de marzo de 2009.

**Tabla N° 1** Reclamos presentados y resueltos por el OSIC (2005-2009)

	2005	2006	2007	2008	2009	Total
Total de reclamos conocidos por el Scottish Information Commissioner	580	512	482	367	421	2.352
Total de casos terminados durante la investigación, sea por acuerdo de las partes o por desistimiento del reclamante	52	130	180	135	111	608
Total de casos resueltos (decisión de fondo)	98	247	249	174	166	934

Fuente: Elaboración propia a partir de OSIC: *You only have to ask. Freedom of Information Annual Report 2009*, pp. 7 y ss.

En lo que respecta al 2010, el OSIC recibió 408 reclamos por incumplimiento de la normativa sobre acceso a información. Ese mismo año el OSIC adoptó una decisión de fondo en 249 casos (50% más que el 2009). El 61% de los casos fueron terminados dentro de un plazo de cuatro meses, y el 96% dentro de doce meses, mientras que el promedio general del OSIC en adoptar una decisión de fondo fue de 5.2 meses.<sup>17</sup> Durante el curso de las investigaciones se puso término a 109 casos sin necesidad de dictar sentencia, lo que corresponde al 24% del total ingresado el 2010. Las razones por las cuales tales reclamos no continuaron fueron básicamente dos: (1°) desistimiento del reclamante (60%), y (2°) *settlement* o acuerdo entre las partes (40%, *i.e.*, 12% del total de reclamos ingresados durante el 2010).<sup>18</sup> En estos últimos casos lo que ocurre es una negociación entre la autoridad y el requirente, en la cual cooperan como facilitadores los profesionales del Comisionado, *e.g.*, convocando a las partes a una reunión en la que el requirente tiene la posibilidad de explicar el sentido de su solicitud o precisar lo pedido, y la autoridad puede solicitar aclaraciones, entregar u ofrecer información y evaluar de qué manera se puede comprometer a proporcionar los antecedentes originalmente pedidos u otros que sean de interés para el requirente.

**Tabla N° 2** Análisis pormenorizado de ingresos y egresos en el OSIC (2008-2010)

	2008	2009	2010
Stock acumulado	183	130	165
Ingresos nuevos	367	421	408
<i>Total de casos en el OSIC</i>	<i>550</i>	<i>551</i>	<i>573</i>
Total de casos cerrados sin investigación de parte del OSIC	125	117	98
Total de casos cerrados durante la investigación (desistimientos y acuerdos)	121	103	109
Total de casos terminados por decisión del OSIC	174	166	249
<i>Total de casos terminados</i>	<i>420</i>	<i>386</i>	<i>456</i>

Fuente: Elaboración propia a partir de OSIC: «Applications Overview», disponible en: <<http://www.itspublicknowledge.info/inyourhands/applications-overview.html>>.

<sup>17</sup> SCOTTISH INFORMATION COMMISSIONER (OSIC): *Online Annual Report 2010*, disponible en: <<http://www.itspublicknowledge.info/inyourhands/index.html>>.

<sup>18</sup> *Ibid.*

La Oficina del Comisionado de Información del Reino Unido (Information Commissioner's Office, en adelante ICO) es un organismo autónomo que debe velar por el cumplimiento de los siguientes cuerpos normativos: Data Protection Act (1998), Freedom of Information Act (2000), Environmental Information Regulations (2004), Privacy and Electronic Communications Regulations (2003), e Infrastructure for Spatial Information in the European Community Regulations (2009).<sup>19</sup> Tiene por misión hacer valer los derechos de información de los ciudadanos, promoviendo la transparencia de los organismos públicos y resguardando la correcta protección de los datos sensibles de los individuos.<sup>20</sup> Sus principales funciones son (1º) educar e influir a través de la promoción de buenas prácticas, proporcionar información y asesorar a los ciudadanos;<sup>21</sup> (2º) resolver problemas de las personas que consideran que sus derechos han sido vulnerados, para lo cual el ICO selecciona los casos que va a conocer; y (3º) fiscalizar y sancionar a quienes no cumplan con la normativa vigente, debiendo hacerlo.<sup>22</sup>

En el último tiempo se aprecia en el ICO un aumento en la cantidad de reclamos (*freedom of information complaints*): en el período comprendido entre el 1º de abril de 2008 y el 31 de marzo de 2009, recibió un total de 3.100 reclamos, mientras que en el período siguiente, es decir entre el 1º de abril de 2009 y el 31 de marzo de 2010, dicha cifra se elevó a 3.734 casos, lo que corresponde a un aumento del 20% de la carga de trabajo.<sup>23</sup> Es interesante constatar que en el año fiscal 2009/10 el ICO resolvió 4.196 casos, lo que equivale a un aumento del 39% en la capacidad de decisión de dicho organismo en relación a lo acontecido el 2008/9.<sup>24</sup> De los 4.196 casos cerrados el 2009/10, 2.195 fueron terminados gracias a las «negociaciones informales» conducidas por los analistas (*officers*); por otra parte, en otros 628 casos el ICO se pronunció en cuanto al fondo del asunto a través de *decision notices* —siendo apeladas 161 de estas decisiones adoptadas.<sup>25</sup>

<sup>19</sup> INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE, <[http://www.ico.gov.uk/about\\_us/what\\_we\\_do.aspx](http://www.ico.gov.uk/about_us/what_we_do.aspx)>.

<sup>20</sup> INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE: *Information Commissioner's Annual Report 2009/10. Upholding information rights in a changing environment* 2010, p. 6, disponible en Internet: <[http://www.ico.gov.uk/upload/documents/library/corporate/detailed\\_specialist\\_guides/annual\\_report\\_2010.pdf](http://www.ico.gov.uk/upload/documents/library/corporate/detailed_specialist_guides/annual_report_2010.pdf)> (en lo sucesivo *Annual Report 2009/10...*).

<sup>21</sup> En cuanto a los estándares que el ICO ha establecido para cumplir con sus propias obligaciones de responder oportunamente las solicitudes de información de los ciudadanos, véase ICO: *Achieving our value of being a model of best practice*, 2010, disponible en Internet: <[http://www.ico.gov.uk/about\\_us/how\\_we\\_comply.aspx](http://www.ico.gov.uk/about_us/how_we_comply.aspx)>. Las respuestas del ICO frente a las solicitudes de información que le son formuladas se encuentran disponibles en Internet: <[http://www.ico.gov.uk/about\\_us/what\\_we\\_do/request\\_information\\_from\\_us/disclosure\\_log.aspx](http://www.ico.gov.uk/about_us/what_we_do/request_information_from_us/disclosure_log.aspx)>.

<sup>22</sup> El nuevo *Information Commissioner*, Christopher GRAHAM, nombrado en junio de 2009, ha efectuado cambios sustantivos en los últimos meses, modificando los procesos de trabajo del ICO y la manera en que eran gestionados los casos, con una mayor orientación hacia la satisfacción de los usuarios. Mayores antecedentes sobre el ICO en Internet: <[http://www.ico.gov.uk/about\\_us/what\\_we\\_do.aspx](http://www.ico.gov.uk/about_us/what_we_do.aspx)>.

<sup>23</sup> ICO: *Annual Report 2009/10...*, p. 28.

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> *Id.*, pp. 28 y s.

**Tabla N° 3** Tipos de término de los reclamos en el ICO (2009-2010) (%)

Tipo de término	Porcentaje
Decisión de fondo	17
Negociación informal	52
Sin revisión interna	5
Ininteligible / inadmisible	15
Desistimiento	2
Reabierto	8

Fuente: ICO: *Annual Report 2009/10*, p. 31.

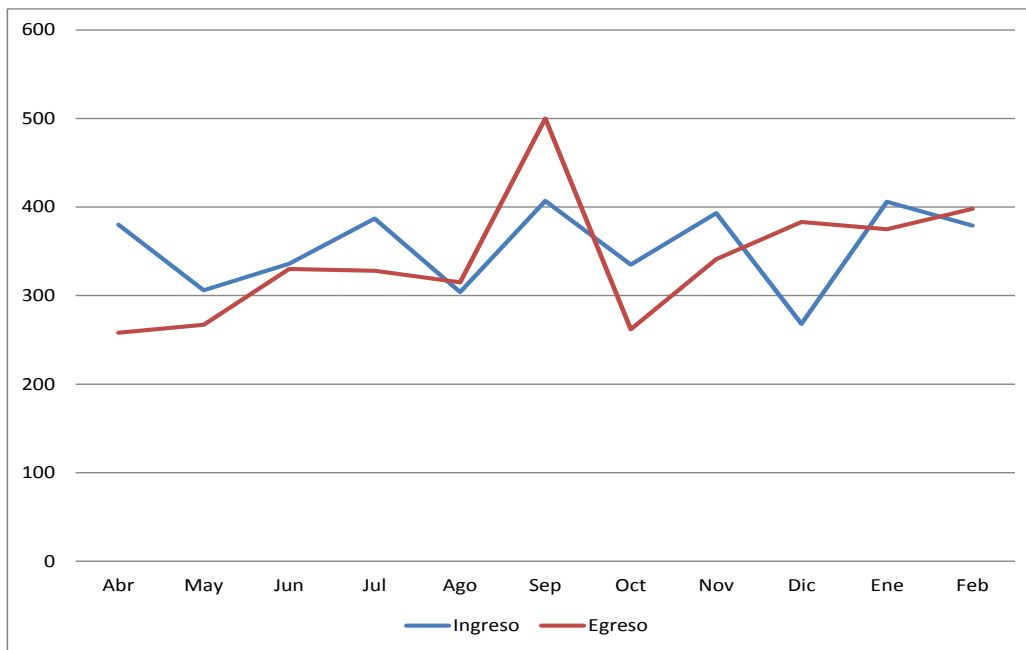
Si se revisa el comportamiento de los ingresos y egresos en lo que va corrido del último año fiscal (2010/11), se puede apreciar un leve incremento del *stock* acumulado de casos. En efecto, entre el 1° de abril de 2010 y el 28 de febrero de 2011 ingresaron en el ICO 3.901 reclamos por incumplimiento de la normativa sobre acceso a información (con un promedio mensual de 354,6), por lo que es posible señalar que continúa al alza la tendencia del número de ingresos. En ese mismo período el ICO puso término a 3.757 casos (con un promedio mensual de 341,5), por lo que es factible suponer que —una vez agregados los datos del mes de marzo de 2011— el número de egresos para el año 2010/11 será similar a lo ocurrido en el 2009/10 (4.196). Como se puede apreciar en la Tabla N° 3, sólo en cuatro de los últimos once meses el número de egresos ha sido superior al número de ingresos. Cabe mencionar que en estos momentos el *stock* acumulado en el ICO asciende a 1.193 casos sobre acceso a información, 366 de los cuales tienen menos de 30 días de antigüedad (30,7%), 244 entre 31 y 90 días (20,4%), 346 entre 91 y 180 (29%), 208 entre 181 y 365 días (17,4%), y 29 casos tienen más de un año de antigüedad (2,4%).<sup>26</sup>

<sup>26</sup> ICO: «Casework handling performance. Overview. February 2011».

**Tabla N° 4** Ingresos y egresos en el ICO en los últimos once meses (2010/11)

Año	Mes	Ingresos	Egresos	Diferencia
2010	Abril	380	258	122
	Mayo	306	267	39
	Junio	336	330	6
	Julio	387	328	59
	Agosto	304	315	-11
	Septiembre	407	500	-93
	Octubre	335	262	73
	Noviembre	393	341	52
	Diciembre	268	383	-115
2011	Enero	406	375	31
	Febrero	379	398	-19
Total		3.901	3.757	144

Fuente: Elaboración propia a partir de ICO: «Casework handling performance. Overview (February 2011)».

**Gráfico N° 1** Número de casos sobre acceso a información ingresados y terminados en el ICO (abril de 2010 – febrero de 2010)

Fuente: Elaboración propia a partir de ICO: «Casework handling performance. Overview (February 2011)».

Desde el punto de vista de la velocidad en la gestión de los casos, el ICO ha publicado los estándares que se ha impuesto en el cumplimiento de sus atribuciones como órgano encargado de resolver las controversias en materia de acceso a información. Ha establecido un plazo de treinta días para informar al

solicitante si el caso será o no acogido a tramitación. Una vez que el caso es declarado admisible, el indicador de resultado es el siguiente: el 50% de los casos admisibles ha de ser resuelto antes de tres meses desde el ingreso del reclamo, mientras que el otro 50% ha de estar terminado antes del plazo de seis meses. De manera excepcional un caso podría tardar hasta doce meses.<sup>27</sup> En caso que el reclamante no esté conforme con el desempeño del Complaint's Resolution Department —e.g., los plazos de tramitación han sido desmedidos, la interpretación normativa es inadecuada, etc.—, puede expresar su malestar ante la institución y solicitar que se realice una investigación interna,<sup>28</sup> o interponer un recurso de apelación ante el Information Tribunal (First-tier Tribunal, Information Rights), ubicado en Leicester, dentro de veintiocho días.<sup>29</sup>

En los hechos, la velocidad en la tramitación de los reclamos sobre acceso a información en el ICO es la siguiente: el 49% de los reclamos ingresados entre el 1° de abril de 2009 y el 31 de marzo de 2010 fueron terminados antes de 30 días de tramitación, 27% entre 31 y 365 días, y el 24% restante se mantiene pendiente. Al 1° de abril de 2010, el ICO tenía 117 casos pendientes con más de un año de antigüedad y sólo once casos pendientes con más de dos años de antigüedad.<sup>30</sup> En lo que va del año fiscal 2010/11, el 93% de los casos sobre acceso a información con más de 365 días de antigüedad se encuentra terminado, mientras que el 78% de los casos ingresados en los últimos 180 días ya está concluido.<sup>31</sup> Por ejemplo, si se revisa la antigüedad de los 3.757 casos terminados por el ICO entre el 1° de abril de 2010 y el 28 de febrero de 2011, el 26,4% corresponde a casos de menos de 30 días de antigüedad, el 37,8% entre 31 y 90 días, el 13,8% entre 91 y 180 días, el 15,4% entre 181 y 365 días, y el 6,6% restante corresponde a casos con más de 365 días de antigüedad.

**Tabla N° 5** Antigüedad de los casos sobre acceso a información terminados por el ICO en los últimos once meses (abril de 2010 – febrero de 2011)

Antigüedad	Frecuencia relativa	Frecuencia acumulada	Porcentaje relativo	Porcentaje acumulado
0 a 30 días	990	990	26.4	26.4
31 a 90 días	1.422	2.412	37.8	64.2
91 a 180 días	520	2.932	13.8	78.0
181 a 365 días	578	3.510	15.4	93.4
Más de 365 días	247	3.757	6.6	100.0

Fuente: Elaboración propia a partir de ICO: «Casework handling performance. Overview (February 2011)».

<sup>27</sup> ICO, <[http://www.ico.gov.uk/about\\_us/what\\_we\\_do/corporate\\_information/service\\_standards.aspx](http://www.ico.gov.uk/about_us/what_we_do/corporate_information/service_standards.aspx)>.

<sup>28</sup> Véase al final el formulario de reclamo en contra del ICO.

<sup>29</sup> Vid. <<http://www.informationtribunal.gov.uk/>>. También es posible denunciar al ICO ante el Ombudsman, pero eso se debe hacer a través del Member of Parliament (MP) respectivo. Véanse las percepciones de los usuarios sobre la calidad de los servicios del ICO en JIGSAW RESEARCH: *Customer Satisfaction Survey 2009*. Reino Unido, julio de 2009, disponible en Internet: <[http://www.ico.gov.uk/about\\_us/research/corporate.aspx](http://www.ico.gov.uk/about_us/research/corporate.aspx)>.

<sup>30</sup> ICO: *Annual Report 2009/10*.

<sup>31</sup> ICO: «Casework handling performance. Overview. February 2011».

Por otra parte, en los primeros diez años de aplicación de la legislación irlandesa sobre libertad de información, *i.e.*, entre el 21 de abril de 1998 y el 21 de abril de 2008, los organismos públicos respondieron cerca de 130.000 peticiones de información solicitadas en conformidad a la Freedom of Information Act (aprobada en abril de 1997 y modificada el 2003). Sólo en 5.300 ocasiones los solicitantes apelaron ante el Office of the Information Commissioner (OIC), entidad que declaró admisibles 4.058 casos, de los cuales el 25% (1.015) fueron acordados o decididos a favor del apelante, mientras que en el 41% de los casos (1.584) se encontró la razón al organismo —en los 1.459 casos restantes las apelaciones fueron abandonadas o retiradas.<sup>32</sup>

**Tabla N° 6** Número peticiones formuladas a organismos públicos irlandeses y número de apelaciones declaradas admisibles por el Office of the Information Commissioner (1998-2007)

Año	N° de solicitudes de acceso a información formuladas a organismos públicos irlandeses	N° de apelaciones declaradas admisibles y conocidas por el OIC
1998/09	3.699	179
1999/10	11.531	443
2000/01	13.705	422
2001/02	15.428	387
2002/03	17.196	585
2003/04	18.443	922
2004/05	12.597	333
2005/06	14.615	285
2006/07	11.804	254
2007/08	10.704	248
Total	129.722	4.058

Fuente: OFFICE OF THE INFORMATION COMMISSIONER: *Freedom of Information. The First Debate*. Dublín, 2008, p. 15.

En los últimos dos años la tendencia ha sido similar: el 2008 se presentaron 12.672 requerimientos y el 2009 dicha cifra llegó a 14.290 (*i.e.*, un incremento de un 13% en relación al año anterior); mientras que las apelaciones (*applications for review*<sup>33</sup>) presentadas ante el OIC en tales años fueron de 304 y 324,

<sup>32</sup> OFFICE OF THE INFORMATION COMMISSIONER (OIC): *Freedom of Information. The First Debate*. Dublín, 2008, p. 2, disponible en Internet: <http://www.oic.gov.ie/en/Publications/SpecialReports/10thAnniversaryPublication-FreedomofInformationTheFirstDecade/File,8397,en.pdf>.

<sup>33</sup> Las apelaciones deben ser formuladas por escrito —llenando el formulario *on-line*, por correo postal o entregado personalmente en las oficinas del OIC— y se requiere el pago de una tarifa de 150 euros, aunque hay exenciones (*e.g.*, si lo solicitado corresponde a información personal del apelante, o el órgano reclamado no respondió dentro de plazo, etc.). Si el apelante es un tercero o un beneficiario del sistema de salud la tarifa se reduce a 50 euros —nótese que en Irlanda un porcentaje considerable de los reclamos son interpuestos en contra de los servicios de salud—.



respectivamente (*i.e.*, un incremento de un 7% en relación al año anterior).<sup>34</sup> De las 324 apelaciones interpuestas el 2009, el OIC sólo declaró admisibles 242. Ese mismo año se resolvieron 235 casos, 97 mediante decisiones de fondo (equivalente al 41% de todos los casos terminados), y se obtuvo acuerdo entre las partes en 49 casos (21%). El 2007 el porcentaje de casos que terminaron por acuerdo de las partes fue de un 17%, y el 2006 de un 9%, lo cual refleja la importancia gradual que los SARC han ido adquiriendo en el sistema irlandés. A esa cifra se tiene que considerar que en el 36% de los casos los reclamantes se desisten, lo cual también se debe al rol del Comisionado de colaborar en la resolución expedita e informal de las controversias.<sup>35</sup> En cuanto a los tiempos de tramitación, la tabla que sigue muestra la velocidad en que el Comisionado resolvió durante el 2009 las 235 apelaciones declaradas admisibles:

**Tabla N° 7** Tiempo de tramitación de las apelaciones en el OIC de Irlanda (2009)

Antigüedad de la apelación	Frecuencia	Porcentaje
0-4 meses	71	30.2
5-12 meses	47	20.0
13-24 meses	79	33.6
Más de 24 meses	38	16.2
Total	235	100

Fuente: OFFICE OF THE INFORMATION COMMISSIONER: *Annual Report 2009*. Dublín, 2010, p. 15.

En el último informe que da cuenta de la gestión del OIC, Emily O'REILLY (Information Commissioner y Ombudsman de Irlanda) ha destacado el rol que juega la búsqueda de acuerdos entre las partes en el modelo de gestión de las apelaciones. En algunas ocasiones se solicita al apelante focalizar la información pedida si se estima que parte de lo solicitado en realidad proporciona poco valor agregado para el ciudadano. También pudiera ocurrir que el organismo apelado esté disponible para entregar otros antecedentes que no fueron pedidos originalmente, pero que sí podrían tender a satisfacer al apelante.

The FOI Act provides that at any stage during a review, I may try to effect a settlement between the parties on the records to be released. In some cases, requesters may agree to narrow the focus of the review by agreeing to exclude records which will add little or no value to the information they seek. In others, it might be agreed that additional records outside the scope of the original request be released without the need for me to arrive at a formal decision in the case. As always, I would encourage public bodies, in the course of dealing with requests, to engage directly with requesters with a view to achieving

<sup>34</sup> OFFICE OF THE INFORMATION COMMISSIONER: *Annual Report 2009*. Dublín, 2010, p. 11, disponible en Internet: <<http://www.oic.gov.ie/en/Publications/AnnualReports/AnnualReport2009/File,12066,en.pdf>>.

<sup>35</sup> *Id.*, pp. 15 y s. Para el período 2007-2009 se constata un aumento desde el 52 al 57% en la resolución de casos a través de negociaciones informales y desistimientos de los reclamantes.

settlements in those cases where a full granting of the request is unlikely. In most cases in which the application is withdrawn, this comes about following detailed discussions between the applicant and a member of my staff, and can often result in release of records by the public body at different stages of the review.<sup>36</sup>

Respecto del sistema de gestión de casos del Office of Government and Information Services (OGIS) en Estados Unidos, desde sus orígenes incorporó a la «mediación» como mecanismo alternativo para resolver las controversias sometidas a su conocimiento.<sup>37</sup> Por ejemplo, en el primer trimestre de funcionamiento —vale decir, durante los meses de septiembre a diciembre de 2009—, el OGIS conoció de 30 casos, 23 de los cuales ya estaban terminados al 30 de enero de 2010. Si se revisan los tipos de término, el 26,1% de esos 23 casos corresponde a acuerdos alcanzados gracias a las mediaciones que condujeron los analistas de la OGIS.<sup>38</sup> Tal como lo destacara Miriam NISBET, Directora de la OGIS, en su intervención en el seminario internacional «Implementación de la Ley de Transparencia y el Derecho de Acceso a la Información Pública en Chile» —organizado por el CPLT y realizado en Santiago los días 20 y 21 de abril de 2010—, la mediación es un elemento central del modelo de gestión de casos de la OGIS.<sup>39</sup> El Gráfico N° 2 muestra la cantidad de casos ingresados y terminados desde la creación del organismo. Durante su primer año de funcionamiento el OGIS conoció 391 casos, de los cuales había resuelto 329 a noviembre de 2010 (equivalente al 84,1%), quedando pendientes 62 casos de resolución (15,9%). De esos 329 casos, el OGIS realizó mediaciones en 83 ocasiones, alcanzando acuerdos exitosos entre las partes en 68 oportunidades. Es decir, el OGIS buscó una salida alternativa en el 25,2% de los casos, con una tasa de éxito del 81,9%.<sup>40</sup>

---

<sup>36</sup> *Ibid.*

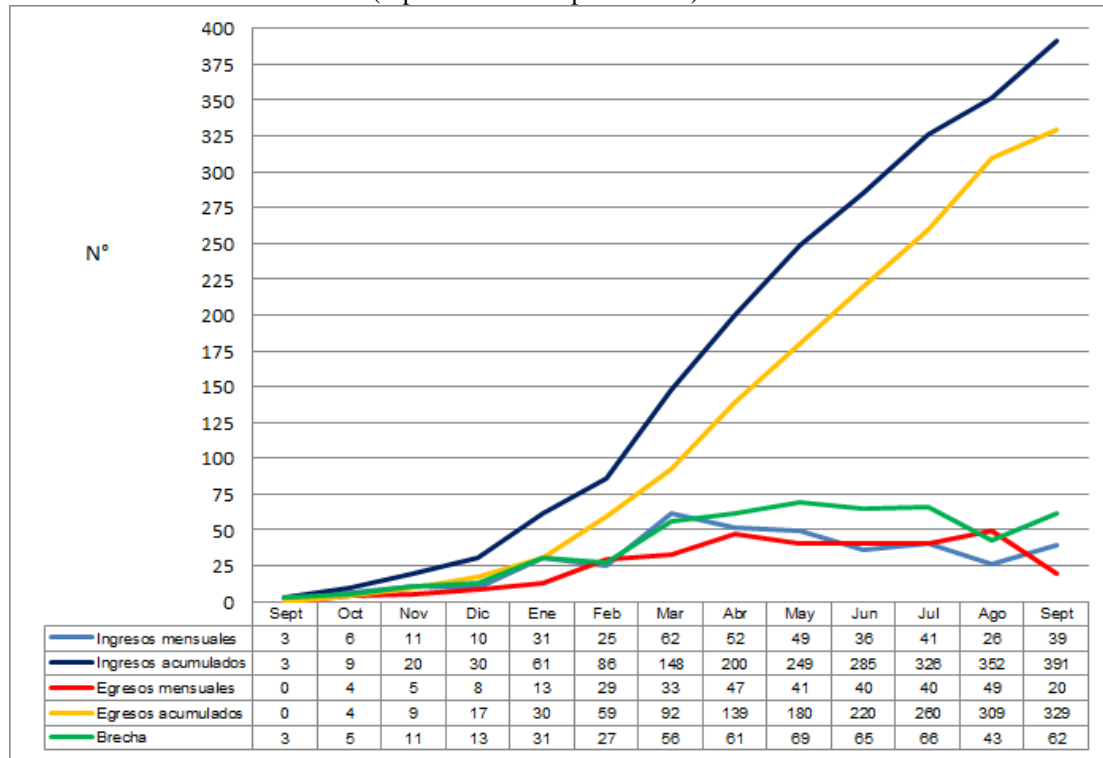
<sup>37</sup> A pesar que la legislación alude a mediación, en la práctica lo que hacen los analistas del OGIS es «facilitar» acuerdos entre las partes. *Vid.* OGIS: *The First Year. Building Bridges Between FOIA Requesters and Federal Agencies*. Marzo de 2010, p. 11, disponible en Internet: <<http://www.archives.gov/ogis/reports/building-bridges-report.html>>.

<sup>38</sup> El detalle de todos los casos ingresados en la OGIS se encuentra disponible en Internet: <<http://www.archives.gov/ogis/case-log/2010-09-24-full.pdf>>.

<sup>39</sup> *Vid.* <<http://www.youtube.com/watch?v=Io5AmVdqjQs>>.

<sup>40</sup> OGIS: *The First Year. Building Bridges Between FOIA Requesters and Federal Agencies*. Marzo de 2010, p. 11.

**Gráfico N° 2** Número de casos ingresados y terminados por la Oficina de Servicios de Gobierno e Información de Estados Unidos (sept. de 2009 – sept. de 2010)



Fuente: Elaboración propia a partir de OFFICE OF GOVERNMENT INFORMATION SERVICES: *Snapshot: Year One*, octubre de 2010, disponible en Internet: <<http://www.archives.gov/ogis/snapshot.pdf>>.

Al igual que en el caso chileno, el Office of the Information Commissioner (OIC) de Canadá ha estado realizando esfuerzos para disminuir la brecha de casos pendientes de resolución, aunque en este caso las cifras son mucho mayores a las registradas en el CPLT, tal como se muestra más adelante en el Gráfico N° 3. La meta del OIC es reducir el *stock* a 300 ó 500 casos para el 2014-2015.<sup>41</sup> Desde un punto de vista estadístico, los acuerdos (*settled*) entre las partes han estado adquiriendo cada vez mayor relevancia en la meta de reducir el *stock* acumulado de casos, por lo que a partir del 1° de abril de 2010 los casos terminados están siendo categorizados de la siguiente manera:

<sup>41</sup> OIC: *Annual Report 2009-2010. Achieving Results. Building for Success*. Ottawa, junio de 2010, p. 17, disponible en Internet: <[http://www.oic-ci.gc.ca/eng/rp-pr\\_ar-ra.aspx](http://www.oic-ci.gc.ca/eng/rp-pr_ar-ra.aspx)>. En este documento se da cuenta de un conjunto de medidas que han sido adoptadas en los últimos tres años por el OIC de Canadá con la finalidad de reducir el *stock* de casos pendientes (*vid.* pp. 10-19). Al final se anexa el organigrama del OIC y se describe el procedimiento de trabajo de los analistas (que incluye la búsqueda de acuerdos entre las partes). El departamento que se encarga de la tramitación de las investigaciones (Complaints Resolution and Compliance) cuenta con tres unidades especializadas: (1) Intake and Early Resolution Unit, (2) Complaints Resolution Unit, y (3) Strategic Case Management Team.

- (1) Reclamos fundados:
  - (1.1.) *Resueltos con recomendaciones.*
  - (1.2.) *Resueltos sin recomendaciones.*
  - (1.3.) *No resueltos y con recomendaciones.*
- (2) Reclamos no fundados.
- (3) Acuerdos (*settled*).
- (4) Reclamos discontinuados.

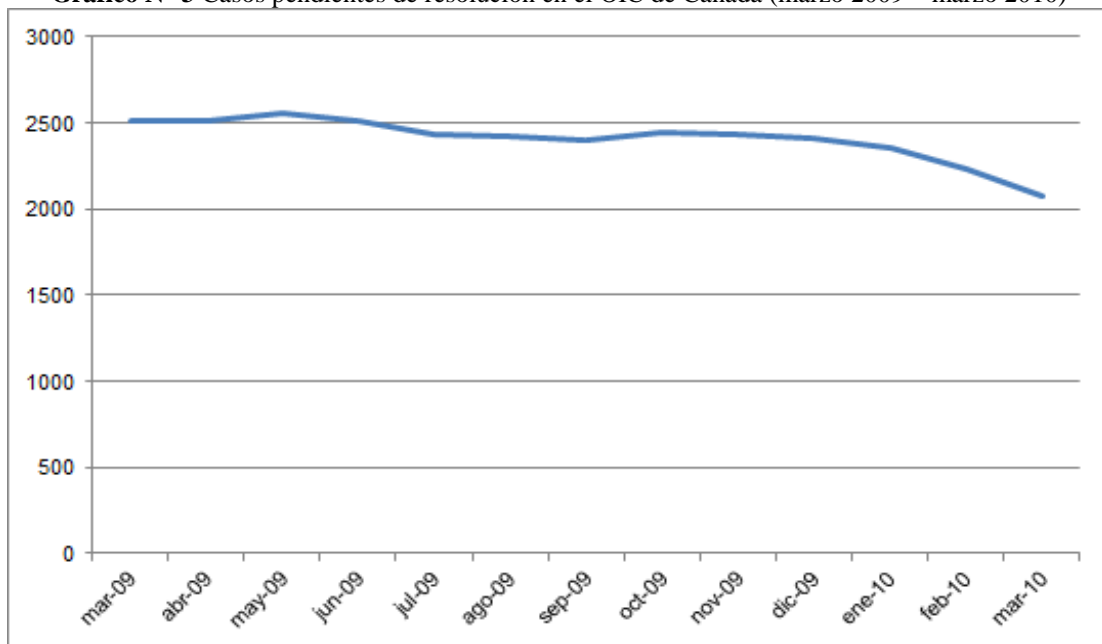
Como se puede apreciar en la Tabla N° 7, la situación es bastante compleja en Canadá, donde se aprecia una brecha o *stock* de casos pendientes de resolución mayor que en las experiencias de los países anteriormente revisados.

**Tabla N° 7** Reclamos presentados y resueltos por el OIC de Canadá (2008-2010)

		01.04.2008 – 31.03.2009	01.04.2009 – 31.03.2010
Ingresos	Reclamos acumulados años anteriores	2.293	2.513
	Reclamos nuevos	1.990	1.653
	Total	4.283	4.166
Egresos	Reclamos terminados	1.118	1.516
	Reclamos discontinuados	680	575
	Total	1.770	2.091
Brecha (reclamos pendientes)		2.513	2.075

Fuente: Elaboración propia a partir de OFFICE OF THE INFORMATION COMMISSIONER: *Annual Report 2009-2010. Achieving results. Building for success.* Ottawa, 2010, p. 8 (no se incluye la categoría «reclamos cancelados», eliminada en junio de 2008; tampoco se incluyen las treinta y ocho investigaciones de oficio iniciadas por el Comisionado).

**Gráfico N° 3** Casos pendientes de resolución en el OIC de Canadá (marzo 2009 – marzo 2010)



Fuente: Elaboración propia a partir de OFFICE OF THE INFORMATION COMMISSIONER: *Annual Report 2009-2010. Achieving results. Building for success.* Ottawa, 2010, p. 12.

En conclusión, la experiencia comparada muestra que distintos organismos autónomos y con atribuciones similares al CPLT han estado utilizando SARC para cerrar lo antes posible los reclamos por infracciones a los deberes de transparencia y acceso a información. En parte ello se ha debido al creciente número de reclamos que han tenido que tramitar a medida que transcurren los años desde que tales instituciones comenzaron a funcionar, pero además porque el derecho de acceso a información *per se* requiere de tiempos breves de resolución para ser efectivo y así satisfacer los verdaderos intereses de los reclamantes.

#### 4. SELECCIÓN DE CASOS DERIVADOS A SARC

No todos los amparos o reclamos requieren que los analistas intervengan como mediadores o gestores en la solución de las controversias. De partida, un porcentaje no menor de los casos es declarado inadmisibles: en el período 2009/10 el 15% de los reclamos (*complaints*) fueron declarados inadmisibles o ininteligibles en el ICO;<sup>42</sup> mientras que en el OIC de Irlanda el 27,5% de las apelaciones ingresadas el 2009 fue declarado inadmisibles.<sup>43</sup> En segundo término, la realización de gestiones que conduzcan a una solución alternativa a la decisión de fondo implica un costo adicional a la tramitación de un amparo o reclamo; si las gestiones son exitosas y se logra poner término al amparo o reclamo en una etapa temprana de investigación, dicho costo es menor y preferible al costo total en que habría de incurrir la institución en el análisis de fondo.<sup>44</sup>

La Freedom of Information Act (2000) del Reino Unido permite a los ciudadanos que no hayan obtenido la información solicitada —sea porque el órgano requerido (1°) invocó una causal de reserva, (2°) estimó que cumplir la petición era demasiado costoso, (3°) no proporcionó lo pedido, o (4°) dejó transcurrir el plazo para responder, normalmente de veinte días—, reclamar ante el ICO dentro del plazo de dos meses. En el evento que el caso sea acogido a tramitación, el reclamante debe proporcionar los antecedentes y evidencias que correspondan.<sup>45</sup> Luego son examinados los antecedentes y el caso es entregado a uno de los cincuenta y dos oficiales (*officers*) del Complaint's Resolution Department, quien determina si el ICO se pronunciará o no al respecto, para luego conducir personalmente todas las gestiones asociadas al caso —incluyendo la realización de gestiones informales que faciliten un acuerdo entre las partes y la redacción de la decisión, en su caso—.

El modelo adoptado por el Office of the Scottish Information Commissioner (OSIC) es un tanto diferente. Una vez recibido e ingresado el reclamo (*application*)<sup>46</sup>, éste es revisado dentro de un plazo de dos semanas por un único

<sup>42</sup> ICO: *Annual Report 2009/10...*, p. 31.

<sup>43</sup> OFFICE OF THE INFORMATION COMMISSIONER: *Annual Report 2009*. Dublín, 2010, p. 11.

<sup>44</sup> *Vid. ROJAS, op. cit.*, pp. 67-72.

<sup>45</sup> ICO, <[http://www.ico.gov.uk/complaints/freedom\\_of\\_information.aspx](http://www.ico.gov.uk/complaints/freedom_of_information.aspx)>.

<sup>46</sup> El art. 47 de la Freedom of Information (Scotland) Act 2002 establece los requisitos que ha de cumplir toda *application* interpuesta ante el OSIC, <<http://www.legislation.gov.uk/asp/2002/13/section/47>>.

analista de admisibilidad (*Validation Officer*), quien verifica el cumplimiento de los requisitos legales y los precedentes en la materia.<sup>47</sup> Una vez que el caso es declarado admisible, el Head of the Enforcement Team lo califica según su nivel de complejidad en «investigación técnica» (*technical investigations*) o «sustantiva» (*substantive investigations*), en una escala de «1» a «4» —siendo «1» las más sencillas y «4» las de mayor complejidad y sin precedentes del OSIC—, con la finalidad de distribuir equitativamente la carga laboral entre los once Investigating Officers.<sup>48</sup> Como los casos técnicos son de más fácil resolución —*e.g.*, el órgano no respondió oportunamente la solicitud de información, la cantidad de información es poca, no se trata de un tema sensible, los argumentos invocados no son complejos, etc.—, el Investigating Officer del Enforcement Team contribuye a la realización de negociaciones informales (*settlements*) entre las partes involucradas, de modo que estos casos en lo posible puedan ser terminados dentro del plazo de un mes desde la fecha en que el reclamo le ha sido asignado.<sup>49</sup> De hecho, cerca del 25% de los casos resueltos es cerrado durante la fase de investigación, sea por desistimiento o acuerdo entre las partes, no siendo necesario dictar una decisión de fondo. Tal como se dispone en el manual de procedimientos del Enforcement Team, titulado *Investigation and Enforcement Procedures* (2010), uno de los nueve valores que inspiran el trabajo de dicho equipo consiste en la búsqueda efectiva de acuerdos en los casos que el Comisionado estime que puede ser beneficioso para el reclamante.<sup>50</sup>

En algunos casos el reclamo puede ser terminado porque el reclamante opta por no seguir adelante con la investigación y se desiste o abandona el caso. Esto puede suceder porque la autoridad pública opta por entregar la información solicitada luego de presentado el reclamo. También sucede en aquellos casos en los que el OSIC ha dictado decisiones en situaciones similares, de modo que ya existe un criterio formado sobre la manera en que seguramente se resolverá el asunto, lo

<sup>47</sup> Todos los estándares y criterios que debe respetar el *Validation Officer* del OSIC al efectuar el examen de admisibilidad de los reclamos se encuentran claramente establecidos en OSIC: *Investigation and Enforcement Procedures*. Febrero 2010 (en adelante *Investigation...*), pp. 12-19, disponible en Internet: <<http://www.itspublicknowledge.info/Law/FOISA-EIRsGuidance/Briefings.asp#procedures>>. Pudiera ocurrir que el Deputy Head of the Enforcement Team determine que el caso reciba una atención rápida (*fast track*) o que sea asignado inmediatamente a un Investigating Officer (*id.*, p. 16).

<sup>48</sup> La calificación que realiza el Head of the Enforcement Team se basa en la ponderación de cinco variables: «1. The amount of information covered by the case (unless it is clear that the £600 rule will apply and the case can be dealt with relatively quickly); 2. Whether the decision will break new ground or whether the FOIO will be able to rely on precedent; 3. The number of relevant exemptions cited by the public authority; 4. The profile and sensitivity of the case; and 5. The complexity and volume of the arguments put forward by the applicant and/or public authority.» (*id.*, p. 19). Si durante la investigación el Investigating Officer estima que el caso amerita otra calificación, puede poner los antecedentes en conocimiento del Deputy Head of the Enforcement Team en la próxima reunión de análisis de casos que efectúe el equipo.

<sup>49</sup> Al final se anexan todos los estándares y pautas orientadoras que deben ser respetados por los Investigating Officers al momento de colaborar en la búsqueda de acuerdos entre las partes (*settlements*). Para agilizar los procesos de negociación, los Investigating Officers toman contacto por teléfono o mediante correo electrónico con las partes, adjuntándoles la documentación relevante y otros antecedentes e informes explicativos elaborados por el OSIC.

<sup>50</sup> *Id.*, p. 8.

cual es explicado por los profesionales del OSIC a las partes. Asimismo, el OSIC colabora con las partes para que lleguen a un acuerdo (*settlement*) en un porcentaje no menor de los reclamos.<sup>51</sup> Tal como se mencionó con anterioridad, durante el 2010 se alcanzó un acuerdo entre las partes o se obtuvo el desistimiento del reclamante en 109 ocasiones. Corresponde a los profesionales del Enforcement Team evaluar si es conveniente o viable lograr un acuerdo entre las partes, pues pudiera ser que la búsqueda de un acuerdo no sea lo más sensato en todos los casos, pues un conjunto de factores han de ser considerados, incluyendo el tiempo de trabajo que habría que ser destinado para conseguir un acuerdo. A menudo el acuerdo se alcanza cuando la autoridad requerida proporciona antecedentes, sea los que fueron solicitados originalmente u otros que sean de interés para el requirente.<sup>52</sup>

Como se puede apreciar, no siempre se requiere que el organismo se pronuncie sobre el fondo de la controversia. Por ejemplo, casos que se encuentran en una etapa avanzada de tramitación, a la entidad le importa fijar un precedente, se trata de un asunto de interés general, o el organismo reclamado ha sido poco cooperador o respetuoso de la normativa sobre acceso a información, etc. Además de contar con la posibilidad de declarar la inadmisibilidad de los reclamos de acceso a información que sean interpuestos, los funcionarios de los organismos encargados de la resolución de los reclamos que sí son acogidos a tramitación pueden buscar soluciones alternativas en etapas tempranas de tramitación, poniéndoles término sin tener que dictar una decisión de fondo. Una vez declarada la admisibilidad es importante que la institución cuente con criterios o pautas claras que orienten a los analistas en la identificación y selección de los casos en que conviene o no aplicar SARC. En la próxima sección se analiza el rol del funcionario o analista a cargo del reclamo en la realización de gestiones conducentes a una salida alternativa.

## 5. EL ROL DEL ANALISTA A CARGO DE LA TRAMITACIÓN DEL CASO

Las atribuciones que son otorgadas a los analistas a quienes les son asignados los casos son una variable de la mayor importancia para la eficiencia del sistema de gestión de casos. Si el modelo es jerárquico y todas las decisiones son adoptadas por las autoridades máximas, existe el riesgo de acumular y dilatar casos pendientes de decisión en forma innecesaria. Asimismo, un sistema en el cual todas las decisiones que adopte el analista sean objeto de revisión por los superiores también entorpece la pronta terminación de los reclamos. En cambio, un sistema más horizontal en el cual se confíe en el criterio de los analistas tiene la ventaja de descomprimir el volumen de casos si es correctamente utilizado y no se presentan demasiadas apelaciones, aunque tiene como inconveniente el riesgo de tomar decisiones inapropiadas en forma inconsulta. La búsqueda de un adecuado equilibrio requiere de un tiempo de maduración institucional —de al

<sup>51</sup> OSIC, <<http://www.itspublicknowledge.info/inyourhands/case-studies.html>>.

<sup>52</sup> *Ibid.*

menos dos años— en el cual se hayan fijado precedentes y criterios claros por un lado, y de analistas con sólidos conocimientos y un conjunto de habilidades que les permitan cerrar con agilidad los casos de baja complejidad, por otro.

En el Complaint's Resolution Department del ICO del Reino Unido trabajan cincuenta y dos analistas (*officers*) —de las más diversas profesiones, aunque ninguno abogado—, a quienes les son asignados los reclamos declarados admisibles. El analista a cargo es quien toma en forma independiente las decisiones estratégicas sobre cómo ha de gestionarse el caso.<sup>53</sup> Así, por ejemplo, el analista determina si es preferible o no buscar un acuerdo entre las partes, para lo cual toma contacto personalmente con el reclamante y con el enlace o representante del órgano reclamado. Asimismo, en virtud del principio de cooperación los analistas del ICO ofrecen colaboración a los enlaces en la redacción de los descargos, momento que es aprovechado para proporcionar antecedentes a la institución sobre los argumentos que el ICO podría o no acoger, de modo que el órgano reclamado comprenda de mejor manera cuáles son los criterios y precedentes que serían considerados en una eventual decisión de fondo. Es el órgano reclamado el que toma la decisión sobre la manera en que contestará frente al reclamo, pero ese espacio de diálogo contribuye a la búsqueda de acuerdos.<sup>54</sup>

Si las gestiones oficiosas no prosperan, el analista examina los hechos y el derecho y procede a dictar la decisión de fondo, la que en todo caso es firmada por su superior jerárquico o por el Comisionado en los casos más complejos o respecto de los cuales no existen precedentes claros. Esta modalidad de trabajo ha permitido que el 52% de los reclamos de acceso a información hayan sido terminados en el ICO durante el período 2009/10 mediante negociaciones informales, y que sólo en el 17% de los reclamos de acceso a información haya sido necesario dictar una decisión de fondo. Esas cifras son consistentes además desde el punto de vista de los plazos: el 49% de los casos ingresados en dicho período fueron cerrados antes de 30 días.<sup>55</sup> En otras palabras, los casos declarados admisibles y que son resueltos en el ICO en menos de 30 días son precisamente aquellos en los cuales los analistas asignados han sido capaces de gestionar soluciones alternativas entre las partes.

<sup>53</sup> A partir de mediados de 2010, en el ICO se acordaron los siguientes criterios en el proceso de trabajo de resolución de reclamos : (1) comunicación temprana y apropiada con las partes, en lo posible en forma telefónica, (2) administrar las expectativas, (3) identificar los riesgos, (4) explicaciones claras desde un comienzo, (5) buscar soluciones a través de negociaciones, (6) promover investigaciones, (7) los documentos de término de los casos han de ser claros y entendibles. *Vid.* ICO: «Executive Team minutes», 17 de mayo de 2010, § 8.4 en p. 5, disponible en Internet: <[http://www.ico.gov.uk/about\\_us/who\\_we\\_are/corporate\\_governance/executive\\_team.aspx](http://www.ico.gov.uk/about_us/who_we_are/corporate_governance/executive_team.aspx)>.

<sup>54</sup> Antecedentes proporcionados por Andrew LAING y Andrew WHITE, en entrevista efectuada en el ICO el 3 de diciembre de 2010.

<sup>55</sup> ICO: «A Robust Approach to FOI Complaint Cases», 28 de noviembre de 2006. Por su importancia, el texto de estos lineamientos se reproduce completamente en los anexos de este informe. Téngase presente que el ICO también ha dispuesto un conjunto de contraexcepciones, siendo necesaria la dictación de una *decision notice* a pesar de tratarse de casos de poca relevancia.



Los criterios que deben respetar los analistas del ICO se encuentran claramente delineados a través de orientaciones internas (*guidelines*) y estándares de trabajo. Por ejemplo, en los siguientes casos se encuentran facultados para poner término al caso dentro de plazos breves a través de una carta dirigida al reclamante (con copia al órgano reclamado), no siendo necesaria la dictación de una *decision notice* por parte del ICO:

1. The alleged breach is insignificant (including minor defects in a refusal notice) with no practical consequence;
2. The refusal notice may be technically defective, but it is completely obvious, from the face of the evidence, that the request was properly refused;
3. The breach was of a procedural nature only (including failure to provide advice or assistance) which the public authority has subsequently acknowledged;
4. There was delay in response to the request for information, but it is (or becomes) clear that the requested information has now been provided.
5. The requested information has now been provided following the intervention of the Commissioner.<sup>56</sup>

En consideración de la existencia de reclamantes que formulan reiterados requerimientos de acceso a información, el ICO también ha dispuesto orientaciones para sus analistas sobre la manera de proceder en tales casos, *e.g.*, cuando se trata de reclamantes «obsesivos», «reiterativos» o que distraen innecesariamente a los funcionarios públicos en el cumplimiento de sus tareas.<sup>57</sup> Tales pautas encuentran su fundamento legal en la Sección 14 de la FOIA.

Por su parte, en el Enforcement Team del Office of the Scottish Information Commissioner (OSIC) se desempeñan once Investigating Officers o analistas —de diversas profesiones (incluyendo abogados)— a quienes les son asignados los casos que el Validation Officer previamente ha declarado admisibles de tramitación.<sup>58</sup> Junto con tener a la vista la legislación aplicable, los analistas deben considerar durante sus investigaciones los lineamientos fijados en el documento *Investigation and Enforcement Procedures* (2010), en particular lo dispuesto en la 3ª Sección (§§ 3.1 a 3.106), la jurisprudencia de los tribunales de justicia y los precedentes del OSIC. El analista a cargo redacta y envía todos los oficios a las partes y terceros —para agilizar la tramitación, en lo posible los comunicados se efectúan mediante correo electrónico—, *e.g.*, solicitando aclaraciones o antecedentes complementarios, etc. Una vez evacuados los descargos por parte del órgano reclamado, o vencido el plazo para hacerlo, el

---

<sup>56</sup> ICO: *Annual Report 2009/10...*, pp. 30 y s.

<sup>57</sup> ICO: «When can a request be considered vexatious or repeated?», 2008, disponible en Internet: <[http://www.ico.gov.uk/tools\\_and\\_resources/document\\_library/freedom\\_of\\_information.aspx#Practical\\_application](http://www.ico.gov.uk/tools_and_resources/document_library/freedom_of_information.aspx#Practical_application)>. En dicho documento se mencionan casos prácticos que pueden ser interesantes de examinar en caso que el CPLT se vea obligado a atender a un conjunto de clientes «frecuentes» que interpongan amparos en forma infundada o desproporcionada.

<sup>58</sup> En total en el OSIC trabajan veintitrés personas, catorce de las cuales intervienen directamente en el sistema de gestión de casos. El presupuesto de la institución en el 2010 fue de £1.69 millones. (Véase el organigrama del OSIC en los Anexos.)

Investigating Officer debería estar en condiciones de decidir el curso a seguir, informando a los coordinadores (Deputy Heads of Enforcement) y al resto del equipo en las reuniones de análisis de casos que se encuentran en etapa de investigación. Si fuera conveniente el analista también puede reunirse con las partes para comprender mejor los asuntos controvertidos o recabar información, *e.g.*, a través de una inspección personal en la sede del órgano reclamado. Asimismo, es el analista quien realiza las gestiones conducentes a buscar soluciones alternativas (*settlements*) en las investigaciones calificadas como «técnicas» dentro de las primeras semanas desde la fecha de asignación del reclamo; mientras que en las investigaciones «sustantivas» se sabe de antemano que es conveniente que el organismo emita una decisión de fondo, por lo que no se recurre a los SARC. En promedio las investigaciones que realizan los analistas del Enforcement Team tienen una duración de 3,4 meses, mientras que la aprobación y notificación de la propuesta de decisión toma a las autoridades del OSIC un promedio de un mes adicional.<sup>59</sup>

Según Margaret KEYSE (Head of the Enforcement Team del OSIC), luego de dos años de funcionamiento fue posible afinar los criterios que los analistas deben considerar al momento de negociar con las autoridades de los organismos reclamados, porque fue necesario (1°) acumular y sistematizar un conjunto de precedentes claros sobre los temas más recurrentes, y (2°) consolidar los estándares y recomendaciones que deben considerar los analistas durante la investigación.<sup>60</sup> Ello ha permitido que en estos momentos el 24% de los casos resueltos sean terminados durante la fase de investigación por desistimiento o acuerdo entre las partes, no siendo necesario continuar con la tramitación del reclamo ni que el Scottish Information Commissioner emita una decisión de fondo.

En el Office of the Information Commissioner (OIC) de Irlanda trabajan trece personas en la resolución de los amparos del derecho de acceso a información: el Information Commissioner, el Director General, dos investigadores *senior* y nueve analistas (*investigators*), aunque en la práctica son estos últimos quienes analizan el detalle de los casos.<sup>61</sup> Una vez que el caso es asignado, el analista pasa a ser la persona de contacto directo con las partes, debiendo: (i) revisar todos los antecedentes de la solicitud de información y la respuesta del órgano reclamado,

---

<sup>59</sup> Los tiempos de tramitación y los indicadores de gestión asociados al procedimiento se encuentran anexados al final.

<sup>60</sup> Entrevista efectuada el 10 de diciembre de 2010. En conformidad al § 3.47 del *Investigation and Enforcement Procedures* (2010), «Settlement is a process by which both parties agree to a course of action which results in the applicant withdrawing their application for a decision from SIC. It may involve a compromise by one or both parties. Settlement will generally result in a positive outcome for the applicant, although the applicant may not receive all or any of the information originally requested. In some cases, the applicant may even receive different information from what he/she originally requested or an authority might take action other than providing information that allows it to satisfy the applicant's concerns». Véanse los criterios y estándares para la búsqueda de acuerdos entre las partes al final de este documento (Anexos).

<sup>61</sup> Al final se anexa el organigrama del OIC.

identificando los aspectos relevantes y controvertidos, (ii) solicitar aclaraciones a las partes y analizar los argumentos esgrimidos, (iii) si fuera conveniente, informar a las partes sobre la manera en que ha sido entendida la apelación, (iv) evaluar si es posible buscar un acuerdo entre las partes y promoverlo, y (v) si no prospera un acuerdo entre las partes, redactar el borrador de la decisión y someterlo a revisión del superior jerárquico y del Comisionado, en su caso.<sup>62</sup> Tal como fuera mencionado con anterioridad, la búsqueda de acuerdos ha sido expresamente contemplada en la legislación (FOI Act) y forma parte de los lineamientos estratégicos del Comisionado. En el *Plan Estratégico 2010-2012* del OIC se plantea como primer objetivo lograr que la resolución de las apelaciones recibidas se realice dentro de plazo, en forma eficiente y conforme a derecho. En tal sentido, la institución reconoce que los acuerdos (*settlements*) entre las partes han ido adquiriendo cada vez más relevancia, contribuyendo a que más del 20% de las apelaciones terminen por esta vía, y se ha planteado el desafío de seguir perfeccionando sus prácticas de trabajo en la gestión de casos:

The OIC recognises that its core objective and function must continue to be the correct and timely carrying out of reviews and their conclusion through *settlement* or formal, binding decisions as appropriate. The OIC intends to continue to identify and implement changes in its practices to improve our performance in handling cases.<sup>63</sup>

En el Office of Government Information Services (OGIS) de Estados Unidos los analistas (*staff members*) seleccionan los casos que en su opinión pueden ser resueltos mediante mediación y ofician como facilitadores de la comunicación entre las partes en el 25% de los casos. Como el OGIS es un organismo que comenzó a funcionar recién en septiembre de 2009, se tomó la decisión de capacitar a sus ocho funcionarios en técnicas de mediación, para lo cual se recibió colaboración de parte de los mediadores del Department of Justice's Office of Information Policy y de la Federal Energy Regulatory Commission.<sup>64</sup> En el primer informe anual de gestión del OGIS además se menciona que en estos momentos se está trabajando en la formación de mediadores externos expertos en acceso a información:

Mediation training for OGIS staff members has equipped the Office with the skills needed to help resolve disputes. Though OGIS has yet to handle a case that resulted in formal

---

<sup>62</sup> OIC: <<http://www.oic.gov.ie/en/ReviewbytheCommissioner/HowtheCommissionerDealswithReviewApplications/>>.

<sup>63</sup> OIC: *Strategic Plan 2010-2012*. Dublín, 2010, p. 19 (itálicas agregadas), disponible en Internet: <<http://www.oic.gov.ie/en/Publications/>>. El Plan de Acción asociado al Plan Estratégico menciona la actividad de identificar cuáles son los tiempos perdidos en la tramitación de las apelaciones y a qué se deben (*id.*, p. 25). El indicador de desempeño para el 2012 es poner término al 33% de las apelaciones dentro del plazo de cuatro meses desde la fecha de ingreso (*id.*, p. 31).

<sup>64</sup> Mayores antecedentes en OGIS, <<http://www.archives.gov/ogis/training/index.html>>.

mediation, the Office is creating procedures for conducting mediation and assembling a pool of trained outside mediators who can work with FOIA disputes.<sup>65</sup>

Por otra parte, en el OGIS se preserva la noción de «voluntariedad» de la mediación, en conformidad a lo dispuesto en la Administrative Dispute Resolution Act de 1996 (ADRA). En el contexto de las reformas que se incorporaron el 2007 a la normativa sobre acceso a información el 2007 —y que crean el OGIS—, no sólo se ha contemplado la posibilidad de recurrir a la mediación en cualquier momento de la tramitación del reclamo, sino que además se promueve en la práctica que las partes hagan uso de los servicios de facilitación que ofrece el OGIS.<sup>66</sup> De hecho, el objetivo principal del OGIS es colaborar para que las partes lleguen a un acuerdo lo más pronto posible, y de esa manera evitar que la controversia se judicialice.<sup>67</sup> Una vez que un reclamo es presentado en contra de un organismo federal, el OGIS tiene cuatro días para informar al reclamante si lo acoge o no a tramitación. El caso es asignado a un *staff member*, quien revisa los antecedentes, se comunica con las partes y procura una mediación-facilitación en la que: (i) ayuda al reclamante a focalizar el ámbito de su petición, (ii) interviene con los representantes y enlaces del órgano reclamado para que reconsideren su posición frente a la solicitud de información, (iii) obtiene información más detallada y específica sobre la solicitud de acceso a información o respecto de la excepción invocada, (iv) conoce antecedentes sobre las políticas públicas, prácticas y procedimientos del órgano reclamado, (v) asiste a los órganos reclamados en la atención ofrecida al reclamante, (vi) propone a las partes un procedimiento de mediación para resolver el conflicto, etc.<sup>68</sup> Estas actividades son efectuadas en plazos brevísimos y los casos son monitoreados semanalmente. El tiempo promedio de tramitación en el OGIS es de 25 días hábiles, con una mediana de 16 días. No puede dejar de mencionarse que el 16,7% de los casos es resuelto en menos de una semana.<sup>69</sup>

En el evento que las negociaciones entre las partes no prosperen, uno de los cuestionamientos que pudiera formularse al activo rol que asumen los analistas del ICO, OSIC, OIC y OGIS en la búsqueda de acuerdos dice relación con la capacidad

---

<sup>65</sup> OGIS: *The First Year. Building Bridges Between FOIA Requesters and Federal Agencies*. Marzo de 2010, p. 12.

<sup>66</sup> *Ibid.* El OGIS exploró la posibilidad de ampliar su radio de acción como facilitador y avanzar hacia una modalidad *on-line* de mediación, pero la experiencia no ha sido tan exitosa como el contacto personal o telefónico con las partes, por lo que no se ha insistido en esta modalidad de trabajo, que sí ha sido exitosa en el sector privado (*id.*, pp. 28 y s.).

<sup>67</sup> *Id.*, pp. 16 y s. «Early on, OGIS recognized that an important aspect of its outreach would be educating the FOIA community about dispute resolution. Although most Federal agencies have active and effective Alternative Dispute Resolution (ADR) programs, applying mediation principles and techniques to FOIA disputes is relatively novel. An informal inquiry into whether any agency ADR programs handle FOIA conflicts has not found any examples. OGIS views agency ADR programs as a great untapped resource to help extend the Office's reach by leveraging existing agency resources to help resolve FOIA disputes.» (p. 25).

<sup>68</sup> OGIS, <<http://www.archives.gov/ogis/resources/ogis-procedures.html>>.

<sup>69</sup> OGIS: *The First Year. Building Bridges Between FOIA Requesters and Federal Agencies*. Marzo de 2010, pp. 17 y s.

del analista de evitar considerar antecedentes que fueron discutidos durante tales negociaciones pero que no han sido incorporados en las presentaciones formales, por lo que tales argumentos no deberían ser esgrimidos en una decisión de fondo. Tal como fuera señalado en la sección en la que se ofrece un marco teórico sobre los distintos tipos de SARC y sus principales características (*supra* § 1), una condición de éxito de los SARC es la confidencialidad de las conversaciones entre las partes. Más que concentrarse en impedir eventuales contaminaciones de los analistas con información que no corresponde mencionar en una decisión de fondo, lo que interesa destacar de las experiencias extranjeras analizadas es el énfasis que se otorga al analista en cuanto «gestor de resolución de controversias». Mirado desde el punto de vista de las políticas públicas —donde se requiere obtener resultados concretos dentro de plazos breves y utilizando en forma eficiente los recursos públicos—, es preferible correr el riesgo de procurar un acuerdo entre las partes y así descongestionar el *stock* de casos, en particular los de fácil resolución. Al respecto cabe señalar que los analistas del OSIC deben garantizar por sobre todo a las partes que su trabajo es realizado con «imparcialidad» y «objetividad», procurando una «comunicación eficaz» y aportando en forma activa a la búsqueda de «soluciones creativas». <sup>70</sup> Además siempre existe la posibilidad que los borradores de las decisiones sean revisados internamente por los demás colegas, coordinadores y jefaturas. Para evitar dilaciones innecesarias en la redacción de las decisiones es conveniente que de todas maneras los analistas continúen la investigación respectiva, a pesar de estar gestionando la búsqueda de acuerdos entre las partes.

## 6. DECISIONES DE LAS AUTORIDADES Y DELEGACIÓN DE FIRMA

Otro factor importante para aumentar los niveles de eficiencia del sistema de gestión de casos dice relación con la participación de los directivos máximos en la firma y revisión de las decisiones. <sup>71</sup> La tendencia tanto en el OSIC como en el ICO consiste en «delegar la firma» de: (i) los oficios de menor relevancia en los propios analistas a quienes se les han asignado los casos, y (ii) las decisiones que no fijan nuevos precedentes en directivos intermedios en la institución. Por ejemplo, los analistas del ICO envían oficios directamente a los reclamantes y a los enlaces durante la investigación; asimismo, elaboran las decisiones de fondo si no se llega a acuerdo entre las partes e informan a sus superiores jerárquicos (*managers*) de su contenido. Sólo las decisiones complejas son informadas en detalle por el *officer* al *manager*, quien de todas maneras debe firmar las

<sup>70</sup> Vid. § 3.57 del *Investigation and Enforcement Procedures* (2010).

<sup>71</sup> Por ejemplo, en la sesión del equipo directivo del ICO del 18 de enero de 2010, se presentó la idea de revisar el tema de la firma de las decisiones. Vid. ICO: «Executive Team Business. Meeting minutes», 18 de enero de 2010, § 5.2: «One result was to have more people signing off decision notices. If this was to work there was a need to have clear criteria as to who could sign off what sort of case...», disponible en Internet: [http://www.ico.gov.uk/about\\_us/who\\_we\\_are/corporate\\_governance/executive\\_team.aspx](http://www.ico.gov.uk/about_us/who_we_are/corporate_governance/executive_team.aspx).

decisiones elaboradas por el *officer* en virtud de la delegación de firma otorgada por el Information Commissioner.<sup>72</sup>

Situación similar acontece en Escocia. Sólo el 42,5% de las decisiones dictadas corresponde a decisiones de fondo pronunciadas por el Scottish Information Commissioner, aunque en la práctica el 67% de tales decisiones son firmadas por la Jefa del Enforcement Team, en virtud de la delegación de firma del Commissioner, quien sólo se reserva para conocer de los casos más complejos.<sup>73</sup> Por regla general, las jefaturas del Enforcement Team (Head y Deputy Heads) tienen cinco días para revisar la propuesta de decisión que ha sido redactada por el analista y calificarla según su nivel de relevancia en «decisión blanca» o «decisión roja». Sólo las decisiones catalogadas como «rojas» son revisadas por el Comisionado dentro de un plazo de diez días desde la entrega por parte del Head of Enforcement, y además son discutidas con el equipo encargado del análisis de normativa y políticas públicas sobre acceso a información en el OSIC.<sup>74</sup>

Cabe mencionar que el promedio de tramitación de los casos resueltos mediante decisión de fondo en el OSIC fue de 5,3 meses en el 2009 y que sólo el 1% de los casos pendientes de decisión tiene una antigüedad superior a doce meses, lo cual es una mejora sustancial en relación a lo ocurrido en los años anteriores: 10% el 2008, 12% el 2007, y 29% el 2006.<sup>75</sup> En el documento *A Guide for Scottish Public Authorities* (2011), el Comisionado se ha referido en los siguientes términos a la importancia estratégica de alcanzar acuerdos entre las partes, a la redacción de una decisión si ello no prospera y a la delegación de firma en las jefaturas del Enforcement Team, según el caso:

<sup>72</sup> Entrevista efectuada a Andrew LAING y Andrew WHITE el 3 de diciembre de 2010. Todos los casos cuya tramitación excede los treinta días —i.e., la mitad de los casos declarados admisibles— son monitoreados mensualmente en el ICO. A modo de ejemplo, en «Freedom of Information and Environmental Information Regulations caseload snapshot in December 2010» (enero de 2011) es posible encontrar un resumen con los antecedentes de los 1.193 casos de acceso a información pendientes de resolución en el ICO.

<sup>73</sup> Antecedentes proporcionados por Margaret KEYSE, en entrevista efectuada el 10 de diciembre de 2010.  
<sup>74</sup> Vid. 5ª Sección del *Investigation and Enforcement Procedures* (2010). «HOE [Head of Enforcement] / DHOE [Deputy Head of Enforcement] will also consider whether the case is “red” or “white” before passing the draft decision on to SIC [Scottish Information Commissioner] for approval. “Red” cases will be those where SIC requires to see the file, documentary evidence and other background information, usually because the case is sensitive, complex or raises new issues of interpretation: for these cases, the IO [Investigating Officer] will provide SIC with the file and other information. Where HOE/DHOE considers the case to be “white”, on the other hand, the file and other information will not require to be passed to SIC in the first instance (although SIC may still require further information before approving the decision)» (*id.*, p. 41). «In sensitive or high profile cases, the IO should set up a meeting with SIC and the Policy Team in advance of the decision notice being issued to discuss a strategy for responding to requests from journalists. This strategy may vary from case to case and may involve issuing a news release or producing a news briefing. Before naming an applicant in a news release, the Policy Team must check whether OSIC has agreed to anonymise the name of the applicant. [...] The IO should also consider organising a briefing meeting for all members of staff in advance of the decision being issued» (*ibid.*).

<sup>75</sup> OSIC: *You only have to ask. Freedom of Information Annual Report 2009*, p. 12, disponible en Internet: <<http://www.itspublicknowledge.info/ask/foi-report-2009.pdf>>. Además se recomienda ver los planes estratégicos y operativos de dicho Comisionado.

Once the investigation has been concluded, and if settlement has not been reached, the investigating officer will draft a Decision Notice. Depending on the case, this may be approved by the Commissioner or, under delegated authority, by his Head of Enforcement or one of the Deputy Heads of Enforcement.<sup>76</sup>

En consecuencia, la tendencia en los organismos que cuentan con más años de experiencia que el CPLT y que han orientado sus procesos de trabajo hacia una mayor satisfacción de los usuarios y a una más pronta solución de los reclamos interpuestos consiste en reservar para el conocimiento de las autoridades máximas de la institución sólo los temas sustantivos en materia de acceso a información y que son de la mayor complejidad, interés público o novedad. Por ejemplo, de manera muy excepcional los antecedentes son sometidos a decisión del Information Commissioner y del Deputy Information Commissioner en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte o del Information Commissioner en Escocia.

Lo anterior no sólo ha de ser entendido desde el punto de vista de la eficiencia del uso del tiempo de los altos directivos, que por cierto es el recurso humano de mayor valor en la institución. Además dice relación con la conveniencia de evitar prejuizgos en el evento que se requiera que las autoridades máximas se pronuncien sobre el fondo del asunto. En efecto, en los casos de mayor complejidad es preferible que los directivos no conozcan los antecedentes del caso en forma parcial o incompleta mientras se encuentre pendiente la investigación, pues ello podría contaminar la fase de juzgamiento con información preliminar sobre las gestiones llevadas a cabo y que no prosperaron o con alcances del caso todavía en tramitación o desarrollo, sin contar con todos los elementos de juicio.

## 7. RECOMENDACIONES PARA EL CPLT

La experiencia comparada confirma la conveniencia de *institucionalizar* los SARC en el sistema de gestión de amparos del derecho de acceso a información. Si bien no es necesario que la LT señale expresamente que el CPLT pueda efectuar gestiones informales para poner término a los casos a través de salidas alternativas, de todas maneras sería preferible incorporar una norma expresa en los términos descritos en el Oficio N° 0886, enviado por el Presidente del CPLT al Presidente de la República el 19 de mayo de 2010.

En estos momentos la Dirección Jurídica es el equipo encargado de efectuar el examen de admisibilidad de los amparos que ingresan al CPLT, analizar todas las peticiones y antecedentes del caso, redactar los oficios que son enviados a las

---

<sup>76</sup> OSIC: *A Guide for Scottish Public Authorities*. Enero de 2011, p. 9, disponible en: <<http://www.itspublicknowledge.info/inyourhands/the-year-ahead.html>>. Las propuestas de decisión que son elaboradas por los Investigating Officers son revisadas en primer lugar por sus pares, para luego ser firmadas por el Deputy Head of Enforcement, el Head of Enforcement, o el Scottish Information Commissioner, en su caso. Las notificaciones a las partes y terceros son efectuadas por el equipo de administración del OSIC y se realizan el mismo día de adoptada la decisión de fondo, y son puestas a disposición del público interesado en el sitio Web de la institución dentro de los próximos cinco días.

partes y terceros, elaborar las propuestas de decisión que luego son presentadas al Consejo Directivo, y representar al CPLT en sede judicial. *Mutatis mutandis*, la Dirección Jurídica ejerce funciones similares al Enforcement Team del OSIC de Escocia, al Complaint's Resolution Department del ICO en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte, a los (Senior) Investigators del OIC de Irlanda, y al Complaints Resolution and Compliance Branch del OIC de Canadá. Como se ha podido apreciar en las secciones anteriores, las actividades de facilitación o mediación entre las partes en tales países son llevadas a cabo por los propios analistas a quienes les son asignados los casos, una vez que éstos son declarados admisibles. La principal responsabilidad del analista es gestionar su «cartera de casos» (*portfolio*) de manera eficiente y acorde a derecho. Una de las herramientas de gestión más importantes que utilizan los analistas consiste en procurar un acuerdo informal entre las partes (*settlement*), de modo que el reclamante focalice sus peticiones a la información que realmente le importa acceder y que el órgano reclamado respete el derecho de acceso a información del reclamante sin trabas ni obstáculos, proponiendo bases de arreglo.

Es probable que el volumen de amparos que ingresen al CPLT siga aumentando con el transcurso del tiempo, y con mayor razón si en el futuro además se permitiera a los reclamantes formular sus amparos a través formularios *on-line*, tal como ha sucedido en otros países. Para reducir aún más el *stock* acumulado de casos, y anticipándose a escenarios en que el número mensual de amparos sea superior a lo previsto en las planificaciones estratégicas, la Dirección Jurídica debería prestar más atención a las ventajas de poner término a los amparos de baja o mediana complejidad a través de mediaciones (o facilitaciones entre las partes). En el *PP* llevado a cabo por el CPLT el 2010 se estimó conveniente que la búsqueda de acuerdos fuese promovida por los profesionales de la Unidad de Promoción y Clientes, dependiente de la Dirección de Estudios, pues este equipo había entablado vínculos con los enlaces de los distintos organismos, y contaba con experiencia atendiendo las inquietudes de los reclamantes y resolviendo las consultas cotidianas de los ciudadanos. Si se quiere institucionalizar y consolidar el *PP* en el tiempo, cabe preguntarse entonces quiénes en el CPLT deberían encargarse de las mediaciones o facilitaciones entre las partes.

Una posibilidad es conformar y capacitar a un equipo del CPLT para que se especialice en la búsqueda de acuerdos entre las partes, en los casos que para tales efectos sean seleccionados y derivados por la Dirección Jurídica (Opción 1). Otro modelo diferente consiste en capacitar a los propios analistas de la Dirección Jurídica para que ellos amplíen su ámbito de acción y pasen a ser «gestores» de la resolución de amparos (Opción 2). La primera opción tiene la ventaja de conformar un equipo que destine todo su tiempo laboral a procurar acuerdos entre las partes. Además dicho equipo podría ser reconocido por los enlaces de los organismos públicos como interlocutor válido o contraparte en los procesos de negociación que se realicen, lo cual debería a su vez traducirse en una disminución de los costos de transacción al interior del Estado. La primera opción admite dos posibilidades diferentes: que el equipo de mediadores forme parte de



la Dirección Jurídica (Opción 1.1) o que los profesionales de dicho equipo pertenezcan a otra dirección del CPLT (Opción 1.2). Si se optara por la Opción 1.1, habría que explorar si es preferible instalar una Unidad de Mediación en la Dirección Jurídica, o bien, ampliar el radio de acción de la actual Unidad de Admisibilidad para que ésta pase a ser la Unidad de Admisibilidad y Mediación. En cambio, si se estima conveniente desarrollar la Opción 1.2, entonces habría que discutir en qué lugar del organigrama de la institución debería estar radicado el equipo de mediadores, pues pareciera ser que la Dirección de Estudios no es propiamente la dirección llamada a cumplir tales funciones.

La Opción 2 corresponde a la modalidad que ha sido observada en Canadá, Escocia, Estados Unidos, Gales, Inglaterra, Irlanda e Irlanda del Norte. Tiene la ventaja de reducir los costos internos de transacción, pues con ello se evita que distintos profesionales destinen tiempo a revisar los antecedentes de cada caso. En efecto, si el analista asignado es la persona encargada de monitorear el avance de su cartera de casos, él será el principal interesado en cerrarlos, sea a través de la redacción de una decisión de fondo (lo cual toma tiempo) o mediante la búsqueda de acuerdos entre las partes (que pareciera ser una alternativa más eficiente para poner término a las controversias menos complejas o respecto de las cuales hay precedentes claros). En nuestra modesta opinión, la Opción 2 es preferible a la Opción 1.1, y ésta a la Opción 1.2. Por tanto, se sugiere que en la Dirección Jurídica se concentren todas las actividades relacionadas con la tramitación de los amparos del derecho de acceso a información y reclamos por falta de cumplimiento a las normas sobre transparencia activa, incluyendo las actuaciones de los analistas como facilitadores o mediadores para resolver las controversias entre las partes y, por cierto, la representación del CPLT ante eventuales recursos que sean interpuestos en los tribunales superiores de justicia en contra de las decisiones del Consejo Directivo.

Desde un punto de vista práctico, la experiencia comparada además invita a evaluar los actuales niveles de *delegación y horizontalidad* en el sistema de gestión de casos del CPLT. En los casos inadmisibles y de baja complejidad pudieran explorarse las ventajas de otorgar mayores grados de autonomía al poder decisonal de los analistas a quienes les han sido asignado los casos, de modo que sólo los temas sobre los cuales no hay precedentes claros o que impliquen mayores dificultades a las habituales sean consultados o revisados por los coordinadores, el Jefe de la Unidad de Admisibilidad, el Jefe de la Unidad de Reclamos, el Director Jurídico, o el Consejo Directivo, según corresponda en conformidad a criterios previamente definidos.<sup>77</sup> Asimismo, se sugiere reservar el

---

<sup>77</sup> Se recomienda la elaboración, publicación y difusión *on-line* de un manual de procedimientos en el cual se expliquen todos los pasos y etapas que forman parte de la tramitación de los amparos de acceso a información y reclamos por falta de cumplimiento a los deberes de transparencia activa interpuestos en el CPLT, los criterios que han de ser respetados por los analistas en sus actuaciones y los derechos de los usuarios. A modo de ejemplo, véase el documento elaborado por el Office of the Scottish Information Commissionner: *Investigation and Enforcement Procedures*. St. Andrews, febrero de 2010, disponible en: <<http://www.itspublicknowledge.info/Law/FOISA-EIRsGuidance/Briefings.asp#procedures>>.

tiempo que los altos directivos del CPLT, y en particular los Consejeros, pueden destinar a la resolución de amparos de acceso a información, de modo que los debates en las Sesiones Ordinarias del Consejo Directivo se concentren en los asuntos estratégicos y jurídicamente más complejos o novedosos, confiando los temas de menor importancia a los niveles intermedios de la organización. Además está decir que las gestiones que realicen los funcionarios del CPLT en pos de acuerdos entre las partes y que no hayan prosperado, en ningún caso han de ser presentadas a los Consejeros ni ser mencionadas en las propuestas de decisiones de fondo. Por otra parte, para asegurar la imparcialidad de los analistas en la redacción de los borradores de las decisiones en los casos en que no hayan prosperado los SARC, se sugiere que tales propuestas sean siempre revisadas por los coordinadores de la Unidad de Reclamos. También puede ser interesante discutir cómo los analistas del CPLT podrían aprovechar las instancias o espacios de cooperación informal con los órganos reclamados para avanzar hacia una solución alternativa, tal como sucede en el ICO al momento de la preparación y envío de los descargos.

Si se quiere reducir aún más los tiempos de tramitación de los amparos en el CPLT, otra herramienta de gestión que se podría evaluar consiste en delegar la redacción de oficios de traslado, subsanación y aclaración en los analistas asignados a los casos. En estos momentos esos oficios son: redactados por los analistas de la Dirección Jurídica, revisados por el Jefe de Admisibilidad y el Director Jurídico, firmados por la Dirección General, despachados por la Oficina de Partes, quien además los ingresa al expediente digital, y luego registrados en las carpetas físicas por la Dirección Jurídica. Si la redacción de oficios se automatizara aún más y se asegurara un adecuado respaldo y registro en las carpetas digitales, nada impediría que tales oficios fuesen enviados directamente por los analistas encargados de los casos a través de sus casillas de correo electrónico. En una primera fase se podría considerar esta modalidad para el envío de los oficios destinados a los organismos públicos, para luego evaluar la conveniencia de implementarla como regla general de comunicación con las partes durante la tramitación de los amparos/reclamos.

No todos los amparos requieren que los analistas efectúen gestiones para alcanzar una solución alternativa. La *selección* apropiada de los casos derivados a SARC evita destinar horas de trabajo a casos que desde un comienzo era posible declarar inadmisibles o prever que no se obtendría un acuerdo entre las partes. Con todo, se recomienda aumentar al menos al doble el porcentaje de amparos que en estos momentos están siendo derivados a SARC, y evaluar dentro de seis meses los resultados de las gestiones y recursos invertidos. De hecho, el costo total de intentar la búsqueda de soluciones alternativas en la mayoría de los casos declarados admisibles es considerablemente menor al costo total de seguir tramitándolos conforme a las reglas generales.<sup>78</sup> Como condición adicional de éxito de los SARC en el CPLT se requiere que los analistas a cargo de los casos no

---

<sup>78</sup> ROJAS, *op. cit.*, pp. 67-72 (a propósito de los costos del PP en el CPLT).

sólo cuenten con una sólida formación profesional, sino que además se encuentren capacitados en un conjunto de *habilidades* de primera importancia para la obtención de soluciones alternativas en plazos breves, tales como, negociación, mediación, comunicación, planificación, trabajo en equipo, orientación a resultados, etc. Por ello se sugiere que en las próximas contrataciones se midan con especial atención un conjunto de capacidades y habilidades que son útiles para la resolución estratégica y temprana de amparos y reclamos.<sup>79</sup> Al menos esa es la tendencia que se ha podido apreciar en Canadá, Estados Unidos, Inglaterra, Irlanda, Irlanda del Norte, Escocia y Gales.

Tal como ocurre en Escocia, *calificar* la complejidad y novedad de los amparos puede ser una útil herramienta de gestión posible de perfeccionar en el CPLT. En la actualidad el Comité de Admisibilidad clasifica los amparos que ingresan en tres categorías: «baja», «mediana» o «alta» complejidad —demás está decir que la inmensa mayoría corresponde a baja complejidad—. Cualquiera sea la modalidad que se establezca para institucionalizar la realización de mediaciones/facilitaciones en el CPLT, aunque con mayor razón si fuese la Opción 2, pudiera ser conveniente diseñar en la Dirección Jurídica un sistema de clasificación que permita anticipar con un poco más de certeza la cantidad de tiempo estimada que cada analista debería dedicarle a cada caso asignado, de modo que se distribuyan diversos tipos de amparos entre los distintos analistas y lo más equitativamente posible. Asimismo, durante la tramitación de los amparos debería existir la posibilidad de revisar y modificar la calificación otorgada en una etapa temprana, en consideración de los antecedentes o dificultades que vayan surgiendo más adelante.

Así como en la etapa de instalación del CPLT fue fundamental construir y consolidar una jurisprudencia coherente y sólida desde un punto de vista jurídico, lo cual ha requerido de un esfuerzo adicional por parte de los Consejeros y de la Dirección Jurídica durante los primeros meses de funcionamiento,<sup>80</sup> en la fase de consolidación del CPLT se debe ampliar el centro de atención hacia la búsqueda de una cada vez mayor *satisfacción de los usuarios* y una mejor calidad de la atención ofrecida. Lo anterior invita a revisar el sistema de gestión de casos y los flujogramas de trabajo para explorar en qué etapas de la tramitación de amparos es factible maximizar aún más los recursos y reducir los tiempos reales de las gestiones llevadas a cabo, a través de innovaciones que sean incorporadas en forma gradual y monitoreadas periódicamente. En complemento, en las futuras encuestas de satisfacción de usuarios se recomienda comparar las percepciones de los usuarios cuyos casos han sido derivados a SARC con los casos en que ello no ha ocurrido, independientemente si se obtuvo o no el desistimiento del reclamante

<sup>79</sup> A modo de ejemplo, véase en Internet la información que publica el ICO respecto de los llamados a concurso que realiza: <<http://www.ico.jobs/>>.

<sup>80</sup> Vid. RAJEVIC, Enrique: «El primer año de jurisprudencia del Consejo para la Transparencia», en CHILE TRANSPARENTE: «Transparencia en el ámbito público y privado: Balance y desafíos pendientes», Santiago, junio de 2010.

o se declaró la conformidad objetiva entre lo pedido por el reclamante y lo otorgado por el órgano respectivo.

Por otra parte, se propone realzar el sentido estratégico y propositivo que ha de tener el CPLT en todos los temas relacionados con la eficacia del derecho de acceso a información, el cumplimiento de los deberes de transparencia activa y la protección de los datos personales de los ciudadanos. La Unidad de Normativa de la Dirección Jurídica podría pasar a ejercer un rol más relevante en esta materia — al igual que la Secretaría Técnica de la Dirección General y la Unidad de Promoción y Clientes de la Dirección de Estudios—. El Policy, Communications and Operations del OIC de Canadá, el Head of Policy and Information del OSIC de Escocia y el Deputy Commissioner and Director of Freedom of Information del ICO en el Reino Unido, juegan un papel fundamental en la cooperación interinstitucional que se requiere para perfeccionar y tornar cada vez más efectivo el derecho de acceso a información de los ciudadanos, *e.g.*, sistematizando y socializando los precedentes, fijando pautas y estándares que han de ser respetados por los organismos regulados, etc.<sup>81</sup>

## 8. CONCLUSIONES

Las principales conclusiones a las cuales se ha podido arribar con ocasión de esta investigación —en la cual se han revisado y comparado (i) las normas vigentes sobre acceso a información y transparencia y (ii) los sistemas de gestión de amparos del derecho de acceso a información en organismos autónomos similares al CPLT en diversos países— son las siguientes:

1. Para que el derecho de acceso a información de los ciudadanos sea efectivo se requiere, por un lado, que los organismos regulados proporcionen en forma expedita y dentro de plazos breves los antecedentes solicitados y, por otro, que los tiempos de tramitación de las apelaciones o amparos que sean interpuestos sean igualmente breves y resueltos por los organismos competentes en forma eficiente y conforme a derecho.
2. La posibilidad de recurrir a los SARC para poner término a las controversias en materia de acceso a información se encuentra reconocida en la normativa de diversos países, tales como, Escocia, Estados Unidos, Irlanda. Incluso hay países como Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte, donde la legislación no menciona a los SARC expresamente pero que en la práctica sí son aprovechados

<sup>81</sup> A modo de ejemplo de cooperación interinstitucional, véase en Internet la información que publica el Ministerio de Justicia del Reino Unido sobre el cumplimiento que hace de la FOIA y la EIR. MINISTRY OF JUSTICE: *Freedom of Information Act 2000. Third Annual Report on the operation of the FOI Act in Central Government 2007*. Londres, junio de 2008, disponible en Internet: <<http://www.justice.gov.uk>>. Además véase <<http://www.justice.gov.uk/guidance/foi-procedural.htm>>. Lo anterior no quita que de todas maneras el ICO ejerza sus atribuciones fiscalizadoras cuando corresponda. Además véase el estudio solicitado a Jigsaw Research para conocer las percepciones de los *stakeholders*, JIGSAW RESEARCH: *Information Commissioner's Office Stakeholder Perceptions Study*, mayo de 2008, disponible en Internet: <[http://www.ico.gov.uk/about\\_us/research/freedom\\_of\\_information.aspx](http://www.ico.gov.uk/about_us/research/freedom_of_information.aspx)>.

dentro del sistema de gestión de casos del ICO. Dado que en la actualidad la LT no contempla a los SARC, se sugiere incorporar un nuevo art. 24 bis en la LT, en los términos presentados por el Presidente del CPLT (Oficio N° 0886, de 19 de mayo de 2010).

3. En la fase de instalación de un organismo especializado en la resolución de controversias referidas a las temáticas de transparencia y acceso a información adquiere especial importancia la construcción de jurisprudencia y la definición institucional de los criterios orientadores y estándares que han de ser respetados por los organismos regulados. Lo anterior ha sido corroborado luego de revisar las experiencias recientes de Escocia, Estados Unidos y el Reino Unido. A medida que se van consolidando y uniformando las interpretaciones de la normativa vigente y se van definiendo las pautas que han de ser respetadas por los órganos públicos, es conveniente sistematizar la jurisprudencia y socializarla en forma amigable ante la opinión pública, y en particular con los enlaces y equipos especializados en transparencia y acceso a información de los distintos organismos regulados. Ello permite que el *corpus* generado por la institución pueda ser aplicado en el futuro en situaciones similares a las resueltas en forma previa: mientras más predecibles sean los fallos del organismo, mayor es la seguridad jurídica en materia de acceso a información y transparencia activa y, por ende, mayores son los espacios de buscar acuerdos entre las partes.
4. No cabe duda que la aplicación de SARC es un mecanismo efectivo que contribuye a reducir significativamente los plazos de tramitación de los amparos del derecho de acceso a información pública que sean de menor complejidad o respecto de los cuales hay jurisprudencia uniforme y conocida por los organismos regulados. Esa ha sido al menos la tendencia observada en países como Canadá, Escocia, Estados Unidos, Gales, Inglaterra, Irlanda e Irlanda del Norte. Por ejemplo, en Escocia el 24% de los casos resueltos es terminado durante la fase de investigación (109 de 456 casos terminados el 2010), sea por desistimiento del reclamante o por acuerdo de las partes, a lo cual habría que sumar otros 98 casos en los cuales la autoridad no procedió a investigar —el Information Commissioner sólo dictó decisiones de fondo en los otros 249 casos restantes—. Por su parte, en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte, 2.195 de los 4.196 casos terminados en el año fiscal 2009/10 corresponden a situaciones en las que prosperaron las negociaciones informales promovidas por los analistas, lo que corresponde al 52% de los términos del ICO. En Irlanda el 21% de los términos de los casos declarados admisibles corresponde a acuerdos alcanzados entre las partes. En Estados Unidos el OGIS ha buscado soluciones alternativas en el 25% de los casos interpuestos, con una tasa de éxito del 82%. En consideración de la tendencia creciente del número de amparos/reclamos por vulneración del derecho de acceso a información, la experiencia comparada revela que los SARC han ido adquiriendo cada vez un mayor protagonismo en cuanto mecanismo para poner término a las controversias entre los ciudadanos y los órganos reclamados. En tal sentido,

establecer los SARC en el CPLT de manera permanente puede contribuir a anticiparse a escenarios más complejos y gestionar en forma rápida y con menores costos volúmenes de casos mayores a los presentados durante los dos primeros años de funcionamiento del CPLT.

5. Si se quiere apostar por una mayor *satisfacción de los usuarios*, es conveniente que los analistas a quienes les son asignados los amparos tengan un mayor poder de decisión respecto de los pasos a seguir durante la tramitación de los casos. Por ejemplo, en el ICO son los analistas (*officers*) del Complaint's Resolution Department quienes conducen todas las gestiones asociadas al caso, incluyendo la búsqueda de acuerdos entre las partes. En el modelo escocés los analistas (*investigating officers*) del Enforcement Team deben cumplir con un conjunto de estándares y procedimientos durante la tramitación de los reclamos, propiciando acuerdos de las partes en los casos calificados como técnicos. Los analistas (*investigators*) del OIC de Irlanda también manejan con independencia sus respectivas carteras de casos y, en consideración de los indicadores de desempeño fijados en las planificaciones estratégicas, priorizan resolver las controversias a través de negociaciones entre las partes. Junto con delegar la calificación de la complejidad de los casos, en aquellas situaciones en que existan criterios sólidos por parte de la institución sobre cómo resolver la controversia, es preferible que los propios analistas procuren salidas alternativas dentro de las primeras semanas de tramitación de los amparos interpuestos. Lo anterior se traduce en menores costos internos de transacción, pues es un único profesional quien debe revisar el detalle de los antecedentes del caso y reportar los avances en las reuniones periódicas de coordinación al interior del equipo. Asimismo, para reducir los costos internos de transacción es recomendable que todos los temas relacionados con la tramitación de amparos/reclamos sean abordados por una sola unidad altamente especializada, en este caso la Dirección Jurídica del CPLT. Si las gestiones de los analistas son exitosas y se logra poner término al amparo o reclamo en una etapa temprana de tramitación, dicho costo es además menor y preferible al costo total en que habría de incurrir la organización si tuviese que efectuar el análisis de fondo.
6. Además de discutir y adoptar las definiciones estratégico-políticas de la institución, los altos directivos deberían concentrarse en revisar los casos más complejos, novedosos, de interés general o que requieran de una reflexión más profunda, y sólo en estos casos los plazos de tramitación deberían ser más laxos y con indicadores de resultados diferenciados a los demás (*e.g.*, en el 10% de los casos). Si el modelo de gestión de casos es jerárquico o vertical, y todas las decisiones intermedias son revisadas una y otra vez por los distintos niveles jerárquicos, se corre el riesgo de prolongar innecesariamente en el tiempo los casos pendientes de resolución, lo cual puede tener un alto costo institucional. Sobre esta materia se sugiere revisar las tipologías de casos y decisiones que han sido desarrolladas en Escocia. Además se recomienda delegar y confiar aún más en los analistas y profesionales de la Dirección Jurídica del CPLT para que ellos asuman un mayor protagonismo en el control y resolución de los casos de

menor complejidad y respecto de los cuales hay precedentes claros. Asimismo, se propone seguir avanzando en la necesaria automatización y simplificación de los procedimientos internos de registro, notificación y comunicación con las partes, y en particular de los oficios de mera tramitación o de menor relevancia procesal.

7. En la contratación de profesionales no sólo han de considerarse los méritos académicos y la experiencia profesional, sino que además las habilidades blandas de los postulantes, pues las personas que sean seleccionadas para desempeñarse en la Dirección Jurídica no sólo deben conocer el derecho vigente y la jurisprudencia del CPLT sino que además asumir en plenitud el rol de *gestores de resolución* de la cartera de casos que se les asigne. En complemento, es recomendable reforzar —a través de cursos de capacitación en negociación, mediación, gestión, planificación y comunicación efectiva, etc.— las habilidades blandas de los profesionales que actualmente efectúan los análisis de los amparos/reclamos y presentan los antecedentes y las propuestas de decisión a consideración del Consejo Directivo. La incipiente experiencia de cooperación interinstitucional alcanzada en esta materia por parte del OGIS en Estados Unidos podría ser una buena práctica a considerar.

*Londres, 7 de abril de 2011*

## BIBLIOGRAFÍA

## 1. Obras, documentos y artículos

- BIRKINSHAW, Patrick: *Freedom of Information. The Law, the Practice and the Ideal*. Cambridge University Press, Cambridge, 2010.
- CAIVANO, Roque, GOBBI, Marcelo, PADILLA, Roberto: *Negociación y Mediación: instrumentos apropiados para la abogacía moderna*. Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2ª ed., 2006.
- CELHAY, Pablo, GIL, Diego: «Experiencia comparada en acceso a la información pública», en *Serie Estudios*, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, N° 1, Calidad de la democracia, transparencia e instituciones públicas, Santiago, 2009, pp. 149-171.
- COOK, Meredith: «Balancing the Public Interest: Applying the public interest test to exemptions in the UK Freedom of Information Act 2000», University College London, The Constitution Unit, Londres, agosto de 2003.
- DARUWALA, Maja, NAYAK, Venkatesh, FERGUSON, James, YADAV, Namrata: «Access to Information Act. Recommendations for strengthening the access to information regime in the Government of Canada», Commonwealth Human Rights Initiative (CHRI), Nueva Dehli, agosto de 2008.
- EVANS, Robin J.: «The Administrative Dispute Resolution Act of 1996: Improving Federal Agency Use of Alternative Dispute Resolution Processes», *Administrative Law Review*, N° 50, 1998, pp. 217-233.
- FISHER, Roger, URY, William, PATTON, Bruce: *Sí... ¡de acuerdo! Cómo negociar sin ceder*. Ed. Norma, Bogotá, 1985.
- FISHER, Roger, SHAPIRO, Daniel: *Beyond Reason: Using Emotions as You Negotiate*. Penguin Books, Nueva York, 2005.
- FRENKEL, Douglas N., STARK, James H.: *The Practice of Mediation*. Aspen Publishers, Nueva York, 2008.
- HAZELL, Robert, BAXTER, Dick, COOK, Meredith, MAER, Lucinda: *Estimating the likely volumes, sensitivity and complexity of casework for the Information Commissioner under the Freedom of Information Act 2000 and the Environmental Information Regulations*. University College London, The Constitution Unit, Londres, marzo de 2004, disponible en Internet:  
<[http://www.ico.gov.uk/Global/freedom\\_of\\_information\\_research\\_archive.aspx](http://www.ico.gov.uk/Global/freedom_of_information_research_archive.aspx)>.
- INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE (ICO): «Annual Report Summary 2008/09», disponible en Internet:  
<[http://www.ico.gov.uk/upload/documents/library/corporate/practical\\_application/annual\\_report\\_summary\\_2009.pdf](http://www.ico.gov.uk/upload/documents/library/corporate/practical_application/annual_report_summary_2009.pdf)>.
- *Information Commissioner's Annual Report 2009/10. Upholding information rights in a changing environment*, 2010, disponible en Internet:  
<[http://www.ico.gov.uk/upload/documents/library/corporate/detailed\\_specialist\\_guides/annual\\_report\\_2010.pdf](http://www.ico.gov.uk/upload/documents/library/corporate/detailed_specialist_guides/annual_report_2010.pdf)>.
- *Achieving our value of being a model of best practice*, 2010, disponible en Internet:  
<[http://www.ico.gov.uk/about\\_us/how\\_we\\_comply.aspx](http://www.ico.gov.uk/about_us/how_we_comply.aspx)>.
- «Freedom of Information Good Practice Guidance No. 5. Time limits on carrying out internal reviews following requests for information under the Freedom of Information Act 2000», 22 de febrero de 2007, disponible en Internet:  
<[http://www.ico.gov.uk/tools\\_and\\_resources/document\\_library/freedom\\_of\\_information.aspx](http://www.ico.gov.uk/tools_and_resources/document_library/freedom_of_information.aspx)>.
- «Freedom of Information Act. Environmental Information Regulations. Internal reviews», 16 de febrero de 2009, disponible en Internet:  
<[http://www.ico.gov.uk/tools\\_and\\_resources/document\\_library/freedom\\_of\\_information.aspx](http://www.ico.gov.uk/tools_and_resources/document_library/freedom_of_information.aspx)>.
- *Freedom of Information: Three Years On. Market Research Report*. 2008, disponible en Internet:  
<[http://www.ico.gov.uk/tools\\_and\\_resources/document\\_library/freedom\\_of\\_information.aspx](http://www.ico.gov.uk/tools_and_resources/document_library/freedom_of_information.aspx)>.
- «A Robust Approach to FOI Complaint Cases», 28 de noviembre de 2006, disponible en Internet:  
<[http://www.ico.gov.uk/tools\\_and\\_resources/document\\_library/freedom\\_of\\_information.aspx](http://www.ico.gov.uk/tools_and_resources/document_library/freedom_of_information.aspx)>.
- «Freedom of Information. ICO Enforcement Strategy», mayo de 2007.
- «FOI Practice Recommendations. Policy Statement», 10 de agosto de 2006.
- «Freedom of Information Act 2000 (Section 48). Practice Recommendation», 10 de agosto de 2009.
- «Monitoring Strategy», marzo de 2009.
- «When can a request be considered vexatious or repeated?», diciembre de 2008, disponible en Internet:  
<[http://www.ico.gov.uk/tools\\_and\\_resources/document\\_library/freedom\\_of\\_information.aspx#Practical\\_application](http://www.ico.gov.uk/tools_and_resources/document_library/freedom_of_information.aspx#Practical_application)>.



- «Freedom of Information and Environmental Information Regulations caseload snapshot in December 2010», enero de 2011, disponible en Internet:  
<[http://www.ico.gov.uk/upload/documents/library/freedom\\_of\\_information/practical\\_application/monitoring\\_strategy.pdf](http://www.ico.gov.uk/upload/documents/library/freedom_of_information/practical_application/monitoring_strategy.pdf)>.
  - «Freedom of Information Act. Publication schemes. Police Sector Monitoring Report», marzo de 2010, disponible en Internet:  
<[http://www.ico.gov.uk/upload/documents/library/freedom\\_of\\_information/practical\\_application/monitoring\\_strategy.pdf](http://www.ico.gov.uk/upload/documents/library/freedom_of_information/practical_application/monitoring_strategy.pdf)>.
  - «Executive Team Business. Meeting minutes», 18 de enero de 2010, disponible en Internet:  
<[http://www.ico.gov.uk/about\\_us/who\\_we\\_are/corporate\\_governance/executive\\_team.aspx](http://www.ico.gov.uk/about_us/who_we_are/corporate_governance/executive_team.aspx)>.
  - «Executive Team minutes», 17 de mayo de 2010, disponible en Internet:  
<[http://www.ico.gov.uk/about\\_us/who\\_we\\_are/corporate\\_governance/executive\\_team.aspx](http://www.ico.gov.uk/about_us/who_we_are/corporate_governance/executive_team.aspx)>.
  - «Corporate Plan 2010-2013», 2010, disponible en Internet:  
<[http://www.ico.gov.uk/about\\_us/what\\_we\\_do/corporate\\_information/corporate\\_and\\_business\\_plan.aspx](http://www.ico.gov.uk/about_us/what_we_do/corporate_information/corporate_and_business_plan.aspx)>.
  - «ICO Business Plan 2010/11», 2010, disponible en Internet:  
<[http://www.ico.gov.uk/about\\_us/what\\_we\\_do/corporate\\_information/corporate\\_and\\_business\\_plan.aspx](http://www.ico.gov.uk/about_us/what_we_do/corporate_information/corporate_and_business_plan.aspx)>.
  - «Casework handling performance. Overview. February 2011», disponible en Internet:  
<[http://www.ico.gov.uk/about\\_us/what\\_we\\_do/corporate\\_information/complaints\\_handling\\_performance.aspx](http://www.ico.gov.uk/about_us/what_we_do/corporate_information/complaints_handling_performance.aspx)>.
- INFORMATION COMMISSIONER: *Review of the Operation of the Freedom of Information (Amendment) Act 2003*. Dublín, 2004, disponible en Internet:  
<<http://www.oic.gov.ie/en/Publications/SpecialReports/InvestigationsComplianceReportsSection36/File,571,en.pdf>>.
- JIGSAW RESEARCH: *Information Commissioner's Office Stakeholder Perceptions Study*, Mayo de 2008.
- *Customer Satisfaction Survey 2009*, julio de 2009, disponible en Internet:  
<[http://www.ico.gov.uk/about\\_us/research/corporate.aspx](http://www.ico.gov.uk/about_us/research/corporate.aspx)>.
- MARTÍNEZ DE MURGUÍA, Beatriz: *Mediación y resolución de conflictos. Una guía introductoria*. Ed. Paidós, Buenos Aires, 1999.
- MENKEL-MEADOW, Carrie, KUPFER SCHNEIDER, Andrea, LOVE, Lela, STERNLIGHT, Jean: *Dispute Resolution. Beyond the Adversarial Model*. Aspen, Nueva York, 2005.
- MINISTRY OF DEFENCE: *Freedom of Information & Environmental Information Regulations. Hints for Practitioners handling FOI/EIR requests*. Reino Unido, s.d., disponible en Internet:  
<[http://www.ico.gov.uk/tools\\_and\\_resources/document\\_library/freedom\\_of\\_information.aspx](http://www.ico.gov.uk/tools_and_resources/document_library/freedom_of_information.aspx)>.
- MINISTRY OF JUSTICE: *Freedom of Information Act 2000. Third Annual Report on the operation of the FOI Act in Central Government 2007*. Londres, junio de 2008, disponible en Internet:  
<<http://www.justice.gov.uk>>.
- NEUMAN, Laura: «Enforcement Models: Content and Context», en *Access to Information Working Paper Series*, World Bank Institute, 2009, disponible en Internet:  
<<http://siteresources.worldbank.org/EXTGOVACC/Resources/LNEumanATI.pdf>>.
- NEUMAN, Laura, EXCELL, Carole: «Appeal Procedures for Access to Information Cases: The International Experience and General Observations on the Proposed Jamaican Regulations», The Carter Center, septiembre de 2004, disponible en Internet:  
<[http://www.cartercenter.org/resources/pdfs/peace/americas/appeal\\_procedures\\_ati\\_cases\\_jamaica.pdf](http://www.cartercenter.org/resources/pdfs/peace/americas/appeal_procedures_ati_cases_jamaica.pdf)>.
- NÚÑEZ, Raúl: *Negociación, Mediación y Conciliación como métodos alternativos de solución de controversias*. Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2009.
- OFFICE OF GOVERNMENT INFORMATION SERVICES (OGIS): *Snapshot: Year One*. Octubre de 2010, disponible en Internet: <<http://www.archives.gov/ogis/snapshot.pdf>>.
- *The First Year. Building Bridges Between FOIA Requesters and Federal Agencies*. Marzo de 2010, disponible en Internet: <<http://www.archives.gov/ogis/reports/building-bridges-report.html>>.
- OFFICE OF THE INFORMATION COMMISSIONER: *Annual Report 2009-2010. Achieving Results. Building for Success*. Ottawa, junio de 2010, disponible en Internet: <[http://www.oic-ci.gc.ca/eng/rp-pr\\_ar-ra.aspx](http://www.oic-ci.gc.ca/eng/rp-pr_ar-ra.aspx)>.
- *Report on Plan and Priorities 2010-2011*. Ottawa, 2010, disponible en Internet: <<http://www.tbs-sct.gc.ca/rpp/2010-2011/inst/nd5/nd500-eng.asp>>.
- OFFICE OF THE INFORMATION COMMISSIONER: *Annual Report 2009*. Dublín, 2010, disponible en Internet:  
<<http://www.oic.gov.ie/en/Publications/AnnualReports/AnnualReport2009/File,12066,en.pdf>>.

- *Freedom of Information. The First Debate*. Dublín, 2008, disponible en Internet: <<http://www.oic.gov.ie/en/Publications/SpecialReports/10thAnniversaryPublication-FreedomofInformationTheFirstDecade/File,8397,en.pdf>>.
- *Records Management Handbook*. Dublín, 2004, disponible en Internet: <<http://www.oic.gov.ie/en/Publications/OfficeManuals/RecordsManagementHandbook/File,523,en.pdf>>
- *Strategic Plan 2010-2012*. Dublín, 2010, disponible en Internet: <<http://www.oic.gov.ie/en/Publications/>>.
- *A Guide to Structure, Organisation, Functions, Powers, Duties, Records & Services Provided*. Dublín, 2007, disponible en Internet: <<http://www.oic.gov.ie/en/Publications/OfficeManuals/Section16Manual/>>.
- OFFICE OF THE SCOTTISH INFORMATION COMMISSIONER (OSIC): *You only have to ask. Freedom of Information Annual Report 2009*, disponible en Internet en: <<http://www.itspublicknowledge.info/ask/foi-report-2009.pdf>>.
- *Online Annual Report 2010*, disponible en: <<http://www.itspublicknowledge.info/inyourhands/index.html>>.
- «Applications Overview», disponible en: <<http://www.itspublicknowledge.info/inyourhands/applications-overview.html>>.
- *A Guide for Scottish Public Authorities*. Enero de 2011, disponible en: <<http://www.itspublicknowledge.info/inyourhands/the-year-ahead.html>>.
- *Investigation and Enforcement Procedures*. Febrero de 2010, disponible en: <<http://www.itspublicknowledge.info/Law/FOISA-EIRsGuidance/Briefings.asp#procedures>>.
- PALMER, Michael, ROBERTS, Simon: *Dispute Processes: ADR and the Primary Forms of Decision Making*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
- RAJEVIC, Enrique: «El primer año de jurisprudencia del Consejo para la Transparencia», en CHILE TRANSPARENTE: *Transparencia en el ámbito público y privado: Balance y desafíos pendientes*. Santiago, junio de 2010.
- RAU, Alan Scott, SHERMAN, Edward F., PEPPET, Scott R.: *Processes of Dispute Resolution. The role of lawyers*. Foundation Press, 4ª ed., Nueva York, 2006.
- ROBERTS, Simon: «‘Listing Concentrates the Mind’: the English Civil Court as an Arena for Structured Negotiation», en *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 29, N° 3, 2009, pp. 457-479.
- ROJAS, Hugo: «Solución Alternativa de Amparos del Derecho de Acceso a Información en el Consejo para la Transparencia», Tesis para optar al grado de Magister en Gerencia y Políticas Públicas de la Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago, 2010.
- SAIEH, Cristián, RODRÍGUEZ, Darío, OPAZO, María del Pilar: *Negociación ¿cooperar o competir?* Ed. Aguilar. Santiago, 2005.
- STONE, Katherine V. W.: *Private Justice: The Law of Alternative Dispute Resolution*. Foundation Press, Nueva York, 2000.
- THE CARTER CENTER: *Access to Information: Building a Culture of Transparency. Jamaica*. Atlanta, junio de 2006, disponible en Internet: <<http://www.cartercenter.org/documents/2364.pdf>>.
- WALLER, Peter, MORRIS, Robert M., SIMPSON, Duncan, *Understanding the Formulation and Development of Government Policy in the context of FOI*. University College London, The Constitution Unit, Londres, 2009, disponible en: <[http://www.ico.gov.uk/about\\_us/research/freedom\\_of\\_information.aspx](http://www.ico.gov.uk/about_us/research/freedom_of_information.aspx)>.
- WOOLF, Harry: *Access to Justice. Final Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales* (The Woolf Report), 1996, disponible en: <<http://www.dca.gov.uk/civil/final/index.htm>>.

## 2. Normativa extranjera

### AUSTRALIA

- Freedom of Information Act*, Australia (1982)  
<[http://www.comlaw.gov.au/ComLaw/Legislation/ActCompilation1.nsf/0/FB76F4506926F133CA25736E001937CC/\\$file/FreedmInfo1982\\_WD02.pdf](http://www.comlaw.gov.au/ComLaw/Legislation/ActCompilation1.nsf/0/FB76F4506926F133CA25736E001937CC/$file/FreedmInfo1982_WD02.pdf)>.
- Freedom of Information Act*, Western Australia (1992)  
<[http://www.slp.wa.gov.au/pco/prod/FileStore.nsf/Documents/MRDocument:6967P/\\$FILE/FreedomOfInformationAct1992\\_00-00-00.pdf?OpenElement](http://www.slp.wa.gov.au/pco/prod/FileStore.nsf/Documents/MRDocument:6967P/$FILE/FreedomOfInformationAct1992_00-00-00.pdf?OpenElement)>,  
<[http://www.austlii.edu.au/au/legis/wa/consol\\_act/foia1992222/](http://www.austlii.edu.au/au/legis/wa/consol_act/foia1992222/)>.
- Freedom of Information Act*, Tasmania (Australia, 1991)

<[http://www.austlii.edu.au/au/legis/tas/consol\\_act/foia1991222/](http://www.austlii.edu.au/au/legis/tas/consol_act/foia1991222/)>.  
*Freedom of Information Act*, Victoria (Australia, 1982)  
<[http://www.legislation.vic.gov.au/Domino/Web\\_Notes/LDMS/PubLawToday.nsf/95c43dd4eac71a68ca256dde00056e7b/9ACF5291F2784A3ECA257306000FBD48/\\$FILE/82-9859a062.pdf](http://www.legislation.vic.gov.au/Domino/Web_Notes/LDMS/PubLawToday.nsf/95c43dd4eac71a68ca256dde00056e7b/9ACF5291F2784A3ECA257306000FBD48/$FILE/82-9859a062.pdf)>.

#### CANADÁ

*Access to Information Act* (1982)  
<<http://laws.justice.gc.ca/eng/A-1/index.html>>.  
*Freedom of Information and Protection of Privacy Act* (Ontario, 1990)  
<[http://www.e-laws.gov.on.ca/html/statutes/english/elaws\\_statutes\\_90f31\\_e.htm#BK68](http://www.e-laws.gov.on.ca/html/statutes/english/elaws_statutes_90f31_e.htm#BK68)>.

#### ESCOCIA

*Freedom of Information Act* (2002)  
<<http://www.itspubliknowledge.info/Law/FOISA/FOISA.asp>>.  
*Environmental Information (Scotland) Regulation* (2004)  
<<http://www.hms.gov.uk/legislation/scotland/ssi2004/20040520.htm>>.

#### ESTADOS UNIDOS

*Freedom of Information Act* (1966)  
<<http://uspolitics.about.com/od/usgovernment/a/foia.htm>>.  
*Administrative Dispute Resolution Act* (1996, modificada el 2006)  
<<http://www.justice.gov/adr/pdf/adra.pdf>>.  
*Open Government Act* (2007)  
<<http://www.archives.gov/ogis/amended-foia.pdf>>.

#### INGLATERRA Y GALES

*Freedom of Information Act* (2000)  
<[http://www.opsi.gov.uk/Acts/acts2000/ukpga\\_20000036\\_en\\_1](http://www.opsi.gov.uk/Acts/acts2000/ukpga_20000036_en_1)>.  
*Civil Procedure Act* (1997)  
<<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1997/12/contents>>.  
*Civil Procedure Rules* (1998)  
<<http://www.legislation.gov.uk/uksi/1998/3132/contents/made>>.

#### IRLANDA

*Freedom of Information Act* (1997)  
<<http://www.foi.gov.ie/legislation/freedom-of-information-act-1997-2/>>.  
*Freedom of Information (Amendment) Act* (2003)  
<<http://www.foi.gov.ie/legislation/freedom-of-information-amendment-act-2003-2/>>.  
*Access to Information on the Environment Regulations* (2007)  
<<http://www.irishstatutebook.ie/2007/en/si/0133.html>>.

#### MÉXICO

*Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental* (2002).  
<<http://www.ifai.org.mx/transparencia/LFTAIPG.pdf>>.

### 3. Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH): *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006, Serie C, N° 151, disponible en Internet: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm?idCaso=245>>.

### 4. Sitios Web

Commonwealth Human Rights Initiative, <<http://www.humanrightsinitiative.org/>>.  
Department of the Prime Minister and Cabinet, Australia, <<http://www.dPMC.gov.au/>>.  
Biblioteca del Congreso Nacional, <<http://www.bcn.cl/>>.  
Centre for Freedom of Information, <<http://www.centrefoi.org.uk/>>.  
Citizens Information Board, Irlanda, <<http://www.citizensinformation.ie/en/>>.  
Consejo para la Transparencia, Chile, <<http://www.consejotransparencia.cl/>>.  
Department of Justice, Victoria, Australia, <[www.justice.vic.gov.au](http://www.justice.vic.gov.au)>.  
Freedom of Information Commission, Connecticut (Estados Unidos), <<http://www.state.ct.us/foi/>>.

Fundación Pro Acceso, Chile, <<http://www.proacceso.cl/>>.  
Information Commissioner's Office (ICO), Reino Unido, <<http://www.ico.gov.uk/>>, <<http://www.ico.jobs/>>.  
Information Tribunal, Reino Unido, <<http://www.informationtribunal.gov.uk/>>.  
Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, México, <<http://www.ifai.org.mx/>>.  
Ministry of Justice, Reino Unido, <<http://www.justice.gov.uk/>>.  
Office of Government and Information Services, Estados Unidos, <<http://www.archives.gov/ogis/>>.  
Office of the Information Commissioner, Canadá, <<http://www.oic-ci.gc.ca/>>.  
Office of the Information Commissioner, Irlanda, <<http://www.oic.gov.ie/en/>>.  
Office of the Information Commissioner, Western Australia (Australia), <<http://www.foi.wa.gov.au/>>.  
Office of the Privacy Commissioner, Australia, <<http://www.privacy.gov.au/>>.  
Office of the Privacy Commissioner, Canadá, <<http://www.priv.gc.ca/>>.  
Scottish Information Commissioner, Escocia, <<http://www.itpublicknowledge.info/home/ScottishInformationCommissioner.asp>>.  
The National Archives and Records Administration (NARA), Estados Unidos, <<http://www.archives.gov/about/>>.  
University College London, The Constitution Unit, <<http://www.ucl.ac.uk/constitution-unit/>>.

ANEXOS

1. Formulario de reclamo en contra del ICO por incumplimiento de sus propios estándares en la tramitación de los reclamos de acceso a información

CASE REVIEW AND SERVICE COMPLAINT FORM

We aim to give the best possible service to all our customers. But if you are unhappy or dissatisfied with our service, you can use this form to tell us. If you need help to fill in this form, please contact our Helpline on 0303 123 1113.

*1. Your details*

Title:   
First name:   
Other names:   
Last name:   
Address:   
Postcode:   
Telephone:   
Fax:   
Email:

*2. If you are complaining about the way we dealt with a complaint you made under the legislation we deal with, please give details of:*

The reference number(s) we gave you:

*3. If you are complaining about any other service we provided, please say which service (you will be asked to give further details later).*

*4. Please give the names of any ICO staff who dealt with you.*

*5. Have you given anyone else permission to speak to us about this matter?* Yes  No

If so, please give details.

Title:   
First name:   
Other names:   
Last name:   
Address:   
Postcode:   
Telephone:   
Fax:   
Email:

What is their relationship to you?

*6. What do you think we did wrong?*

We did not come to the right conclusion about your case and want us to review it

We did not deal with your case in line with our published service standards

You are dissatisfied with some other aspect of our service

Please explain exactly what you think we did wrong for each box you have ticked, attaching extra sheets if necessary.

You should also give details of the evidence you would like us to consider. This is likely to include references to earlier correspondence between you and us. As we have this on file there is no need to copy it, although it would be helpful if you could describe any parts that are particularly relevant.

### *7. Important information about the documents you send*

In most cases, we destroy any documents sent in connection with case reviews and service complaints after six months. You should only send us copies of these documents and make sure you keep the originals in case we need them later on. If you cannot provide us with copies and you would like us to return your documents, please tick here.

You will need to make it clear each time you send us something if you would like us to return it to you.

### *8. Declaration*

To the best of my knowledge I have given you accurate information relating to this review request or service complaint.

I understand that your policy is to destroy documents relating to reviews and complaints after six months. If I have sent supporting documents, I have clearly indicated those that you should not destroy and should return to me.

Please check to confirm

Date

This declaration should be made by the person requesting the review or making the complaint. If this is not possible, please explain why.

---

47

### *9. Sending your form to us:*

By email: if you have electronic copies of the supporting documents you need to send us please attach them to the same email as your complaint form, and send to [casework@ico.gsi.gov.uk](mailto:casework@ico.gsi.gov.uk).

By post: if you only have paper copies of some of the supporting documents you need to send us, please print this complaint form and post it, along with all your supporting documents to:

Customer Services Team  
Information Commissioner's Office  
Wycliffe House  
Water Lane  
Wilmslow  
Cheshire  
SK9 5AF

## 2. Criterios del ICO para resolver reclamos de acceso a información

### A ROBUST APPROACH TO FOI COMPLAINT CASES

We have been dealing with complaints under the Freedom of Information Act and Environmental Information Regulations for over a year. That year has been a learning one for the ICO, as it has for complainants and public authorities. The reality of dealing with live complaints has challenged some of our original assumptions and approach. In particular the experience has led us to re-evaluate the assumption that, except where there has been an explicitly agreed informal resolution, a Decision Notice is the only appropriate way to conclude complaints.

This paper is the product of the Commissioner's reflections upon the first year of complaint handling and sets out a new, strategic approach. In particular this new approach is designed to ensure that, in every way, we are prioritising our cases sensibly so that we do not fully take up individual cases, or issue Decision Notices, which are very unlikely to produce outcomes which will promote the effective use of the legislation. A new policy will also ensure that we are not hampered in the exercise of our statutory functions by work which only serves to frustrate the legislation, or bring it (or the ICO) into disrepute. In essence, our new approach is not to take up, or continue with, any FoI or EIR case where no useful purpose would be served if we were to proceed to an adverse Decision Notice. In our opinion pursuing an application in this situation would mean that the application is frivolous or vexatious under s50 of the Act. Such cases will be closed, or dealt with in other ways if they appear to raise enforcement or similar issues.

#### *Basic criteria*

Typically cases falling within this new policy will be those in which, assuming the complaint of non-compliance by the public authority were to be upheld, there are no "specified steps" (under section 50(4)) which could be included within a Decision Notice. In other words, there is nothing which we could effectively require the public authority to do.

Unless one of the **exceptions** (see below) is involved, such cases will include those where:

1. the alleged breach is insignificant (including minor defects in a refusal notice) with no practical consequence;
2. the refusal notice may be technically defective, but it is completely obvious, from the face of the evidence, that the request was properly refused;
3. the breach was of a procedural nature only (including failure to provide advice or assistance) which the public authority has subsequently acknowledged;
4. there was delay in response to the request for information, but it is (or becomes) clear that the requested information has now been provided.
5. the requested information has now been provided following the intervention of the Commissioner.

The key factor in all these cases is that there is no constructive or remedial action which a Decision Notice could require the public authority to take. Even if the complaint was upheld in its entirety, as it raises issues so minor as to make the use of the complaints machinery in relation to it entirely disproportionate, no useful purpose would be served by proceeding any further.

**All** such cases should be closed, with a letter of explanation to the complainant. Where the complaint has identified a breach of the Act which is more than trivial, the attention of the public authority will be drawn to the breach together with any relevant published advice. The letter to the public authority will be copied to the complainant. The closure will normally be maintained, even if the complainant is unwilling to withdraw or abandon the complaint and is trying (without good grounds) to insist on a Decision Notice.

### *Exceptions*

Certain cases will, however, be dealt with through the serving of a notice even though the notice cannot specify any steps. These will include the following where the ICO has reasonable grounds for believing that:

1. the public authority has deliberately delayed its response to a request or has otherwise deliberately failed to meet its obligations;
2. the effect of delay or other non-compliance served the purposes of the public authority and requires censure in an adverse Decision Notice (e.g. avoiding disclosure at a critical time);
3. the requested information was eventually disclosed, perhaps after ICO intervention, but it would be right in the circumstances to proceed to a Decision Notice, for example to provide a formal record of the outcome;
4. the public authority has delayed responses or otherwise failed to meet its obligations in similar circumstances in previous cases;
5. there are sound reasons of principle or precedent for proceeding to a Decision Notice; or
6. it would be manifestly unreasonable in the particular circumstances not to proceed with the case.

We will always give proper consideration to complainants who argue that particular cases fall within these exceptions.

### *Process*

The nature of a case may be - or become - clear in various ways:

1. when the complaint is first considered at Case Reception;
2. when the case is started by one of the Complaint Resolution teams;
3. as a result of our efforts in achieving informal resolution; or
4. at any other point in the process of dealing with the case.

The approach to be taken to some cases will only become apparent in the light of our enquiries, by events or developments outside our control or by the passage of time. In other cases, a mutually satisfactory pragmatic solution may have been secured as a result of our intervention, whether or not that outcome precisely matches what is required under a technical analysis.

Typically these cases will be dealt with by giving good practice advice to public authorities, for instance by drawing attention to our published guidance.

We will advise complainants of the steps which we have taken and inform them that in the light of these steps we will assume that they wish to withdraw their complaints. We will only reopen cases if complainants are able to point to a clear public interest in taking formal action.

To give effect to the above change of approach:

- cases where no steps can be specified and which do not fall within any of the exceptions listed above should be identified and closed as early as possible, even if this means that a few have to be subsequently reopened;
- the Case Reception team should attempt to identify as many cases as possible which fall beneath the threshold for acceptance;
- the Complaint Resolution teams should identify and close all such cases as soon as it becomes apparent that no useful purpose will be served by the serving of a formal notice;
- the outcome should be recorded accurately to facilitate possible enforcement follow-up and enable more detailed management information to be produced.

In all these cases, the parties should be told that the case is not proceeding or has been closed on the grounds that “there are no steps which the Commissioner could include in a Decision Notice and it appears to the Commissioner that to pursue the complaint further would be frivolous or vexatious.”



Having explained the steps which the Commissioner has taken, for instance, provision of advice to the public authority, the complainant will be advised that the Commissioner does not intend to proceed with the complaint.

The fact that a case has not been concluded by way of a decision notice simply means that there are no useful steps that can be specified by means of a decision notice. It does not mean that the complaint is not taken seriously. Our general approach is to give clear advice to public authorities and to copy this advice to the complainant, demonstrating the action which we have been able to take. Where appropriate, including those cases where non-compliance or other short-coming has been acknowledged, a warning will be given to the public authority about the consequences of future non-compliance. Any further action will be taken in accordance with our FOI Enforcement Strategy approved in 2006.

Standard letters for complainants and public authorities will be produced as quickly as possible. If any complainant tries to insist that we should proceed, we should not enter lengthy correspondence. Some such cases may need to be reviewed within our internal complaints procedure.

### *Policy Rationale – The Public Interest*

It may be helpful to elaborate the reasoning for the new approach. Our experience of complaint-handling over the last year has informed the need to reconsider the interpretation of section 50. It is clear from our experience that there are cases which fall within the examples set out in this paper and which amount in our opinion to “frivolous or vexatious” applications, in that pursuing them would not achieve any benefit for the complainant, the public authority or the public generally as they lack substance.

This policy is in the public interest for the following reasons:

- it enables us to provide a better, more effective and efficient service to the public;
- it is consistent with our central function under section 50, which is to resolve as speedily as possible real and live disputes about disclosure or non-disclosure, rather than pore over the detail of what has (or has not) been done in the past;
- it seeks to free resources and channel them appropriately so as to deliver faster or fuller attention to more substantive cases;
- it seeks to improve our ability to resolve cases informally without unnecessary legal process and without the disproportionate threat to a public authority of an adverse Decision Notice;
- it is consistent with the scheme of the Act which provides for reconsideration by a public authority at the internal review stage and it removes a possible disincentive to disclosure at that, or a later, stage;
- it is consistent with, and supports, a number of public policies aimed at achieving:
  - better, less burdensome, regulation (both generally, and of the public sector),
  - more efficient public services, and
  - o alternative and cheaper means of resolving disputes than the tribunals and courts;
- it will encourage the appropriate and proportionate use by ICO of regulatory tools other than Decision Notices to address learning issues and systemic compliance problems. This is likely especially to involve the targeted use of Enforcement Notices and Practice Recommendations;
- it will free resources for improving compliance in other ways, including guidance that draws on the important principles deriving from casework.
- it seeks to deliver savings to the public purse;
- it is intended to achieve the promotion of the objects and policy of freedom of information legislation through the promotion of good practice as opposed to strict compliance with the letter of the law; to the extent that Decision Notices amount to nothing more than a formal statement of non-compliance, they have no beneficial effect in terms of good practice;

- it is intended to ensure that neither the legislation, nor the ICO, is brought in to disrepute by unnecessary administrative or legal processes in cases which do not warrant such action.

### *Improving compliance*

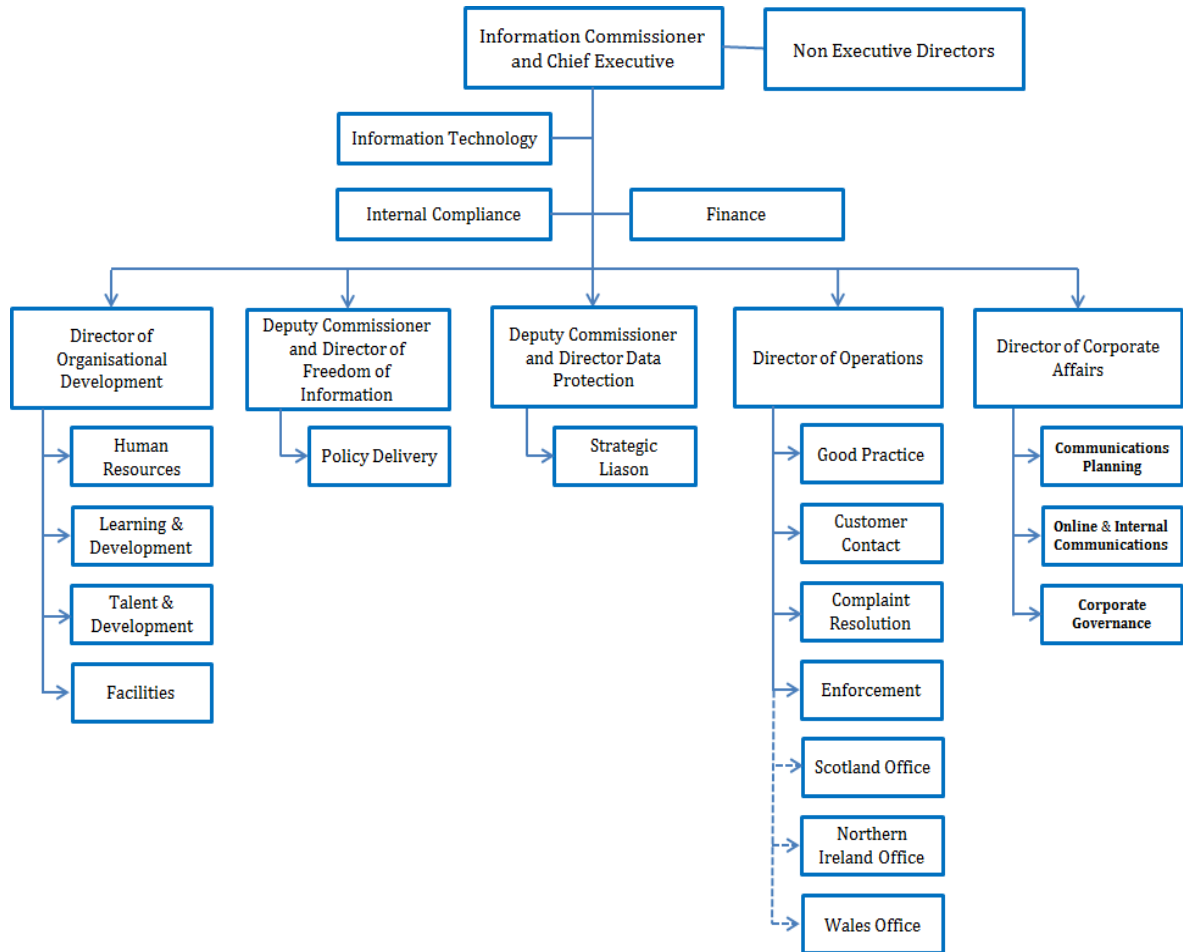
This change of approach does not mean that we will ignore or tolerate noncompliance by public authorities. It simply means that we will not be issuing Decision Notices unless there is good reason to do so. We will not be using adverse Decision Notices as a means of “totting up”.

In addition to those cases which are to be treated as “exceptional” in line with this new approach, evidence of persistently non-compliant public authorities should be gathered. Such evidence will be used to support the proportionate and targeted use of the other regulatory tools at our disposal.

Where we become aware of a pattern of non-compliance by a public authority, there are better-suited ways forward which do not depend on Decision Notices. These include informal or formal advice, published guidance, section 48 Practice Recommendations, or section 52 Enforcement Notices. Such tools are likely to be increasingly used to require recalcitrant public authorities to take steps to ensure compliance with their obligations under the Act.

It will be important, therefore, to ensure that we have proper records of all cases in which we become aware of non-compliance by public authorities, even if those cases have not led to the serving of a decision notice. We should monitor other ICO complaints database for evidence of emerging patterns or ‘hot spots’ of non-compliance arising from a particular case or series of similar or related cases. Enforcement staff and the Regional Offices can, of course also be alerted directly where, although a complaint is being closed, the public authority in question appears to need closer scrutiny.

### 3. Organigrama del ICO (Reino Unido)



## 4. Descripción del proceso en el OSIC (Escocia)

### ANATOMY OF AN APPEAL

When the Commissioner receives a valid application, a full investigation is undertaken. This will normally involve an assessment of whether the public authority in question has acted in accordance with the FOI Act when dealing with the applicant's information request.

The average time from the validation of an application to case closure for 2010 cases was 5.2 months. Below we provide further information on what happens at each stage after an appeal is made to the Commissioner.

#### 1. *Validation*

- Average time: 0.5 months.
- The first stage in any appeal is to ensure that the application is valid – that is, that the Commissioner is legally able to begin the investigation of the case.
- Before going on to investigate a case, the Commissioner must check, for example, that the appeal relates to an organisation covered by FOI legislation; and that the applicant has both made a valid request and asked the authority to review its response.
- The Commissioner must also be certain that the appropriate timescales have been met, e.g. that the applicant has given the authority 20 working days to respond before making an application to the Commissioner.
- The validation process will sometimes involve the Commissioner asking the applicant to provide further information or copies of correspondence, to ensure that he has all the information he needs to take the case forward.

#### 2. *Allocation*

- Average time: 0.7 months.
- When an application has been validated, the Commissioner writes to the applicant to tell them so. At the same time, he also notifies the public authority in question, asking them, where relevant, to provide any information that has been withheld from the applicant.
- Following the receipt of any relevant information, the case is allocated to an appropriate member of staff for investigation.

#### 3. *Investigation*

- Average time: 3.4 months.
- The investigating officer undertakes the investigation. This involves considering all material relevant to the case and seeking submissions from the applicant and the public authority.
- All relevant information is reviewed within the context of the FOI legislation, and the officer also considers any other legislation or legal precedent which may impact on the case, consulting colleagues where appropriate. If information has been withheld, the officer considers whether the exemption(s) have been applied correctly and, where relevant, considers where the public interest lies in relation to the information. In doing so, the officer assesses whether or not the public authority has fully complied with FOI law when dealing with the request.
- The officer will meet regularly with a senior colleague to update them on progress and to discuss any matters arising. Where the case involves new points of law or significant public interest issues, they may also meet with the Commissioner and/or the Head of Enforcement.
- Cases will occasionally be settled during the investigation, with the mutual agreement of both parties. At other times the information may be released, leading to the withdrawal of the appeal.

- In most cases, however, the officer will, at the end of the investigation, draft a decision setting out his or her conclusions in relation to the case.

#### *4. Approval*

- Average time: 1.1 months.
- The draft decision is then forwarded to a senior member of staff for review and consideration.
- If further investigation is required, the case is returned to the officer, with instruction provided on the nature of the work to be carried out. Following the conclusion of this work, the draft decision is resubmitted.
- When the senior member of staff considers that the investigation has concluded, the decision is, in most cases, passed to either the Commissioner or Head of Enforcement for final review. Unless they require further investigation to be carried out, the decision will be approved and prepared for release.

#### *5. Decision*

- A copy of the decision is sent to both the applicant and the public authority, notifying them of the Commissioner's conclusions in relation to the case.
- Where the Commissioner finds that a public authority has failed to meet its obligations under FOI, the decision will set out the steps that he requires it to take. Where information has been inappropriately withheld, the Commissioner will normally instruct the authority to release it to the applicant.
- In most cases, a copy of the Commissioner's decision is published on his website within one week.

#### *6. Appeal*

- Both the applicant and the public authority have the right to appeal the Commissioner's decision to the Court of Session.
- Any such appeal can be made on a point of law only, and must be made within 42 days of the decision notice being issued.

## 5. Lineamientos del OSIC para la búsqueda de acuerdos (*settlements*) entre las partes

### SETTLEMENT

3.44 This section of the procedures provides guidance and advice as to when settlement should be attempted and strategies and tips as to how to effect settlement.

However, settlement will not be appropriate in all cases and each case should be considered on its merits. A distinction is drawn between settlement and withdrawal, which is expanded upon in more detail below.

3.45 To enable OSIC [Office of the Scottish Information Commissioner] to assess whether settlement is being used in line with the Commissioner's strategy, the case closure codes in CHAS [Case Handling Administration System] were amended and expanded on in December 2009, so that OSIC can assess when a case had been settled and whether information has been disclosed as a result of the settlement.

The codes now available to the IO [Investigating Officer] when closing a case at step 3 in the process are as follows:

- Technical Application
- Abandoned
- Application withdrawn (No info released)
- Application withdrawn (Some info released)
- Application withdrawn (All info released)
- Application frivolous
- Application vexatious

#### *What is settlement?*

3.46 Section 49(3)(b) of FOISA [Freedom of Information (Scotland) Act 2002] recognises that a case which is referred to SIC [Scottish Information Commissioner] for investigation may be settled before a decision notice is issued.

3.47 Settlement is a process by which both parties agree to a course of action which results in the applicant withdrawing their application for a decision from SIC. It may involve a compromise by one or both parties. Settlement will generally result in a positive outcome for the applicant, although the applicant may not receive all or any of the information originally requested. In some cases, the applicant may even receive different information from what he/she originally requested or an authority might take action other than providing information that allows it to satisfy the applicant's concerns.

3.48 Settlement should be distinguished from cases in which the IO simply advises the applicant to consider withdrawing their application, if there is clearly no reasonable prospect of, for example, the information (if it exists and is held) being released under FOISA. It is also distinct from cases where withheld information is disclosed in full by the authority (following its own decision or advice from the IO), leading the applicant to withdraw their case. Such cases are discussed in the next section, on cases requiring no decision. Settlement can also occur where one or more parties concede their case sufficiently to allow it to be closed e.g. where the authority acknowledges that it does not have a strong case and goes on to respond to the request.

3.49 Settlement is flexible in that whilst it can result in information being put into the public domain, equally some settlements may result in information being provided only to the applicant without being made public (as can be seen from some of the case studies contained in Appendix 5 of these procedures).

3.50 The defining point to a settlement is “compromise”. Settlement is a process by which the applicant and the authority agree to a particular course of action. This may involve a compromise by one or both parties, which may result in the applicant receiving less information than he/she originally requested, or receiving different information from what he/she originally requested. This is different from situations where the IO recommends that the applicant withdraws the application. Withdrawals will usually be achieved where there is an “all or nothing” position, i.e. either the information in question is withheld from the applicant in full (and the IO is confident that SIC would consider the information to be fully exempt from disclosure) or the public authority decides during the course of the investigation to make the information fully available to the applicant.

3.51 This guidance is therefore aimed at situations where the IO undertakes some negotiation.

3.52 The IO must bear in mind, however, when considering the suitability of settlement or withdrawal to a particular application that the applicant has the right to a decision from the Commissioner, except in the very limited circumstances set out in section 49(1) of FOISA.

3.53 In all cases where settlement is attempted, it is important that the applicant’s right to a decision by SIC are safeguarded. In agreeing to settle a case the applicant will usually also agree that no decision from SIC is required, and their application for a decision can be withdrawn. The public authority may require such a commitment from the applicant before proceeding. However, the applicant should be aware that they have a right to a decision from SIC if the settlement attempt fails.

#### *Achieving settlement*

3.54 Settlement may be achieved in a number of ways: for example, the public authority may offer to disclose the information to the applicant only (so that the information does not become publicly available); or the public authority may offer to provide other information which would be helpful to the applicant. Examples of cases in which settlement has successfully been achieved can be found in the case studies at Appendix 5.

3.55 Although settlement can be initiated by either the applicant or the public authority, in practice the IO will often take the lead.

3.56 At any stage in the investigation it may become apparent that the parties may be willing to settle. Some key pointers may be: the applicant wants to try and resolve the case without waiting for a formal decision to be issued, or the applicant needs information more quickly than might be achieved if a formal decision were to be issued, or the authority recognises that the information should have been released when it received the initial request for the information and indicates that it would like to settle, or the IO can see that that the applicant, or the public authority, or both parties, have not understood the other party’s position, which, if explained, would allow the matter to be resolved, or the IO can see that limited disclosure, or arranging access for the applicant without disclosure under FOISA, is likely to meet the applicant’s needs.

3.57 Areas for IOs to focus on when approaching the possibility of settlement:

**Objectivity:** Staying objective throughout the process and keeping in mind the whole picture rather than becoming bogged down with particular detail.

**Skillful communications:** Asking diagnostic questions of both the applicant and the PA [Scottish Public Authority] at a relatively early stage to help build up a clear idea of what their needs are.

**Impartiality:** Maintaining impartiality (and being perceived as impartial); being non-judgemental and building a good working relationship with both parties from the offset.

**Creativity:** Looking out for/coming up with creative solutions and actively exploring them (instead of looking at the case from a single perspective, trying to look at the situation from outside the box and/or from different angles.)

*Practical suggestions to help explore the possibility of settlement*

3.58 Telephone contact with both applicant and authority –if an IO spots a potential settlement opportunities, he/she should consider making contact with the relevant parties to discuss this by phone, if possible. This will enable the IO to get a better understanding of the interests and the issues at hand. (Clearly, other communications must be made in writing. It is recommended that only once a response to the SL8 has been received should an IO contact the parties to discuss potential settlement opportunities.)

3.59 Discussions with the SIC/HOE [Head of Enforcement] / DHOEs [Deputy Head of Enforcement] – IOs may be able to rely on their own knowledge of what they consider SIC’s view might be on a particular matter.

However, if unsure, and settlement appears to be a possible option, then consultation with the Commissioner/HOE/DHOE would be helpful at an early stage in giving the IO the confidence to progress this option. In any event, IOs must discuss all settlement proposals with his/her DHOE before progressing this option.

3.60 Comprehensive Settlement Case Studies Log – Real examples of cases that have been settled have been included in Appendix 5 of these procedures which should assist IO’s in gaining a greater understanding of what kinds of settlement are possible.

*Procedures for achieving settlement*

3.61 If a potential opportunity for settlement is identified by the IO, or if the applicant or public authority suggests that they would be willing to settle a case which is under investigation, the IO should, after agreeing with DHOE that settlement should be attempted, contact one or both of the parties (as appropriate) and invite them to consider this possibility (SL11a).

3.62 The IO should confirm the terms on which settlement may be agreed (SL11b/c).

3.63 The IO should then contact the other party to advise them of the offer. The party should be advised that they do not have to accept the offer. This is particularly important in the case of the applicant, who must not be made to feel that they are under any pressure to settle.

3.64 In very limited cases, it may be appropriate for the IO to agree to meet with the parties to discuss settlement. The IO must seek agreement from DHOE before agreeing to arrange a meeting with the parties: depending on the circumstances, it may be prudent for the IO to be accompanied by DHOE.

3.65 In some cases only partial settlement is possible – for example, the public authority may offer to release additional information to the applicant, but still wish to contest the release of other information. In the decision the disclosure of information during the investigation will be noted and if appropriate commented on by the Commissioner. This means that the IO will have to continue with at least part of the investigation. Where this happens, the IO must take steps to ensure that all parties involved are clear on what part of the application will continue to be investigated and what part of the application is considered to be settled.



3.66 Even if the parties are discussing the possibility of settling the case, the IO should (with such priority as may be agreed with DHOE) continue with the investigation, so that the decision notice is not delayed should settlement fail.

3.67 Efforts to achieve settlement should not be prolonged unduly without apparent prospect of success. As each case is looked at on its own merits, discussions re this should be held between the IO and DHOE.

3.68 Where one party advises the IO that settlement has taken place, the IO must confirm with the other party that that is the case (SL11d). Settlement will not be considered as having taken place until the applicant has withdrawn their application. It may be a condition of settlement that the applicant withdraws their application before the information is provided. In many cases the IO will be involved in the process of settlement, and will be able to ensure that both parties are clear about its terms.

#### *Confirming settlement*

3.69 Before a case can be deemed to be settled, the applicant must withdraw their application for a decision (or part of their application if a partial settlement obtained).

If the applicant has indicated (in writing or verbally) that they are content to withdraw, the IO should send SL5a to confirm that no decision falls to be made and the case will be closed. If however the applicant fails to indicate that they are content to withdraw, the IO should take the following steps: the applicant should be asked to confirm in writing that they have withdrawn their application; after 10 working days, if a withdrawal letter has not been received, a further letter should be sent, giving the applicant notice that should they not respond within a further 10 working days, the matter will be treated as abandoned; SL10a should then be sent to the applicant, modified as appropriate to take account of the settlement; SL10b should be sent to the public authority, again modified as appropriate; the case should then be closed on CHAS and the documentation destroyed or returned to the authority – see section 5 on procedures.

3.70 It is possible that the public authority and the applicant will settle a case without any direct involvement of the SIC. The public authority is expected to inform the IO if this happens. The applicant should then be invited to withdraw their application for a decision (see process set out above).

3.71 Its important to note that whenever a case has been settled, the IO should send an email to SIC to let him know the basis for settlement and how this came to be achieved (this should generally be no more than a few paragraphs). The email should be copied to HOE and the relevant DHOE. The aim of this is to highlight good practice in informal resolution of cases. The HOE and DHOE will consider whether a particular settlement should be written up in more detail and included within the case studies.

3.72 When a public authority discloses information during an investigation, the IO should make sure that the “compliance” section in the case record in CHAS is updated. This will allow the Commissioner to gather intelligence on whether an authority is using the settlement process as a delaying tactic.

3.73 Where an applicant has agreed verbally to settle a case but later changes his/her mind, the IO should discuss with the DHOE the appropriate way forward. For example, if, as part of the settlement the public authority has disclosed information to the applicant, the application may be deemed to be frivolous or vexatious.

*Cases where settlement may not be appropriate*

3.74 Settlement may not be appropriate in all cases. For example, where settlement is considered at a late stage in the investigation, the IO must consider whether settlement would be in the interests of the applicant and what the effects of any undue delay in issuing a decision would be on the applicant.

3.75 There may also be cases where it would be useful for the Commissioner to issue a decision notice, for example, where the case would set an important precedent and would assist in other similar cases.

3.76 There may be cases where there would be a greater public interest in having the information disclosed under FOISA/EIRs [Environmental Information (Scotland) Regulations 2004] (and entering the public domain) than in seeing it provided to applicant alone.

3.77 Even when an applicant might be happy for settlement to go ahead, the IO should take account of the bigger picture before negotiating such a settlement e.g. in cases where public authorities have withheld information for a long period of time and have generally be uncooperative or where the manner in which the public authority dealt with the application is so poor that the bad practice should be publicised by the issuing of a decision.

*Maintaining an up-to-date library of settled cases*

3.78 As can be seen from Appendix 5, these procedures include a number of working examples of cases that have been settled/withdrawn. With a view to updating this list on a regular basis the Management Team at the monthly Enforcement Management Meeting will look at any cases settled within the previous month and decide if any merit being added to the existing list of examples. Certain examples may be removed over time to help keep the list manageable.

## 6. Ejemplos de casos terminados mediante negociación entre las partes (Escocia)

### SETTLEMENT EXAMPLES

#### *Case Study 1*

- CHAS [Case Handling Administration System] ref: 200700090
- Mr X of Scottish Police Federation (SPF) Grampian Joint Branch Board and Strathclyde Police
- Mr X requested information from SP about the new national Scottish Police Uniform. He did so as Uniform and Personnel Protective Equipment representative of the SPF. The uniform had been developed by the Chief Constable of SP and adopted by ACPOS. Mr X had concerns about the uniform and had made 5 requests about the tender process in developing the uniform: that is, specification, tests, comparisons, and so on.
- SP had responded by stating that the information was exempt under section 12 (excessive cost). Mr X was dissatisfied because he found it difficult to believe that SP's records management was such that it would take the amount of time claimed.
- The investigation involved getting initial costs from SP and SP commented that Mr X, as a union representative, would (and should) have already seen some of the information he was requesting.
- Also the fact that Mr X was a serving officer made SP willing to allow him access to some of the information. On this basis I suggested a possible settlement. Mr X asked if a meeting was possible with senior SP personnel to discuss the information held and to view certain documents. This was agreed. The meeting went ahead and Mr X obtained information and withdrew his application to OSIC.
- The difficulty in this case involved explaining to the applicant (Mr X) what his obligations were after the meeting and once he had seen some of the information. He wanted to be clear whether (legally) he had to withdraw or whether this was optional. I think settlement was possible because Mr X appreciated the fact that settlement involved a degree of compromise by him and because he was a police officer and familiar with the authority.

#### *Case Study 2*

- CHAS ref: 200801538
- The Commissioner received an application from a Solicitor acting on behalf of a client. The client wanted certain information from the Scottish Legal Aid Board (SLAB). In all of their responses to the Solicitor the SLAB explained that it held no recorded information which was relevant to the client's request. During the course of the investigation, the IO contacted the SLAB to seek a submission from them on their reliance on section 17 of FOISA. In providing a response, the SLAB maintained their position that they do not hold any relevant information, but did state that they were happy to provide the solicitors with an explanation of which informal discussions took place, which was covered by the Solicitor's request. The SLAB advised that, although they do not hold information in recorded form, they could explain the circumstances to the applicant.
- Contact was made with the applicant about the SLAB's proposal, and the applicant was asked whether they would accept the explanation as a means of settling the case. The applicant agreed to accept this. The explanation was then provided by the SLAB, which the applicant accepted, and the case was closed.

#### *Case Study 3*

- CHAS ref: 200801601
- The Commissioner received an application from a Solicitor who was seeking information relating to cases where a particular Council had disclosed legal advice under FOISA. In responding to the Solicitor's request and requirement for a review, the Council relied on section 12 of FOISA, that

the cost of providing the information in response to the request would exceed the £600 limit in the fees regulations.

- Following a letter from the investigating officer, the Council advised that if the Solicitor restricted her request to only covering requests that were handled by the Legal Services Division then they would be able to fulfil their request without having to cite section 12. The investigating officer contacted the Solicitor and asked whether they would restrict the scope of their request. The Solicitor agreed to do this. The Council was notified. The Council then provided copies of relevant information that it held to the Solicitor. The Solicitor was satisfied with the information disclosed. The case was closed.

#### *Case Study 4*

- CHAS ref: 200800697
- Mr and Mrs Y (closed at stage 3 on 29.10.08) had requested information from Northern Constabulary regarding the death of their son in a climbing accident. The information requested was for a copy of the relevant pages of officer's notebook (showing what had been noted from a witness) and details contained in a sudden death report. This was withheld in terms of section 34 and 35.
- During the investigation it became apparent that Mr Y had already been provided with some of the details by the PF. In Mr Y's application to OSOC he had stated that he only wanted the information released to him. I discussed the possibility of settlement with him and he agreed that being shown the information would be a possible solution. I discussed this with Northern Constabulary who after discussion with the PF, agreed that given the emotive circumstances they would be prepared to show Mr Y the information. Mr Y was happy with this and having been shown the information in question he withdrew his application.

#### *Case Study 5*

61

---

- CHAS ref: 200801742
- Mr X (closed at stage 3 on 27.01.09) had requested information from Dundee City Council (DCC) regarding the costs surrounding the disposal of solid waste at landfill sites and also by incineration.
- The Council had refused this citing section 33(1)(b) of FOISA. On examining the response to request for review, I noted that DCC had offered to meet with Mr X. I spoke with Mr X and whilst he had initially turned down this offer, he stated he would reconsider if still available.
- DCC confirmed they were still prepared to meet and discuss the issues with Mr X and if possible provide him with the details he required provided in a face to face meeting. Mr X was given contact details and arranged a meeting with the Chief Executive. Having had the meeting, Mr X intimated that he had been provided with the information he required and withdrew his application.

#### *Case Study 6*

- Case settled and closed at stage 3 – CHAS 200801482
- Mr Y, requested from Fife Council a copy of an email which had been sent by a former council employee to a firm of architects. Response was in terms of section 17 of FOISA in that since the employee had left, and his email account had been deleted searches revealed that it was no longer held by the Council. The firm of architects confirmed that they still had a copy but refused to provide it to Mr Y. I discussed the matter with Fife Council who, whilst still claiming section 17, agreed (whilst under no obligation to do so under FOISA) to obtain a copy of the email and an attached letter from the architects. Having done so, the information was supplied to Mr Y who withdrew his application.

### *Case Study 7*

- CHAS ref: 200800924
- Settlement achieved by understanding what information was sought by the applicant
- Mr X made a complaint about the hygiene standards in the staff canteen at a hospital. In his FOISA request, he sought information concerning the action that had been taken against a catering assistant and what methods had been introduced to prevent a recurrence of the unhygienic behaviour. In his request for review, Mr X reduced his request to solely what actions had been taken against the catering assistant.
- In its response to Mr X's initial and review request the public authority withheld the requested information under section 38(1)(b) of FOISA and stated that sections 1, 2 and 6 of the Data Protection Act 1998 (the DPA) would be breached if the information was disclosed.
- Mr X made an application to the Commissioner for information concerning what had happened to the catering assistant as a result of his complaint.
- The public authority sent a copy of the information being withheld to the IO; this compromised of the response letters to Mr X and the employee record of counselling.
- In its submissions re-iterated that it was withholding the information from Mr X under 38(1)(b) of FOISA and stated that sections 1, 2 and 6 of the DPA would be breached if the information was disclosed.
- Mr X's submissions were sought and in particular his legitimate interest in the withheld information, which the public authority considered as the catering assistant's personal information. Mr X responded and stated that he was not seeking any personal information and just wanted to know what action had been taken against the catering assistant.
- The IO advised the public authority that it may be possible to satisfy Mr X's request by providing him with a more general explanation of what happened as a result of his complaint. The public authority agreed with this additional interpretation of Mr X's request. The public authority provided Mr X with a precise (key steps) of what had happened as a result of his complaint.
- The explanation from NHS Tayside fulfilled Mr X's request and consequently he withdrew his application.

### *Case Study 8*

- CHAS ref: 200701607
- Settlement achieved by both parties compromising
- A Neighbourhood Watch Association asked a public authority for copies of all internal communications it held in relation to the Association.
- The public authority released some information and withheld the remaining information under sections 30(b)(i), (ii), 30 (c) and 38(1)(b).
- The Neighbourhood Watch Association made an application to the Commissioner requesting that the withheld information should be released.
- The IO included a copy of the Commissioner's guidance on the section 30 exemption in FOISA when requesting submissions from the public authority. In its response the public authority withdrew its reliance on section 30 and released this information to the Neighbourhood Watch Association.
- The information withheld by the public authority under section 38(1)(b) of FOISA was mainly email addresses of correspondence that had been copied to the Neighbourhood Watch Association. Once the IO had explained the principle why such information is redacted, the Neighbourhood Watch Association understood the reasoning and withdrew its request for this information.
- Following a discussion with the IO the public authority revised a redacted document to withhold personal information solely and a copy of which was released to the Neighbourhood Watch Association.
- This left only personal information under section 38(1)(b) being withheld from the Neighbourhood Watch Association. Once this was explained to the Association, they withdrew their application to the Commissioner.

*Case Study 9*

- CHAS ref: 200801051
- Mr X requested information which the Public Authority (PA) sought to withhold as being commercially confidential under section 33(1)(b) FOISA.
- After receipt of the SL8 the PA offered to provide the information requested (abandoning their initial reliance on section 33) but redacted to remove certain items of personal information about the identity of one of their agents. The PA also offered Mr X a meeting with a senior officer about his concerns, if there were any unresolved by obtaining the withheld information they were offering him.
- Mr X expressed some reservations about accepting the proposed (extremely minor) redactions, but after some discussion the IO advised Mr X that OSIC would have to look into the section 38 issues in detail if Mr X wished to pursue obtaining this information. Investigating this and then providing a decision on these issues subsequently would be likely to take much longer than if Mr X accepted the offer made by the PA.
- After a few days Mr X accepted the offer made by the PA which was channelled through the IO, but subject to the PA's Chairman writing Mr X an apologetic letter explaining why it had been necessary to refer the matter to OSIC in the first place.
- The PA raised concerns that the conditions (the meeting and the letter of apology) were out with FOISA and thus ultra vires OSIC. OSIC shared these concerns.
- The IO advised Mr X that the settlement offer made by the PA represented a very good outcome for him. After discussion and some reluctance, and being advised that certain elements of the settlement package which Mr X had insisted upon were out with the Commissioner's remit and powers, Mr X agreed to withdraw his application to the Commissioner.
- Withdrawal was sought before the proposed meeting between Mr X and the PA had taken place, as OSIC had concerns that it might be called upon in effect to arbitrate aspects of the case well outside FOISA if withdrawal of the application was after the meeting, if indeed it did take place.
- There was also a dispute between Mr X and the PA as to whether the letter of apology should be from the PA's Chairman of Chief Executive and some delay in its provision by the PA which delayed the case further.
- It was pointed out by the IO to Mr X that OSIC's role has been to facilitate the steps above as part of the settlement process (rather than entirely under FOISA) and that OSIC's role did not actually allow it to get involved in matters outside FOISA.
- The IO also noted to Mr X that it had been Mr X himself who had decided to defer his decision on whether to attend the meeting offered by the PA with a senior member of its staff, but that the offer by the PA remained there, and if the promised letter from Chairman did not materialise, the IO said he would be happy to contact VS again to prompt the PA again if necessary.
- The IO also pointed out to Mr X that the correspondence received so far made it clear that the PA had acted on the agreed settlement terms in good faith, and that OSIC would be grateful if Mr X would confirm that his formal application for decision was withdrawn.
- Mr X withdrew his Application to the Commissioner for a decision. It is not known whether the meeting between Mr X and the PA took place or what its outcome was, but Mr X did not contact OSIC again about it.

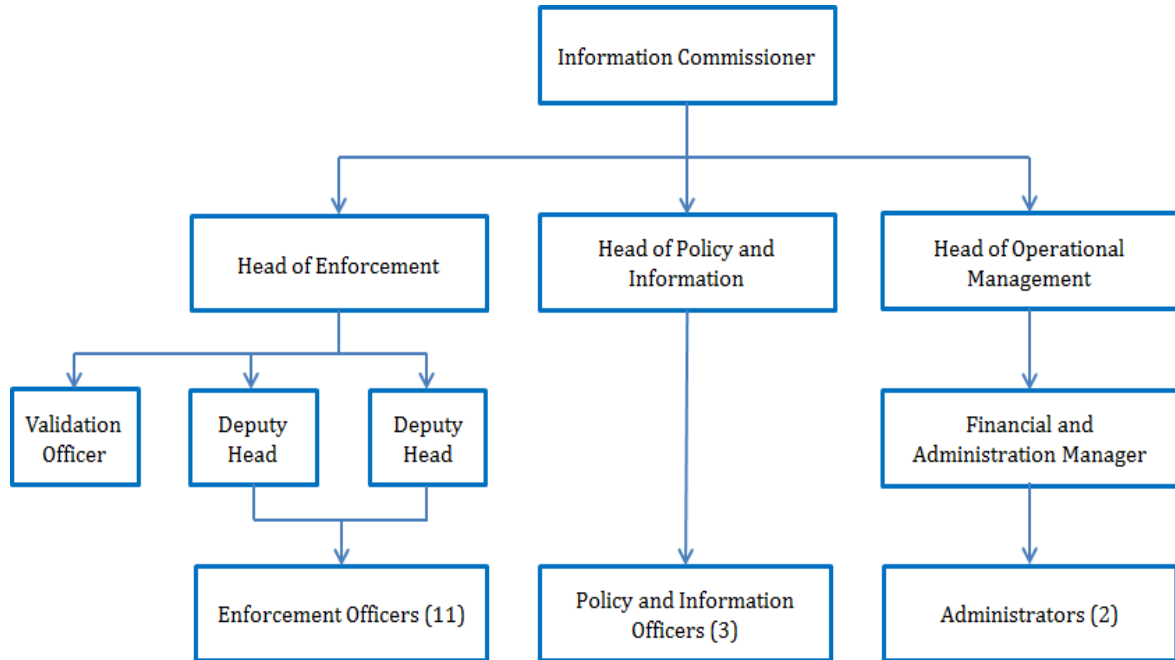
*Case Study 10*

- CHAS ref: 200801508
- Settlement achieved by exploring how the information can be provided
- Mrs X had requested information from a public authority pertaining to a planning application which included several large plans. The public authority refused to release the information under FOISA because they said that the information was already accessible (s.25 of FOISA) within the public domain at the local planning office.

- Mrs X is an elderly lady and she had already visited the planning office where she had been told that she could look through the planning files at the counter but was not advised that she could have paper copies of the documents to take away. Mrs X did not feel able to stand at the counter for the 5 or so hours it would take to read through the planning files and make relevant notes.
- The IO contacted the public authority and suggested that the provision of paper copies might be a feasible solution given that this was the format which the applicant preferred.
- The public authority agreed to provide paper copies but then the issue of the cost of those copies arose.
- The IO suggested to the public authority that, with Mrs X's agreement, if they were to exclude from the copy pages those letters which Mrs X had written herself then this might reduce the cost of providing the information.
- The public authority agreed to this and then additionally offered to provide up to 2 copies of the large documents and 20 pages of A4 copies free of charge as a gesture of goodwill. The public authority stated that if Mrs X wished to pursue this avenue then they would make the files available for her to inspect and select these items for copying.
- The public authority accepted that it should have made it clear to Mrs X at the offset that she could have accessed paper copies of the information contained in her request.
- This was put to Mrs X by the IO and at that point she came back to the IO and stated that she would be happy to pay the costs involved in obtaining the information.
- Mrs X subsequently withdrew her application for a decision from the Commissioner.

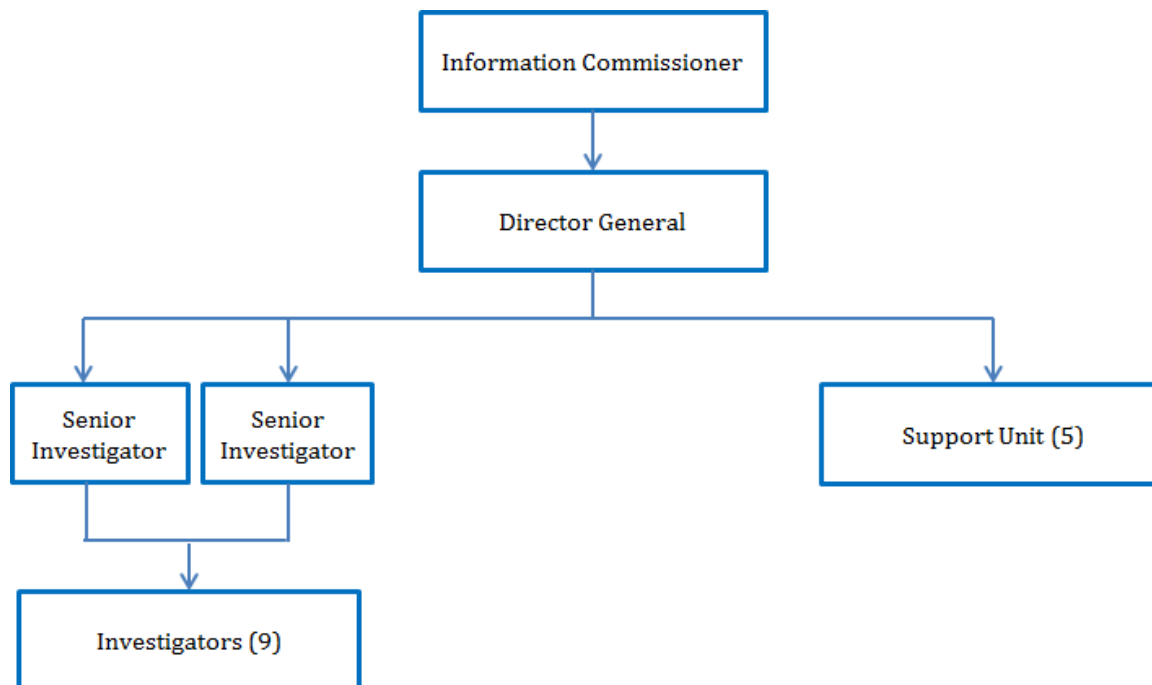
Fuente: OSIC: *Investigation and Enforcement Procedures*. Febrero de 2010, Anexo 5, pp. 92-96, disponible en: <<http://www.itspublicknowledge.info/Law/FOISA-EIRsGuidance/Briefings.asp#procedures>>.

### 7. Organigrama del OSIC (Escocia)





## 8. Organigrama del OIC (Irlanda)



Nota: los demás servicios corporativos que requiere el Information Commissioner son provistos por el personal de la Oficina del Ombudsman: recursos humanos, finanzas, administración y computación.

## 9. Descripción del procedimiento de solución de reclamos de acceso a información en el OGIS (Estados Unidos)

### PROCEDURES

#### *1. What are OGIS's general responsibilities?*

OGIS was established as the FOIA Ombudsman and works with executive branch agencies and requesters to promote compliance with the FOIA. Pursuant to 5 U.S.C. § 552(h), OGIS is charged with:

1. Reviewing agencies' FOIA policies and procedures;
2. Reviewing agency compliance with the FOIA;
3. Recommending to Congress and the President ways to improve the FOIA;
4. Providing facilitation and mediation services to FOIA requesters and agencies to resolve disputes; and
5. Issuing advisory opinions, at the Office's discretion, when mediation does not resolve disputes.

#### *2. Who can be an OGIS customer?*

OGIS can provide assistance to both Federal agencies and requesters.

#### *3. How does OGIS review agencies' FOIA policies and procedures and agencies' compliance with the FOIA?*

1. In developing and issuing recommendations for improvements to the FOIA pursuant to 5 U.S.C. §552 (2)(C), OGIS may:
  - (1) Conduct a detailed analysis of Federal agencies' FOIA Annual Reports and Chief FOIA Officer Reports to identify strengths and weaknesses in agencies' FOIA policies and procedures;
  - (2) Gather relevant data through OGIS's role as FOIA Ombudsman; and
  - (3) Conduct studies, surveys, and other research related to agencies' FOIA practices as necessary in the preparation of the Office's reports to Congress and the President.
2. OGIS will submit a report to Congress and the President at least annually that will make recommendations for improvements to the FOIA based on the information gathered under subpara. a.
3. OGIS will use the expertise gathered under subpara. a, and the recommendations made to Congress and the President under subpara. b, to work collaboratively with the Department of Justice's Office of Information Policy (OIP), the government's FOIA policy office, to:
  - (1) Improve compliance with the FOIA and develop best practices and policies in FOIA administration;
  - (2) Coordinate, support, and participate in training and informational programs to promote best practices in the FOIA process among Federal agencies and requesters; and
  - (3) Promote openness and transparency in government.

#### *4. When does OGIS get involved in FOIA disputes?*

1. OGIS respects agencies' existing administrative process and will work cooperatively with that process. Whenever practical, OGIS encourages the requester to exhaust his/her remedies within the agency before opening a case.
2. OGIS will encourage requesters to first work with the FOIA Public Liaisons within the agencies to resolve disputes. OGIS may work with the requester and the FOIA Public Liaison to facilitate communication and try to reach amicable resolutions.

3. OGIS may get involved at any stage of the process.

(1) Before FOIA requester exhausts remedies within the agency: In some cases, it may be more practical for OGIS to get involved earlier in the process, before a FOIA requester has exhausted remedies within the agency. This may include situations where the initial FOIA request or appeal is delayed for some time, or if the agency is attempting to work with a requester to narrow the scope of the FOIA request.

(2) After FOIA requester exhausts remedies within the agency: This may include attempting to make contact with FOIA specialists and other appropriate agency staff, working through the appeal process, and/or working with FOIA Public Liaisons to resolve disputes.

*5. How does a customer make a request for OGIS assistance?*

A customer can submit a request for assistance to OGIS by U.S. mail, e-mail, or fax. The following information should be included in a request for assistance:

1. A description of what the customer wants OGIS to do for him/her;
2. A statement of the nature of the dispute (such as denial or delay);
3. Copies of all correspondence between the requester and agency;
4. A list of the agencies involved;
5. Customer's contact information; and
6. A signed and dated customer authorization for OGIS to exchange information and records with other Federal agencies pertaining to the requester's FOIA and/or Privacy Act request/administrative appeal. The authorization should state:

In accordance with the Privacy Act of 1974 as amended, I hereby authorize the Office of Government Information Services to make inquiries on my behalf, including the right to review all documentation that OGIS deems necessary in connection with my request for assistance regarding the Freedom of Information Act and/or Privacy Act request/administrative appeal that is the subject of my request for OGIS assistance. I understand that any documents I provide to OGIS, except those provided in confidence, may be copied and forwarded to officials of the referenced agency as a part of the mediation/resolution process. I also authorize any Federal department, agency or component to release to OGIS information and records related to my Freedom of Information Act and/or Privacy Act request/administrative appeal.

---

68

If the customer is a Federal agency and is asking for assistance with a specific FOIA request, the agency should ask the FOIA requester to sign the authorization and then submit it with the agency's request for assistance.

*6. What happens after a customer contacts OGIS?*

1. OGIS will review the request for assistance and any enclosures/attachments submitted, enter the request into a case tracking system, and assign a case number.
2. OGIS will acknowledge receipt to the customer, contact the customer within four days of receipt to confirm receipt, and begin fact-finding, which may include consulting with the customer and the agencies or FOIA requester involved in the case to clarify the issues raised and devise a procedural resolution.
3. OGIS will publish, on a weekly basis, a case log, which will report to the public the case number, date of receipt, a description of the nature of the issue, a description of the status of the case, and the closing date for each case. The OGIS Case Log is available at <http://www.archives.gov/ogis>. OGIS will also publish on its web site any research conducted in reviewing agencies' FOIA policies and procedures.

### *7. How can OGIS use facilitation to help a customer?*

Facilitation is a less-structured form of mediation in which the OGIS staff (rather than an outside mediator) will work with the parties to understand each other's positions, interests and needs and to find common ground to resolve disputes.

1. OGIS can assist a customer through facilitation by:
  - (1) Helping a requester narrow the scope of his/her search and/or FOIA request;
  - (2) Encouraging agencies to reconsider determinations to withhold requested agency records;
  - (3) Obtaining more detailed information regarding the processing of a FOIA request and/or an administrative appeal, or regarding the nature of the exempt information;
  - (4) Obtaining information related to an agency practice/policy/procedure; and
  - (5) Assisting agencies in working with requesters.
2. In situations where facilitation does not resolve the dispute OGIS may:
  - (1) Narrow issues for mediation.
  - (2) Issue informal opinions if OGIS determines that issues raised in a case require illumination in order to improve the FOIA process.

### *8. How will OGIS provide mediation?*

1. OGIS can arrange mediation to resolve FOIA disputes at any time, if both parties agree. OGIS may also encourage FOIA requesters and agencies to participate in mediation after the FOIA request and appeals process have been exhausted and after OGIS facilitation has been unsuccessful at resolving the dispute.
2. OGIS will coordinate, support, and participate in training and informational programs for Federal agencies and requesters on using alternative dispute resolution methods, including mediation, for FOIA disputes.
3. OGIS will conduct any meditation proceedings in accordance with the requirements set forth in the Administrative Dispute Resolution Act of 1996, 5 U.S.C. §§571-84.

### *9. Advisory Opinions*

OGIS has not issued any advisory opinions to date, and is currently drafting procedures for issuing advisory opinions. OGIS's advisory opinion procedures will be posted online in the near future.

### *10. What guidelines will OGIS follow when conducting alternative dispute resolution (ADR) proceedings?*

1. In order to ensure that OGIS can effectively and impartially work to facilitate resolutions of FOIA disputes through ADR, OGIS will be guided by the provisions of the Administrative Dispute Resolution Act of 1996 (ADRA), 5 U.S.C. §§ 571-84, including the confidentiality provision. In the interest of promoting open and candid dialogue with all parties involved in a dispute, OGIS, at its discretion, may grant an express request to speak to the Office in confidence.
2. OGIS is committed to conducting proceedings in a manner that promotes openness and transparency. Notwithstanding the requirements of the ADRA and requirements protecting materials reflecting Office deliberations, OGIS will endeavor to make available as much information as lawfully possible.

### *11. What additional responsibilities may OGIS take on?*

OGIS shall conduct informational programs on the FOIA process and the Office's role within the FOIA process for requesters, Federal agencies, members of Congress, and other interested parties.

OGIS shall undertake such other responsibilities as may be assigned by the Archivist of the United States to carry out the functions of the Office.

*12. How do I contact OGIS?*

Office of Government Information Services (OGIS)  
National Archives and Records Administration  
Room 2510  
8601 Adelphi Road  
College Park, MD 20740-6001  
E-mail: [ogis@nara.gov](mailto:ogis@nara.gov)  
Fax: 301-837-0348  
Phone: 1-877-684-6448

Fuente: <http://www.archives.gov/ogis/resources/ogis-procedures.html>

## 10. Funcionarios del OGIS (Estados Unidos)

1. Miriam NISBET, *Director*
2. Karen FINNEGAN, *Deputy Director*
3. Corinna ZAREK, *Attorney advisor*
4. Adrianna RODRIGUEZ, *Law clerk*
5. Candace BOSTON, *Analyst*
6. Carrie MCGUIRE, *Analyst*
7. Kirsten MITCHELL, *Staff member*
8. Barbara GORDON, *Staff assistant*

## 11. Procedimiento de investigación del OIC (Canadá)

### OVERVIEW OF THE ATIA INVESTIGATIVE PROCEDURE

#### *Complaint made to Information Commissioner*

- Intake and Early Resolution Unit of the Complaints Resolution and Compliance Branch:
  - Receives complaint (s. 30)
  - Notifies institution of intention to investigate - issues summary of complaint (s. 32)
  - Obtains relevant information and records (s. 36)
  - If early resolution not possible or not appropriate, assigns complaint for priority or regular investigations

#### *Investigator assigned to complaint*

- Contacts complainant for clarification, information, observations, representations
- Contacts / meets with the institution access and privacy (ATIP) office to:
  - Obtain additional records, information, rationale for denial of access, reasons for delay, extension, etc.
  - Discuss issues identified for investigation
- Interviews institutional officials and others
- Obtains representations from institution, third parties, complainants
- Analyses information and merits of institution's position and representations made
- Attempts to mediate resolution
- Submits for management review and approval investigation report containing conclusions and recommendations for disposition of complaint

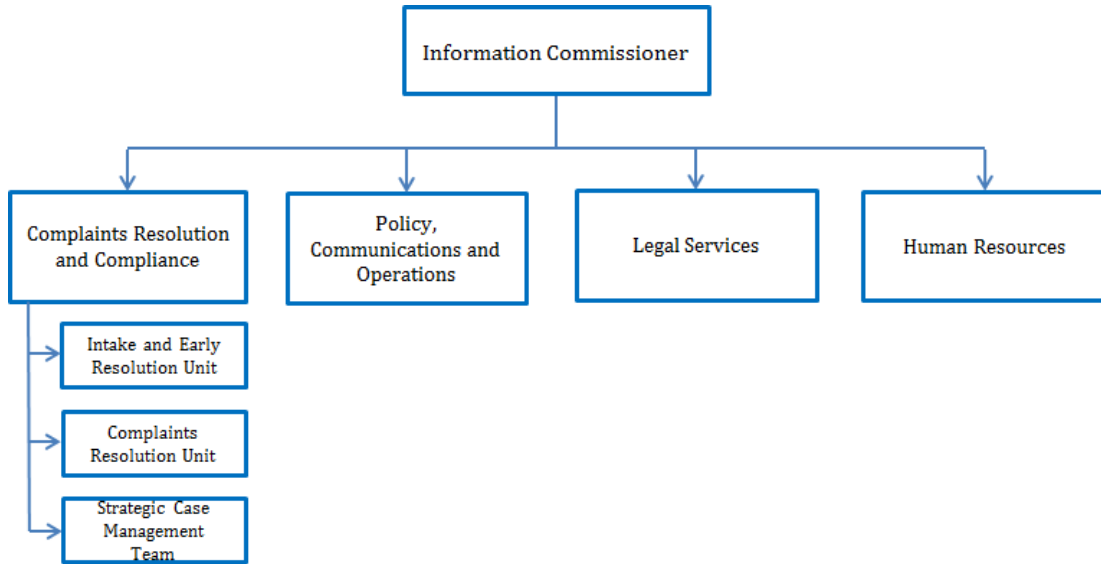
#### *Investigation*

- Conducted in private (s. 35)
- Procedures determined by OIC (s. 34)
- Powers to enter premises, examine or obtain records, converse with persons in private, receive or accept evidence informally or under oath, subpoena powers for persons and documents (s. 36)

#### *Disposition of complaints*

1. Well founded (s. 37):
  - Well founded - resolved without recommendations
  - Well founded with recommendations - resolved
  - Well founded with recommendations - not resolved
2. Not well founded (s. 37)
3. Settled
4. Discontinued
  - Commissioner reports results of investigation to complainant, institution, and third parties where applicable
  - Where complaint cannot be resolved, Commissioner first issues to the head of the institution her report of finding (well-founded complaint) that contains recommendations, and requests that the head notify her of whether he/she has or will implement the recommendations. Results then reported to complainant.
  - Commissioner informs complainant of right to apply to Federal Court for a review of institution's refusal to provide access to requested records (s. 41)
  - Commissioner may, with consent of complainant, apply to Federal Court for a review of institution's refusal to disclose requested records (s. 42)

## 12. Organigrama del OIC (Canadá)



### STRUCTURE

The Information Commissioner, Suzanne Legault, is supported by two Assistant Commissioners: Andrea Neill, who oversees the Complaints Resolution and Compliance function and Layla Michaud (Interim), responsible for Policy, Communications and Operations.

73

The Office has four branches:

The **Complaints Resolution and Compliance Branch** carries out investigations and dispute resolution efforts to resolve complaints.

- The **Intake and Early Resolution Unit** was introduced as part of the Office's efforts to strengthen and streamline its complaints-handling process to eliminate its historical backlog of cases and to improve service to Canadians and federal institutions. It carries out the initial assessment of complaints; establishes the order of priority and prepares files for investigation; investigates more straightforward complaints, usually administrative in nature; and tries to reach a solution that satisfies both the complainant and the institution. The unit is an integral component of the Office's case management model.
- The **Complaints Resolution Unit (CRU)** is responsible for the review of complaints from individuals and organizations who believe that federal institutions have not complied with their access to information obligations. This unit investigates refusal complaints submitted after April 1 2008. Complaints may be submitted where Institutions refuse the release of records and apply specific and limited exemptions and exclusions under the Act. The mandate of this unit is to provide thorough, unbiased and private investigations with respect to these types of complaints.
- The **Strategic Case Management Team (SCMT)** was created in November 2008 to address the inventory of complaints predating April 1, 2008. Based on the strategies and approaches recommended by the multi-disciplinary Inventory Assessment Team struck in October 2008,



complaints in the inventory are being investigated with a view to eliminate or significantly reducing the inventory by the end of fiscal year 2009-2010.

The **Policy, Communications and Operations Branch** provides guidance and advice to senior management on strategic and systemic issues. It assesses the performance of federal institutions concerning access to information and conducts systemic investigations and analyses. The branch also manages the OIC's external relations with the public, government and Parliament and provides strategic and corporate leadership in areas of financial management, internal audit, information management and security. It is also responsible for access to information and privacy requests received from the public.

The **Legal Services Branch** represents the Commissioner in court cases and provides legal advice on investigations, and legislative and administrative matters.

The **Human Resources Branch** oversees all aspects of human resources management and provides advice to managers and employees on human resources issues.

Número de funcionarios: 106.

Fuente: [http://www.oic-ci.gc.ca/eng/abu-ans\\_our-structure-notre-structure.aspx](http://www.oic-ci.gc.ca/eng/abu-ans_our-structure-notre-structure.aspx)

## Informe en derecho

Se ha solicitado por el Consejo para la Transparencia a este profesional un informe en derecho que analice la “inexistencia de información” como motivo para eximir de la obligación legal que pesa sobre los órganos del Estado de entregar la información solicitada por un particular. En particular, se ha requerido que este profesional realice un análisis de la existencia y alcances de este motivo legal de eximición en el derecho chileno, compararlo con la regulación que existe en esta materia en el derecho comparado (especialmente en los ordenamientos jurídico de México, Canadá y Reino Unido) y proponga algunas reformas legales que podrían introducirse en el ordenamiento jurídico chileno para mejorar la aplicación práctica de esta causal de eximición de la obligación legal antes señalada.

Para estos efectos, y a fin de abordar cada una de las temáticas referidas, este informe se estructurará en los siguientes puntos:

1. El Derecho de acceso a la información pública
2. Las causales de reserva o secreto como excepción al derecho
3. La inexistencia de información como causal de eximición
4. La obligación de conservación de documentos públicos y la autorización para su destrucción
5. La sanción por la no entrega de información
6. Algunas propuestas normativas

El desarrollo de este informe se hace teniendo como referencia las normas vigentes en el ordenamiento jurídico chileno, la jurisprudencia emanada del Consejo para la Transparencia y de los tribunales de justicia, las normas vigentes de los ordenamientos comparados de referencia y la jurisprudencia existente en esos ordenamientos, disponible en sitios o bases de datos de acceso libre por internet. Además, se han consultado alguna bibliografía nacional y comparada, que ha permitido fundar algunas de las afirmaciones que aquí se sostienen.

## **I. El derecho de acceso a la información pública**

Como se sabe el derecho de acceso a la información pública, es una consecuencia del principio-deber de publicidad y transparencia de la actuación estatal establecido en nuestro ordenamiento jurídico directamente en la Constitución Política de la República (en adelante CPR). En efecto, el artículo 8° de la CPR señala que “son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”. Ello se ve complementado con lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley N° 20285 sobre Acceso a la Información Pública (en adelante, LAIP), que dispone que “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”.

En el ámbito estrictamente administrativo, este principio-deber de publicidad y transparencia se contempla como un principio de la actividad administrativa (artículo 13 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en adelante LOCBGAE), en igualdad de condiciones que la responsabilidad, la eficiencia, la probidad y la eficacia, por nombrar algunos de los más importantes. Aún más, el artículo 13 de la misma ley señala una norma similar a la establecida en el artículo 3° de la LAIP, lo que también se encarga de recalcar el artículo 16 de la Ley N° 19880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos (en adelante LBPA).

Esta regulación dispuesta en la LOCBGAE es precisamente el antecedente más inmediato en nuestro ordenamiento de la establecida actualmente en la LAIP, la que surgió de la reforma introducida a aquella por la Ley N° 19653, denominada precisamente Ley de Probidad Administrativa. Esta ley reconoció por primera vez en el ordenamiento jurídico chileno el principio de publicidad y transparencia en la Administración del Estado, estableciendo al efecto un procedimiento de acceso, unas causales limitadas de secreto o reserva –aunque ampliables por vía reglamentaria- y unos procedimientos administrativos y judiciales de tutela.

Actualmente, es el artículo 5º de la LAIP el que establece con mayor claridad y extensión este principio-deber de publicidad y transparencia para los órganos de la Administración del Estado, disponiendo al efecto que “en virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado”.

Ahora bien, este principio-deber de rango constitucional, mirado desde la perspectiva subjetiva, da lugar a un derecho de los particulares a acceso a la información pública, el que se considera un derecho constitucional consecuencial del derecho a la libertad de opinión e información establecido como derecho fundamental en nuestra CPR. En efecto, nuestro Excmo. Tribunal Constitucional ha señalado que asegura el derecho de acceso a la información pública, en base al artículo 19, N° 12°, y en el artículo 8°. En efecto, “el artículo 19, N° 12°, garantiza la libertad de opinión e información y, como lógica consecuencia, el derecho de acceso a la información pública, lo que, como se ha señalado anteriormente, ha sido reconocido por esta Magistratura en sentencia Rol N° 634, del año 2007, al señalar que: “(...) *el derecho a acceder a las informaciones que obran en poder de los órganos del Estado forma parte de la libertad de expresión que, entre nosotros, se encuentra consagrada en el artículo 19 N° 12° de la Carta Fundamental...*”. (C°. 9º). Además debe tenerse presente que la libertad de informar incluye el derecho a recibir informaciones (STC Rol N° 226, C° 20°, y Rol N° 634, C° 9°);” (Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 1800-2010, de 21 de junio de 2011).

Sin perjuicio de lo expuesto, algunos autores llegan a considerar este derecho subjetivo al acceso a la información de una forma más fuerte, aparentemente como un derecho fundamental de carácter autónomo, fundado en el reconocimiento internacional que se ha hecho de este derecho en las convenciones internacionales (Harasic, Davor. “Historia de la consagración del Derecho Fundamental de Acceso a la Información Pública en Chile”, en *Transparencia en la Administración Pública*, R. Letelier y E. Rajevic (coor.),

Abeledo Perrot, 2010, págs. 10-11). Sin embargo, ello es discutible, atendida la forma como se encuentra formulado el principio de publicidad y transparencia en la Constitución chilena, y a la compleja forma de incorporación de los tratados de derechos humanos en el derecho interno.

No obstante lo anterior, sea entendido este derecho subjetivo de acceso a la información pública como un derecho fundamental autónomo, como un derecho constitucional derivado del derecho fundamental a la opinión e información o como un derecho estrictamente legal, consecuencia del principio constitucional antes referido, es indudable que este derecho se erige como un derecho público subjetivo, que se impone a los órganos del Estado e impide su negación a través de los procedimientos administrativos y judiciales de resguardo establecidos en la LAIP. Esto es especialmente claro en el caso de la información en posesión de los órganos de la Administración del Estado, ámbito que el legislador ha dispuesto procedimientos efectivos de pasiva de la información pública, complementando la obligación de transparencia activa dispuesta para todos los órganos del Estado (artículos 2º LAIP y artículo sexto, octavo y noveno de la Ley Nº 20285).

En este sentido, el artículo 10º de la LAIP dispone claramente que “toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley”. Ello implica el establecimiento de un derecho individual que se impone contra la Administración del Estado, al que no podrá resistir ésta, salvo en los casos y con las excepciones que establece la misma ley. Para ello, el particular dispondrá de los procedimientos administrativos y judiciales dispuestos en la ley, que señala un procedimiento y un órgano especial de tutela administrativa del derecho del particular y luego una instancia judicial de reclamo ante la Corte de Apelaciones respectiva.

## II. Las causales de reserva o secreto como excepción al derecho

El establecimiento del derecho a acceso a la información pública, no obstante su amplitud conceptual, reconoce en nuestro derecho algunos límites, los que derivan directamente de la Constitución Política de la República. Así, el artículo 8º de la Carta señala una habilitación-reserva para el legislador, para que vía ley de quórum calificado, pueda establecer el secreto o reserva de documentos en aquellos casos en que se afecte el debido cumplimiento de las funciones públicas, los derechos de las personas, la seguridad de la nación o el interés nacional.

Esta regulación constitucional es similar a la establecida en el texto original de la LOCBGAE (artículos 13 y 14), introducida por la reforma de la Ley Nº 19653, con una diferencia fundamental: existe una reserva cualificada al legislador (ley de quórum calificado) para establecer los casos específicos de reserva o secreto de documentos, lo que en el texto legal antiguo también se extendía para el legislador ordinario y aún para la potestad reglamentaria del Presidente de la República. Precisamente el ejercicio de esta potestad por parte del Presidente, a través del Decreto Supremo Nº 26/2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, extendiendo las causales de reserva o secreto dispuestas en la LOCBGAE y habilitando a su extensión mayor a través de resoluciones administrativas emanadas de los jefes superiores de servicio.

Esta habilitación reglamentaria generó la dictación de casi un centenar de resoluciones administrativas exentas que establecían causales de reserva o secreto de documentos, lo que amplió considerablemente las causales de excepción consideradas originalmente por el legislador. Ello provocó la reacción de la Contraloría General de la República, la que a través del dictamen Nº 49883/2004 sostuvo que con estas resoluciones los órganos de la Administración del Estado “excede(n) la normativa a los efectos de la declaración de secreto o reserva en otros órdenes de materias”, “fijan (do) materias sujetas a secreto o reserva en términos de tal amplitud que no resulta admisible

entenderlas amparadas por la regulación legal y reglamentaria que debe servirle de fundamento”.

La consecuencia de este pronunciamiento fue la presentación de un proyecto de ley que modificara esta situación, lo que daría lugar posteriormente a la reforma constitucional de 2005 y la incorporación del nuevo artículo 8º a la Constitución, derogando de paso el Decreto Supremo 26/2001 antes reseñado (Cordero, Luis. “Delimitando la Ley de Acceso a la Información: los dilemas tras la regulación”, en *Transparencia en la Administración Pública*, R. Letelier y E. Rajevic (coor.), Abeledo Perrot, 2010, págs. 28-29).

En este contexto, la nueva normativa constitucional de la publicidad y transparencia de la información pública supone una restricción muy severa a las causales de reserva o secreto que puede utilizar la Administración del Estado para impedir el acceso de los particulares a la información, ya que sólo lo puede hacer argumentando algunas de las causales que taxativamente señala el constituyente, previa ley de quórum calificado así lo establezca.

En este sentido, la LAIP establece taxativamente, siguiendo la misma terminología constitucional, las causales de reserva o secreto (artículo 21), considerando al efecto, la afectación del cumplimiento de las funciones públicas, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación y el interés nacional. La únicas particularidades de esta regulación, en relación al texto constitucional, son que, por un lado, permite el establecimiento de otras causales de reserva o secreto, distintas a las establecidas en esta ley, por otra ley de quórum calificado, en concordancia con lo establecido en la Constitución; y, por otro, señala ejemplos o casos en que se produce la afectación de esos bienes jurídicos generales establecidos en la Constitución, como límites a la publicidad o transparencia en el ejercicio de las funciones públicas. Así, sin limitar las causales de reserva o secreto enunciadas por la Constitución, la LAIP señala algunos casos en que “particularmente” se afectan esos bienes jurídicos, lo que no excluye otros casos análogos en que se presentan las mismas características, lo que deberá fundamentar el órgano administrativo requerido que disponga en un caso concreto el secreto o reserva de la información.

Contribuye asimismo a precisar aún más los casos de reserva o secreto, el reglamento de la Ley Nº 20285 (Decreto Supremo Nº 13/2009, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia) al considerar las mismas causales de reserva o secreto que establece la Constitución y la LAIP, pero haciendo algunas precisiones sobre los alcances de algunos términos utilizados por aquella o ésta, lo que acota aún más la discrecionalidad de la Administración Pública en el ejercicio de la potestad pública asignada.

Como se puede observar, el constituyente y el legislador realizaron una delimitación muy estricta de los casos de reserva o secreto de la información pública, estableciendo con toda claridad una opción por la transparencia y publicidad de la información en poder de los órganos de la Administración del Estado, salvo en los casos de excepción específicamente señalados. De este modo, pesa sobre los órganos de la Administración del Estado la carga de fundamentar suficientemente los casos de negativa a acceso a la información solicitada por un particular, haciendo una interpretación restrictiva de las causales de reserva o secreto que no hagan ilusorio el principio constitucional antes enunciado.

### **III. La “inexistencia de información” como causal de eximición**

#### **1. El planteamiento del problema**

De lo expuesto queda en evidencia que la respuesta negativa de un órgano de la Administración a la solicitud de acceso a la información formulada por un particular es una cuestión excepcional, calificada y fundada por aquel, y amparada estrictamente en alguna de las causales establecidas en la Constitución Política de la República y desarrollada por la LAIP y el reglamento correspondiente.

Sin embargo, en la práctica administrativa se puede constatar que existe otro fundamento, distinto a las causales legales antes apuntadas, para rechazar por parte de un órgano de la Administración del Estado la petición de un particular. Se trata de la “inexistencia de la información solicitada”, al menos por el órgano requerido.



La LAIP no establece con claridad esta “causal” o circunstancia que impide al particular el acceso a la información solicitada y permite el rechazo de la petición al órgano administrativo requerido. Sin embargo, en el artículo 13 de la misma Ley se plantea esta posibilidad al considerar como una respuesta válida del órgano requerido la no entrega de la información reclamada, por “no poseer los documentos solicitados”, debiendo en tal caso, según dispone la ley, remitir los antecedentes al órgano o autoridad competente.

No obstante esto puede ser imposible de satisfacer, en aquellos casos en que se desconozca la autoridad competente en el caso específico, se ignora la existencia de la información misma o ella fue destruida con anterioridad. En tales casos, el órgano requerido rechazará la petición del particular, exigiéndose la comunicación a éste de dicha circunstancia.

Ahora bien, esto podría constituir un inconveniente en la efectividad del derecho de acceso a la información pública, ya que los órganos de la Administración del Estado podrían eximirse en el cumplimiento de su obligación constitucional de publicidad o transparencia, alegando simplemente la inexistencia de la información requerida. Lo anterior es posible pese a que el artículo 13 de la Ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, exige que las formalidades del procedimiento sean “aquellas indispensables para dejar constancia indubitada de lo actuado y evitar perjuicios a los particulares”, lo que debería llevar aparejado para los órganos de la Administración del Estado la obligación de dejar constancia, aunque sea mínima, del procedimiento empleado y de los antecedentes efectivamente tenidos a la vista por la autoridad al adoptar una decisión. Esta obligación sería más exigible aún, tratándose de pronunciamientos sobre asuntos de alta relevancia pública como la evaluación del impacto ambiental de un proyecto hidroeléctrico (Decisión Rol C-94-11 del Consejo para la Transparencia), ya que en estos casos está en juego la credibilidad y la corrección en el ejercicio de las potestades públicas.

No obstante, el Consejo para la Transparencia no puede controlar y supervisar cabalmente la alegación del órgano administrativo de “inexistencia de la Información”

como fundamento para no entregar la información requerida por un particular, ya que finalmente, como lo ha sostenido el propio Consejo, esta es una cuestión de hecho, que excede las funciones y atribuciones conferidas a éste por el artículo 33 de la LAIP (Decisiones de amparo C21-10, C22-10, C23-10, C24-10, C25-10, C50-11 del Consejo para la Transparencia).

## **2. La inexistencia de información como causal de no entrega de información solicitada en el derecho comparado**

En el derecho comparado se pueden apreciar algunos criterios normativos y jurisprudenciales que pretenden regular el ejercicio de la causal de “inexistencia de información” como supuesto de rechazo a la petición de un particular. En este sentido, es interesante analizar los casos de México, Canadá y Reino Unido.

### **a) México**

El derecho de acceso a la información en México tiene sus primeros atisbos en el año 1977, cuando se agrega al artículo 6° de la Constitución Política de los Estados Unidos Americanos “el derecho a la información será garantizado por el Estado”. En este contexto, desde el año 2002 en adelante se expiden diversas leyes en la materia, tanto en el ámbito federal como en las diversas entidades federativas, que pretenden garantizar este derecho, habilitando a los ciudadanos a acceder a la información pública.

Sin embargo, en el año 2007 se produce una reforma constitucional más profunda en el derecho a la información pública, enunciando en el artículo 6 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos unos principios y bases para el ejercicio de este derecho. Esta reforma tuvo como objeto principal eliminar las asimetrías en el ejercicio del derecho al acceso a la información pública que existía entre los distintos Estados, como también establecer los principios y bases que deben regir en el ejercicio del derecho de acceso a la información.

Esta reforma consagra, en lo medular, el carácter público de la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo federal, estatal y municipal, aceptándose la reserva temporal de la información, sólo por razones de interés público. Además, se precisa que este derecho a la información lo tiene toda persona respecto de la información pública y sus datos personales, no debiendo acreditar interés alguno o justificar su utilización. Asimismo, se da un mandato al legislador para la creación de organismos autónomos, especializados e imparciales que protejan efectivamente este derecho, regulando también la forma en que deberán preservarse y publicarse los documentos públicos, así como la manera de entregar esa información a los solicitantes.

Ahora bien, este derecho al acceso a la información pública misma está regulado por la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (en adelante LTAIPG) de 2002, el Reglamento de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental de 2003 y el Decreto del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública de 2002. Esta normativa tiene como finalidad principal proveer lo necesario para garantizar el acceso de toda persona a la información en posesión de los poderes de la Unión, los órganos constitucionales autónomos o con autonomía legal, y cualquier otra entidad federal.

Esta misma Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública creó el Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos (en adelante IFAI), que es el órgano encargado de garantizar el derecho a la información y a la protección de datos a nivel federal y en el ámbito del Poder Ejecutivo Federal. Se caracteriza por ser un organismo descentralizado de la Administración Pública Federal, con autonomía operativa, presupuestaria y de decisión, y cuyas atribuciones principales son la promoción y difusión del ejercicio del derecho a la información, resolver sobre la negativa a las solicitudes de acceso a la información y proteger los datos personales.

Ahora bien, en cuanto a la “inexistencia de información” como causal de rechazo de la solicitud presentada por un particular, en primer lugar se debe señalar que es una causal utilizada en forma relativamente frecuente por los órganos administrativos mexicanos. De hecho, si tomamos un periodo de ocho años, el Instituto Federal de Acceso

a la Información (IFAI) ha registrado 3301 recursos de revisión contra la declaración de inexistencia de la información solicitada por el sujeto obligado, lo que la transforma en una causal de aplicación constante por la Administración y que genera una alta conflictividad con los ciudadanos.

La inexistencia de información es un concepto que se le atribuye a la información solicitada misma. Así la inexistencia de información implica necesariamente que la información no se encuentra en los archivos de la autoridad, es decir, se trata de una cuestión de hecho que es independiente de la obligación que pesa sobre el órgano de tener registrada aquella (Actas del Pleno N° 29-10 y N° 15-09 del Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos).

En este contexto, el artículo 46 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental señala que cuando los documentos no se encuentren en los archivos de la unidad administrativa solicitada, ésta deberá remitir al Comité de Información de la dependencia o entidad, la solicitud de acceso y el oficio en donde lo manifieste, para que dicho Comité analice el caso y tome las medidas pertinentes para localizar el documento solicitado y resuelva en consecuencia. Además, la misma Ley dispone que en caso de que el Comité no encuentre el documento, expedirá una resolución confirmando la inexistencia del documento solicitado, notificando al solicitante de ello a través de la unidad de enlace, dentro del plazo de 20 días hábiles.

En este mismo sentido, la fracción V del artículo 70 del Reglamento de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental señala que en el caso de que la unidad administrativa determine que la información solicitada no se encuentre en sus archivos, deberá enviar un informe al Comité de Información de la unidad o dependencia de ésta, dejando constancia de la inexistencia de información solicitada.

Es necesario destacar que el artículo 42 de la LTAIPG establece que las dependencias sólo estarán obligadas a entregar documentos que se encuentren en sus archivos, lo que parece razonable, atendido la naturaleza del derecho regulado y las obligaciones impuestas a las entidades públicas en esta materia. Por otro lado, el acceso

se dará solamente en la forma en que lo permita el documento de que se trate, no obligándose la Administración, en principio, a una reelaboración de la información en la forma solicitada por el requirente de la misma.

Ahora bien, se establece en esta materia un procedimiento que debe seguir la unidad administrativa requerida, cuando los documentos no se encuentren en sus archivos, el que considera las etapas siguientes (Expedientes 3524/07 y 3466/07 del Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos):

- 1º. La unidad de enlace debe remitir las solicitudes de acceso a todas las unidades administrativas que tengan o puedan tener la información a efecto de que sea localizada o, por el contrario, se compruebe su inexistencia;
- 2º. La unidad administrativa responsable deberá enviar un informe en el exponga la inexistencia al Comité de Información;
- 3º. El Comité analizará el caso y tomará las medidas pertinentes para localizar el documento solicitado y resolverá en consecuencia;
- 4º. En caso de no encontrar la información, expedirá una resolución que confirme la inexistencia del documento solicitado. Es menester destacar que para declarar la inexistencia de la información, el órgano requerido debe realizar una búsqueda exhaustiva de la información solicitada (Expediente 1200/09 del Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos);
- 5º. El Comité deberá notificar dicha resolución al solicitante, a través de la unidad de enlace, dentro del plazo establecido en el artículo 44 de la Ley (20 días hábiles);

Asimismo, la declaración de inexistencia de la información debe incluir una orientación sobre la posible ubicación de la información requerida (Expediente 3464/07 del Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos). Esto queda claro de lo dispuesto en el artículo 69 del Reglamento de la citada Ley, que señala que “las unidades de enlace que reciban una solicitud de acceso a la información que no posea la dependencia o entidad de que se trate, deberán auxiliar y orientar a los particulares, a

través del medio que éstos señalaron en su solicitud y dentro de los cinco días hábiles siguientes, sobre las dependencias o entidades que pudiesen poseerla (...).”

Es oportuno señalar que cada uno de los gobiernos de los Estados de la Unión han instruido a sus organismos competentes para que a propósito de las solicitudes de información que presenten los particulares realicen una búsqueda general y exhaustiva de la documentación solicitada, en todos y cada uno de sus archivos. Además, estos órganos deben solicitar apoyo de otros organismos para que participen en la localización de la información requerida.

En este sentido, el Instituto de Transparencia e Información de Jalisco, por ejemplo, ha elaborado algunos criterios en esta materia (documentos “Criterios respecto a los requisitos que deben reunir las respuestas que emiten los sujetos obligados en las declaraciones de información inexistente y de no acceso por no tener competencia”, de 15 de diciembre de 2009 y “Criterios respecto a la naturaleza y alcance de las respuestas que emiten los sujetos obligados en las declaraciones de información inexistente”, de 1 de marzo de 2011), señalando los requisitos que deben reunir las respuestas que emiten los sujetos obligados en las declaraciones de información inexistente y de no acceso por no tener competencia.

Así, se ha señalado que los sujetos obligados, ante la inexistencia de información, deben emitir un dictamen en el que expresamente se cite la normativa aplicable, razonando y explicando el caso concreto y como se acredita la situación específica. En este sentido los informes de inexistencia de información deberán contener, según lo instruido por el Instituto de Transparencia e Información de Jalisco, la normativa aplicable, el razonamiento o explicación de la aplicación específica de esa normativa en el caso concreto, y las pruebas concretas que justifican esta decisión, la que se constituye por las constancias, actas, denuncias de carácter penal o cualquier otro documento que pueda acreditar que la información es inexistente.

Ahora bien, tratándose de información a la que el sujeto obligado no tenga acceso, por no ser de su competencia, los órganos administrativos requeridos tienen el deber de emitir una resolución debidamente fundada y motivada señalando esta circunstancia,

debiendo además proporcionar los datos necesarios y suficientes para identificar y ubicar al sujeto obligado competente.

## **b) Canadá**

El derecho de acceso a la información en Canadá deriva de la Ley de Acceso a la Información que entró en vigor el 1 de julio de 1983 (Access to Information Act, en adelante ATIA). Ésta establece un derecho amplio de acceso a la información en los registros bajo control de una institución gubernamental, consagrando expresamente el derecho de libertad de acceso de información, tanto para los individuos como a las organizaciones.

Esta Ley recoge tres principios básicos que inspiran su regulación: la información gubernamental debe estar disponible para el público; las excepciones a este derecho de acceso deben ser limitadas y específicas; y las decisiones sobre la divulgación de la información del Gobierno deben ser revisadas por un órgano o entidad independiente.

Ahora bien, esta Ley es muy relevante en el sistema político canadiense, calificándola la Corte Suprema como un pilar de la democracia. En este sentido, el juez Gérard Vicente de La Forestal, ha señalado, a nombre de toda la Corte Suprema, en 1997, que "el objetivo fundamental de acceso a la legislación de información es facilitar la democracia, ayudando a garantizar que los ciudadanos tengan la información necesaria para participar de manera significativa en el proceso democrático y que los políticos y los burócratas sigan siendo responsables ante la ciudadanía".

Para garantizar este derecho de los ciudadanos, esta misma LAI establece la Comisión de Información de Canadá (Office of Information Commissioner of Canada), organismo autónomo, no adscrito a ningún poder estatal, dotado de independencia de criterio, autonomía presupuestaria y facultades de delegación de atribuciones. Este órgano cautela los derechos de las personas y organizaciones que se ven afectados, detentando también potestades sancionadoras que se ejercen en contra de cualquier persona que destruya, falsifique o esconda información pública.

Esta Comisión de Información también investiga las quejas en contra de las instituciones federales en el manejo de las solicitudes de acceso, teniendo al efecto fuertes poderes de investigación, pudiendo mediar entre los solicitantes de información insatisfechos y las instituciones gubernamentales requeridas. Siempre que sea posible la Comisión utiliza la persuasión para resolver los conflictos que se producen en esta materia, pero en casos que este procedimiento no adversarial no logré resolver la controversia, puede llevar este asunto ante la Corte Federal, si estima que un individuo ha sido afectado por una denegación incorrecta de los antecedentes requeridos.

Ahora bien, el derecho de acceso a la información pública en el derecho canadiense se ejerce por los particulares a través de las solicitudes por escrito de cualquier registro a una institución pública (sección 6 de la ATIA). Frente a ello, el jefe de la institución gubernamental debe dar aviso al solicitante, dentro de un plazo razonable, sobre la decisión de aceptar o denegar la solicitud presentada y, en el primer caso, si este acceso a la información es aceptado, si lo es respecto de la totalidad o una parte de la información solicitada (secciones 7 a 9 de la ATIA).

En el caso que una institución pública rechace la solicitud del particular, éste debe notificar al solicitante esta decisión, la que deberá expresar el fundamento legal que permite negarse a entregar la información solicitada o la circunstancia de que los documentos solicitados por el particular no existen (secciones 10 (1) a (3) de la ATIA). Además, la institución pública deberá informar al solicitante de información, en la misma resolución denegatoria, su derecho a presentar una queja ante el Comisionado de Información por el rechazo de la solicitud planteada (Sección 10 (1) de la ATIA).

Ahora bien, la ATIA considera precisamente en la sección 4 (3) el tratamiento restrictivo que se debe dar a la inexistencia de información como causal de rechazo a la solicitud de información planteada por un particular. Así, si el registro solicitado no existe, pero puede ser producido a partir de un registro legible que posee la institución pública, utilizando una máquina o equipos disponibles normalmente por ésta, no puede la institución rechazar la solicitud del particular, ya que se considera que la información está



bajo su control, y la puede elaborar con los registros o antecedentes que posee (<http://gazette.gc.ca/archives/p2/2007/2007-08-22/pdf/g2-14117.pdf>).

En el caso que el antecedente o información solicitada no existe en el formato específico requerido por la persona que hizo la solicitud de acceso, la regla establecida en el derecho canadiense es que el jefe de la institución pública deberá determinar si es razonable convertir dicha información al formato solicitado, fijando algunos criterios que permiten resolver la cuestión planteada (<http://www.gazette.gc.ca/archives/p2/2007/2007-08-22/html/sor-dors187-eng.html>).

### **c) Reino Unido**

En el caso del Reino Unido, el derecho de acceso a la información pública está consagrado en la Ley de Libertad de Información (Freedom of Information Act 2000, en adelante FOIA). Esta Ley entró en vigencia el 1 de enero de 2005 y regula el derecho de acceso de los particulares a la información oficial que obra en poder de los organismos públicos y la protección de ciertos datos. Sin perjuicio de lo anterior, existen en el mismo derecho inglés algunas regulaciones especiales sobre acceso a la información en materias especiales, como por ejemplo, las regulaciones para la información medioambiental, cuya aplicación debe preferirse en esa materia.

La FOIA establece una presunción de "derecho a saber": el derecho de las personas a acceder a información (ya sea personal o no) que obre en poder de los órganos del sector público (autoridades públicas). En este contexto, toda información pública debe ser divulgada de la manera solicitada por el particular, siempre y cuando sea factible, a menos que sea aplicable una causal exención expresamente reconocida en el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, el órgano encargado de proteger este derecho de acceso a la información pública y los datos personales es la Oficina del Comisionado de Información (Information Commissioner's Office, en adelante ICO), órgano público independiente del Reino Unido. Esta ICO tiene como función principal resolver asuntos de protección de

datos y libertad de información para todo el Reino Unido, incluyendo Inglaterra, Irlanda del Norte y Gales.

En el ámbito más específico, la ICO tiene atribuciones especiales para proporcionar un servicio de consultas generales para las personas y organizaciones que lo soliciten, realiza asesoramiento público e información para incentivar a las organizaciones en el ejercicio de su derecho a solicitar información, con el objeto de conseguir prácticas recomendables y ayudar a las personas a comprender cuáles son sus derechos, resuelve quejas que le presenten las personas que consideran que se ha infringido la FOIA, administra un registro público de controladores de datos, aprueba programas de publicación adoptados por autoridades públicas bajo la FOIA, juzga a las personas que cometen algunos de los delitos establecidos en esta ley, colabora e intercambia información con grupos o asociaciones relacionados con la aplicación de esta ley, fomentando la toma de conciencia en este ámbito, e influye en la discusión pública en materias de privacidad y acceso a la información.

Ahora bien, de acuerdo a la Ley, cualquier persona física u organización puede solicitar por carta o correo electrónico cualquier información que obre en poder de una autoridad pública. Frente a esta solicitud, la autoridad pública debe responder al solicitante (normalmente en un plazo de 20 días) acerca de si está o no en posesión de la información solicitada por el particular. En caso afirmativo, la autoridad deberá proporcionarla y, siempre y cuando sea factible, deberá hacerlo de la forma que requiera el solicitante.

No obstante lo anterior, la autoridad pública no necesita confirmar o negar la existencia de la información y, como consecuencia, proporcionar la información solicitada, si en la especie existe una causal de exención que permita no acceder a la solicitado, la solicitud es enojosa o parecida a una solicitud anterior reciente o si el costo de otorgarla superara un "límite adecuado". En todo caso, la autoridad pública debe fundamentar la aplicación de alguna de estas causales que le permita eximirse de la obligación de entregar o divulgar la información y, si procede, señalar por qué no es de interés público divulgar dicha información.

Existen en el derecho inglés 23 causales de exención en la FOIA que habilitan a la autoridad pública a negarse a entregar o divulgar la información solicitada. Estas pueden clasificarse en:

- Las que son aplicables a toda una categoría (o clase) de información. Son ejemplo de ello la información sobre investigaciones y trámites realizados por autoridades públicas; actas de juicios; o secretos comerciales.
- Las que están sujetas a una prueba de "perjuicio". Por ejemplo, en aquellos casos en que la divulgación perjudicaría o probablemente perjudicaría los intereses del Reino Unido y otros países, la prevención o detección de actividades criminales o la actividad o interés descrito en la exención.
- Las que se refieren a información personal. En todo caso, si la información personal está relacionada con el propio solicitante, la solicitud debe dirigirse como "solicitud de acceso del sujeto" hecha bajo la Ley de Protección de Datos de 1998. En cambio, si la información solicitada está relacionada con un tercero, la decisión sobre si divulgarla o no se basará en la FOIA.

Si el solicitante está insatisfecho con la negativa de la autoridad pública a entregar o divulgar la información solicitada, y ya se ha agotado el procedimiento de revisión interna de la decisión, el solicitante podrá reclamar a la Oficina del Comisionado de Información, el que investigará el caso y resolverá en definitiva si la causal de exención al acceso a la información está bien aplicada, y en caso contrario, ordenará a la autoridad pública la entrega y divulgación de la información solicitada.

Ahora bien, en el caso que la autoridad pública funde su negativa a entregar o divulgar la información solicitada, en la circunstancia de no poseer la información solicitada o al menos no localizarla, de acuerdo a la jurisprudencia, la autoridad pública deberá informar oportunamente al solicitante esta circunstancia (Reference: FS50132656, Freedom of Information Act 2000 (Section 50) Decision Notice. Date 13 September 2007 y Reference: FS50145475, Freedom of Information Act 2000 (Section 50). Decision Notice. Date: 23 June 2008), estando obligada previamente a realizar una búsqueda exhaustiva de la información solicitada, lo que deberá ser acreditado por la autoridad pública

(Reference: FS50200310. Environmental Information Regulations 2004. Decision Notice. Date: 15 February 2010).

En el caso que una autoridad pública requiera de información complementaria para identificar y localizar lo solicitado por el requirente de información, y se lo haya informado así al solicitante, la autoridad no está obligada a proporcionar si posee o no la información solicitada, a menos que el solicitante suministre más información a la autoridad pública requerida (sección 1 (3) FOIA).

Es preciso especificar que la información que el solicitante reciba, es aquella que posea la autoridad al momento de recibir la solicitud, pero deberá considerar también cualquier modificación o eliminación ocurrida entre el tiempo que recibe tal solicitud y la entrega de la información solicitada, cuando esa modificación o eliminación se haya realizado sin tener en cuenta o de manera independiente a la solicitud planteada (sección 1 (4) (a), (b) FOIA). Lo anterior se explica porque puede suceder que entre la presentación del solicitante y la entrega de la información, la información solicitada no exista total o parcialmente e inclusive, haya sido eliminada con anterioridad a la presentación, todo ello conforme a la reglamentación existente referente al mantenimiento, gestión y destrucción o eliminación de sus registros o archivos.

Con todo, se entenderá que la autoridad pública ha cumplido con su obligación respecto del solicitante, al comunicarle si posee o no la información solicitada. Este deber es conocido en el derecho inglés como "the duty to confirm or deny", lo cual significa que el órgano requerido debe confirmar o negar si posee o no la información que le ha sido requerida (sección 1 (5) y (6) FOIA).

Para llevar a efecto lo anterior, se han dictado en el derecho inglés, "códigos de buenas prácticas" para proporcionar criterios a las autoridades públicas en la resolución de las solicitudes de información. En este punto es relevante destacar 2 códigos emitidos en relación con la existencia o no de la información solicitada.

El primero de ellos es dictado en el año 2004, en conformidad a lo que dispone el artículo 45 de la Ley de Libertad de Información. Este código establece las prácticas o criterios que las autoridades públicas deben aplicar para tramitar las solicitudes de

información (Code of Practice on the discharge of public authorities' functions under Part I of the Freedom of Information Act 2000). En él se proporciona una orientación respecto de la asesoría y asistencia a los solicitantes, la transferencia de solicitudes entre autoridades, la consultoría a terceros a quienes la información se refiere o a personas cuyos intereses puedan verse afectados por la divulgación de la información, el uso de cláusulas de confidencialidad en los contratos y el establecimiento de un procedimiento interno de quejas o reclamos.

Dentro del deber de prestar asesoría y asistencia a las personas que pretenden realizar o que ya hayan realizado una solicitud de información, es de especial relevancia mencionar el deber de las autoridades de publicar sus procedimientos para tramitar las solicitudes de información, dar a conocer a las personas cuál será el procedimiento habitual a llevar a cabo cuando conste que el órgano requerido no posee la información solicitada o prestar asistencia al solicitante para describa con mayor claridad la información solicitada, entre otros.

En el contexto de estos deberes, es interesante exponer la situación relativa a cuando la autoridad no puede responder la solicitud porque no tiene la información solicitada. El llamado "Transferring requests for information" (párrafo III Code of practice, párrafos 16 a 24), intenta solucionar la situación provocada por la solicitud de información recibida por una autoridad pública de un documento o antecedente que no posee, pero cree que está disponible en otra autoridad pública. En estos casos debe considerar cuál sería la forma más útil de ayudar al solicitante, teniendo dos opciones:

- Informarle al solicitante que no posee la información y proporcionarle los datos de contacto de la autoridad que estima que si la tiene; o

- Si lo estima más apropiado, informarle al solicitante que transferirá su solicitud a esa autoridad.

En el primer caso, antes de proporcionarle los datos de la autoridad que cree que posee la información y que, por tanto, es competente para su tramitación, la autoridad a quien se ha dirigido la solicitud debe informarle al solicitante que no posee la información

requerida, para así dar cumplimiento del "duty to confirm or deny" contemplado en la sección primera de la Ley de Libertad de Información.

Por su parte, en el segundo caso, si bien la autoridad requerida en un principio puede estimar que es más apropiado (en función de ayudar al solicitante en su requerimiento) transferir o trasladar la solicitud a otra autoridad, debe actuar con ciertos resguardos. Primeramente y antes de realizar la transferencia debe consultar a la autoridad que cree que posee la información si efectivamente la tiene en su poder, luego de lo cual, confirmado esto, trasladará la solicitud del particular. Sin embargo, la estimación por parte de la autoridad de la conveniencia de transferir la solicitud está determinada además por la posible oposición del solicitante a ella, ya que "si existen razones para creer que un solicitante probablemente objete tal transferencia, la autoridad sólo puede transferir la solicitud a otra autoridad con su consentimiento" (párrafo 21). En el caso que hubiere duda en cuanto a la objeción u oposición del particular a la transferencia, "se preferirá asesorar al solicitante a presentar una nueva solicitud a la autoridad, y de informar al solicitante que la autoridad (receptora) ha confirmado que tiene la información" (párrafo 21).

En el evento de que se ha podido llevar a cabo satisfactoriamente la transferencia de solicitud de información de una autoridad a otra, la autoridad receptora deberá cumplir con el deber de confirmar o denegar si posee o no la información solicitada y los demás deberes contenidos en la parte I del FOIA, de la misma manera si la solicitud se le hubiere planteado directamente. Sin embargo, en este caso, el plazo para evacuar tal solicitud se cuenta desde la fecha de la transferencia, la que se entiende como la fecha de recepción de la solicitud (párrafo 22). En todo caso, este código de prácticas establece además la celeridad y prontitud en la ejecución de las transferencias de solicitudes de información entre las autoridades, señalando que "deben realizarse tan pronto como sea posible" (párrafo 23).

No obstante lo expuesto, este código de prácticas contempla también la situación que **no se le pueda dar a conocer al solicitante** (o aconsejar en términos anglosajones), **qué autoridad tiene o puede tener la información solicitada**. Lo anterior se encuentra

consagrada en el párrafo 24 del código en cuestión, al establecer que “cuando una autoridad pública es incapaz o no puede informar al solicitante que ella tiene, o puede tener la información solicitada, o de facilitar la transferencia de la solicitud a otra autoridad (o considere que no corresponde hacerlo), deberá considerar qué consejo, en su caso, puede proporcionar al solicitante que le permita a él o ella satisfacer su solicitud”.

Ahora bien, no obstante lo anterior, el derecho de acceso a la información puede encontrarse de todas formas limitado por una cuestión de hecho: la inexistencia de la información por haber sido eliminada de los registros en los que se encontraba. En este contexto, el segundo código de buenas prácticas dictado conforme a la sección 46 del FOIA (Code of Practice on the management of records issued under section 46 of the Freedom of Information Act 2000), trata el tema relativo a la orientación de las autoridades públicas (y las sujetas a la Ley de Registros Públicos) respecto al mantenimiento, gestión y destrucción o eliminación de sus registros o archivos (en papel o digitalizados ), en los cuales consta un determinado tipo de información, materia que abordaré en el punto siguiente.

Como complemento a este código de prácticas sobre gestión de registros se encuentra la guía elaborada por la Oficina del Comisionado de Información, como parte de una serie de orientaciones sobre buenas prácticas diseñadas para ayudar a la comprensión y la aplicación de la FOIA (Freedom of Information Act, Awareness Guidance Number 8). En ella es posible hallar una serie de preguntas y respuestas referentes al estado de la información suprimida y la información contenida en los sistemas de respaldo y a las obligaciones de la autoridad si recibe una solicitud de información que se debe ser destruida, entre otros aspectos.

Esta regulación general sobre el derecho de acceso a la información, se ve complementada en el derecho inglés por las regulaciones especiales en ciertos sectores relevantes de la actividad pública. Así, por ejemplo, en el ámbito de la regulación de la información medioambiental, la autoridad pública que deniegue el acceso a la información solicitada, deberá explicar qué causal de excepción es aplicable en el caso específico y por qué divulgar la información no es de interés público. En este sentido, si es

aplicable una excepción, una autoridad pública puede elegir denegar la solicitud y retener la información solicitada, pero ello sujeto a la prueba del interés público. Esto significa que la autoridad debe explicar al solicitante por qué, en todas las circunstancias del caso, el interés público en mantener la excepción, supera el interés público de dar a conocer la información.

Ahora bien, las causales de excepción a la entrega de información solicitada en este caso, y que niegan la divulgación de información pública, son:

- La información no obra en poder de la autoridad, o la autoridad no puede determinar la naturaleza de la solicitud;
- La solicitud es "manifiestamente irrazonable"; o
- La información "aún está inacabada o incompleta".

En el caso de que la autoridad pública esgrima como causal de excepción que no tiene la información que se le ha solicitado, ésta debe comunicar por escrito esta circunstancia, dentro del plazo de 20 días hábiles. Si el órgano cree que otra autoridad pública tiene la información solicitada, deberá solicitar permiso al requirente para enviar la solicitud al órgano competente (Environmental Information Regulations: A guide for requesters. Version 2, 16 July 2009).

Adicionalmente, ciertas causales de excepción requieren prueba de los daños que se causarían si se divulgase la información. Así, la información puede retenerse si, por ejemplo, su divulgación afecta la defensa, las relaciones internacionales, la seguridad nacional y la seguridad pública; el curso de la justicia o la confidencialidad de una demanda; los derechos de propiedad intelectual; los intereses del proveedor de la información, cuando la provisión fue voluntaria; la confidencialidad comercial; o la protección del medio ambiente.

### **3. La inexistencia de información en el derecho chileno**

En el caso chileno, como ya se expuso, el derecho de acceso a la información también es reconocido expresamente en nuestro ordenamiento, siendo una consecuencia



del principio-deber de publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y fundamentos de los mismos. Este derecho está establecido en el artículo 10 de la LAIP y se considera una extensión del derecho a la libertad de opinión e información consagrado en el artículo 19 N° 12 de la Constitución Política de la República.

En este contexto, como se sabe, la regla general en nuestro derecho es la entrega de la información solicitada por un particular a la Administración del Estado, sólo admitiéndose por excepción la negativa o el rechazo a la solicitud del particular. A estos efectos la LAIP, siguiendo los criterios establecidos en el artículo 8° de la Constitución, ha señalado como causales de reserva o secreto de documentos o información pública la afectación que pudiere hacerse con su divulgación del debido cumplimiento de las funciones públicas, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación y el interés nacional.

La inexistencia de la información solicitada no es considerada una causal de excepción a la entrega de la información solicitada o de reserva o secreto de la información, sino en una circunstancia de hecho, como lo ha señalado el propio Consejo para la Transparencia (Decisiones de amparo C21-10, C22-10, C23-10, C24-10, C25-10, C50-11 del Consejo para la Transparencia). Sin embargo, en la práctica se ha constituido en una alegación recurrente de los órganos administrativos para no entregar la información solicitada, lo que puede en el mediano plazo debilitar el derecho de acceso a la información tan extensamente propagado.

Esto ha llevado a que el Consejo para la Transparencia, preocupado de la amplitud que pudiera tener esta causal de exención de la obligación legal, haya ido generando algunos criterios en esta materia, los que sin ser concluyentes, permiten dar algunas pautas a los órganos de la Administración del Estado sobre esta materia. Ellos han sido ordenados y sistematizados recientemente por el Consejo para la Transparencia en la Instrucción General N° 10, sobre el Procedimiento Administrativo de Acceso a la Información, de fecha 17 de diciembre de 2011, señalando en su punto 2.3, algunas recomendaciones y criterios para los órganos administrativos que rechacen solicitudes de particulares fundados en la inexistencia de la información solicitada.

En este sentido, el Consejo para la Transparencia ha señalado como criterios aplicables en la materia, de acuerdo a su jurisprudencia, los siguientes:

- i) La alegación del órgano administrativo de inexistencia de información debe ser expuesta por éste de forma expresa, clara y específica (A138-11, C182-11 del Consejo para la Transparencia).
- ii) Esta alegación debe ser fundada, indicando el órgano administrativo al solicitante el motivo específico por el cual la información no obra en su poder (C2-10, C50-11 del Consejo para la Transparencia), indicando, si procede, los documentos fundantes de la expurgación (C131-10 del Consejo para la Transparencia).
- iii) El órgano administrativo requerido deberá realizar una búsqueda exhaustiva de la información solicitada, lo que deberá quedar debidamente acreditado por aquel (A310-09, A337-09, C382-09, C94-11, C109-11, C122-11, C151-11, C186-11, C294-11, C371-11, C449-11, C804-10, C974-11 del Consejo para la Transparencia).
- iv) El órgano administrativo requerido de información y que se exonere de la obligación fundado en la inexistencia de la información solicitada, debe avisar oportunamente que los documentos no se encuentran en su poder, en los términos previstos en los artículos 13 y 16 de la LAIP (decisión de amparo A312-09 del Consejo para la Transparencia).
- v) Toda inexistencia de información debe ser probada por el órgano administrativo requerido, ya sea en razón de que no se ha generado la información, la misma se encuentra en proceso de elaboración o se ignora si otro órgano de la Administración del Estado posee dichos antecedentes.
- vi) Un elemento que exime de la obligación del órgano administrativo de fundamentar rigurosamente la falta de los antecedentes requeridos por un particular, es la ausencia de obligación legal de poseer la documentación solicitada. En este sentido, si el órgano de la Administración del Estado no posee la información solicitada y no tiene la obligación legal de tenerla, dicha situación basta como fundamento o razón para eximir al órgano de su entrega, debiendo notificar al requirente sobre la inexistencia de la información en los términos establecidos en el artículo 16 de la LAIP (A280-09).

vii) En el caso que el órgano de la Administración del Estado requerido tiene la obligación legal de contar con la información solicitada, pero lo ha destruido o expurgado, en los términos señalados por la circular N° 28704 de 1981, de la Contraloría General de República, que regula la eliminación de documentos en la Administración Pública, aquel deberá entregar al solicitante copia del acto administrativo que dispuso la expurgación de los documentos solicitados (A181-09, C382-09, C492-09, C3-11 del Consejo para la Transparencia).

Como ya se señaló, recientemente el Consejo para la Transparencia ha dictado la Instrucción General N° 10, sobre el Procedimiento Administrativo de Acceso a la Información, la que en su punto 2.3, párrafo 3º, trata sobre la situación de los requerimientos de información realizados por particulares de documentos que no obra en poder del órgano de la Administración del Estado. En esta regulación se dispone que los órganos administrativos deben cumplir con los siguientes parámetros y procedimientos:

- i) Si existe un acto administrativo que haya dispuesto la expurgación de documentos solicitados, el órgano administrativo requerido deberá comunicar esta circunstancia al solicitante, haciendo copia del acto y de la respectiva acta;
- ii) De no existir un acto administrativo que haya dispuesto la expurgación de los documentos pedidos, el órgano administrativo deberá agotar todos los medios a su disposición para encontrar la información solicitada, disponiendo la instrucción de sumarios administrativos y la aplicación de medidas disciplinarias, en caso que hubiera mérito para ello;
- iii) En caso de que la información solicitada no fuere habida, el órgano deberá comunicar esta circunstancia al solicitante, indicándole detalladamente las razones que lo justifiquen.
- iv) Para el evento que la información solicitada sea de difícil acceso para el órgano requerido, ya sea por la antigüedad, volumen o encontrarse en lugares apartados, el órgano administrativo podrá solicitar una ampliación del plazo para entregar esa información, pero no se configurará en una causal de excepción o reserva o secreto de documentos de acuerdo a la ley.

Como se puede observar, en el derecho chileno, tanto por la vía de la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia, como por los instructivos regulatorios dictados por éste, ha hecho una recepción de la mayoría de los criterios elaborados en el derecho comparado para restringir el uso de la “inexistencia de información” como una causal de exoneración de la obligación de publicidad o divulgación de la información pública. Sin embargo, se aprecian algunos vacíos o ausencias de algunos criterios que podrían ser incorporadas en el derecho nacional y que fortalecen el derecho de acceso a la información. Entre éstas se puede mencionar las siguientes:

- i) Eventualmente se podría incorporar como principio el de la exhaustividad en la búsqueda de la información requerida, exigiéndose un deber de comunicación inter administrativa como paso previo a la declaración de inexistencia de la información.
- ii) Se podría establecer también en términos expresos la obligación del órgano requerido de proponer al solicitante el o los órganos administrativos a los que dirigirse, fundamentando tal consejo en normas o criterios prácticos. Esto podría extenderse incluso, como lo señala el derecho inglés, con la necesidad de aconsejar o sugerir al solicitante los pasos a seguir para obtener la información, de acuerdo a los antecedentes recopilados por la organización requerida.
- iii) Además se podría establecer la obligación de los órganos administrativos para construir la información solicitada por el requirente, en el caso que la información base esté en posesión del órgano, y ésta sea posible y razonable convertir en el formato o bajo la ordenación solicitada por el particular.
- iv) Por último también se podría plantear como criterio de control de la aplicación de la causal de exoneración de la obligación de entregar o poner a disposición de la información solicitada la necesidad de fundamentación jurídica de la exclusión, indicando las normas legales o reglamentarias que hacen improbable que el órgano requerido tenga la información solicitada.

#### **IV. La obligación de conservación de documentos públicos y los procedimientos de autorización para la destrucción de los mismos**

##### **1. Planteamiento del tema**

De lo expuesto en el punto anterior, es evidente que uno de los elementos que más influye en la inexistencia de la información solicitada, es la conservación que se ha hecho de ella por el órgano público. En efecto, en la medida que estén establecidas reglas claras de resguardo y conservación de la documentación pública, es más difícil que se configure la causal de inexistencia de información, y se resguarda más adecuadamente el derecho de acceso a la información, ya que los órganos administrativos deberán resguardar la información recopilada, respaldando en medios electrónicos aquella que presente algún interés público (Ver, Camacho, Gladys. “Algunas precisiones sobre el concepto de información pública, en *Transparencia en la Administración Pública*, R. Letelier y E. Rajevic (coor.), Abeledo Perrot, 2010, pág. 61).

Buena muestra de lo anterior, es que el Consejo para la Transparencia, en su Instructivo General N° 10 ya revisado, ha establecido como causal de exoneración de la obligación de entrega de la documentación solicitada, al expurgación de los antecedentes en la forma establecida en el ordenamiento jurídico. Es decir, la destrucción de la información pública, de acuerdo a las normas dispuestas en el ordenamiento, es una causal de eximición de la obligación de publicidad de aquella, llevando aparejada la responsabilidad administrativa de los funcionarios que eliminan dicha información sin sujeción a tales normas.

En este sentido, se considera relevante estudiar las normas existentes en esta materia, tanto en el derecho comparado como en el derecho chileno.

##### **2. Las reglas de conservación de la información en el derecho comparado**

### **3. La conservación de los documentos en el derecho chileno**

La conservación y eliminación de documentos ha sido tratada en el ordenamiento jurídico chileno de forma muy dispersa, lo que provoca que no haya una regulación completa y sistemática en esta materia. Dentro de las principales normas que tratan la materia se destacan: la Ley N° 10.336 sobre Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República; el Decreto Ley N° 1263 del año 1975, Ley de Administración Financiera del Estado; el Decreto con Fuerza de Ley N° 5200 del año 1929, del Ministerio de Educación Pública; el Decreto N° 577 del año 1978; el Código Tributario; la Ley N° 16.395 y la Ley 18.845 sobre sistemas de microcopia o micrograbación de documentos.

Esta pluralidad de normas, llevó a que la Contraloría General de la República, en el año 1981, y la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museo (DIBAM), en el año 2009, emitieran circulares con el objeto de difundir disposiciones y recomendaciones referentes a la conservación, transparencia y eliminación de documentos. En el caso de la Contraloría General de la República, la circular N°28704 de 1981, lo que hace es compilar en un solo texto las disposiciones legales y los criterios jurisprudenciales sostenidos por ese órgano, tratando de sistematizar y ordenar éstos, y entregarlos como criterio de actuación para los órganos de la Administración del Estado.

En el caso de la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museo, la circular N° 51 del año 2009, regula la conservación de documentos, señalando que los órganos de la Administración del Estado deberán custodiar los documentos que generen, conserven o reúnan por el tiempo que para cada caso establece la ley. Asimismo, señala que la documentación que haya cumplido el tiempo de permanencia en la respectiva unidad administrativa deberá, conforme a las normas legales y reglamentarias pertinentes, transferirse al Archivo Nacional, conservarse en un soporte distinto al original o, en su caso, eliminarse y determinar su destino final conforme a las normas de disposición de bienes muebles. Además señala que para efectos de preservar adecuadamente los documentos contenidos en papel, se deberá dar cumplimiento a las instrucciones sobre encuadernación de documentos, impartidas por el Conservador del Archivo Nacional en

oficios circulares N° 342, de 7 de agosto de 1979, y N° 174, de 31 de marzo de 1980. En este mismo sentido, recomienda dar cumplimiento a la Guía de Conservación Preventiva para Documentos en Papel, de 2004, elaborada por el Archivo Nacional.

En relación a los documentos electrónicos, la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museo señala que cada institución debe mantener un repositorio de documentos electrónicos, en las condiciones definidas en el párrafo 4° del Decreto N° 81, de 2004, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, y por los plazos indicados en los artículos 6°, 7° y 9° del Decreto N° 77, de 2004, del mismo Ministerio.

En lo referido a la conservación de las microformas, regidas por la Ley N° 18.845, deberá atenderse especialmente a que éstas mantengan las calidades de los documentos y archivo originales. Se entiende mantener la calidad del documento en la microforma, el ser copia fiel de un original micrograbado, incluso en sus imperfecciones; y por calidad del archivo, la condición de que la microforma mantenga en forma fiel, indeleble, legible e íntegra su calidad de documento, de acuerdo a lo establecido en el artículo 11 del Decreto con Fuerza de Ley N° 4, de 1991.

Ahora bien, en cuanto al traslado y conservación de la documentación pública, el artículo 14 del Decreto con Fuerza de Ley N° 5.200 de 1929 dispone que los organismos de Gobierno, Justicia y los auxiliares de la Administración de Justicia, deben anualmente, en el mes de marzo de cada año, remitir al Archivo Nacional los documentos que hayan cumplido los plazos de antigüedad establecidos en la misma ley en sus archivos de origen, los que van, dependiendo del tipo de documento y el órgano emisor, entre 5 y 80 años. Por su parte, la documentación del Ministerio de Defensa, de las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública y de los demás organismos dependientes de esa Secretaría de Estado o que se relacionen con el Supremo Gobierno por su intermedio, se archivarán y eliminarán conforme a lo que disponga la reglamentación ministerial e institucional respectiva, en conformidad a lo dispuesto en la Ley N° 18.771 de 1989.

Por otro lado, de acuerdo a lo establecido artículo 6° del Decreto N° 291 de 1974, modificado por el Decreto N° 1193 de 1994, ambos del Ministerio del Interior, salvo las excepciones establecidas por ley, los documentos clasificados como reservados, secretos

u ordinarios, ingresarán al Archivo Nacional como se previene en el artículo 14 del DFL N° 5200, de 1929. En este sentido, los "reservados" o "secretos" conservarán esta naturaleza, excluyéndose su conocimiento público durante el plazo de 10 o 20 años, respectivamente, contados desde su emisión. Esta reglamentación debe actualmente complementarse con lo dispuesto en el artículo 22 de la LAIF que previene un plazo menor y otro indefinido, dependiendo de la materia de que se trate. En el caso de que se tratara de un documento electrónico, clasificado como reservado o secreto, éste deberá tener una etiqueta apropiada de clasificación en la salida (artículo 16 del Decreto N° 83, de 2004, del Ministerio Secretaría General de Gobierno).

En cuanto al procedimiento de microcopia o micrograbación de documentos, la Ley N° 18.845 dispone, tratándose de los documentos de la Administración Pública, que aquel debe hacerse en presencia del funcionario encargado del archivo o registro respectivo, quien actuará como ministro de fe, debiéndose levantar un acta de apertura y un acta de cierre del mismo. La microforma y los originales de las actas de apertura y cierre se mantendrán en el archivo respectivo.

En todo caso, para que las microformas, sus duplicados y copias posean el mérito que les confiere la Ley N° 18.845, el procedimiento de resguardo deberá ceñirse estrictamente a las normas técnicas pertinentes de la Organización Internacional para la Estandarización (ISO), aprobadas como normas oficiales de la República de Chile por el Instituto Nacional de Normalización.

Sólo una vez transcurridos 10 años desde la fecha de la microcopia o micrograbación, si se trata de documentos públicos, o cinco años, si se trata de documentos privados, se podrán destruir los documentos originales, en los casos, y con las limitaciones que se señalan. En todo caso, los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y las Municipalidades, que conforme al artículo 14 del DFL N° 5200 de 1929, deban remitir su documentación al Archivo Nacional, cumplirán legalmente su obligación de conservar los documentos encargados a su custodia, manteniendo las microformas por todo el tiempo que fija el referido DFL, quedando facultados para



destruir los documentos originales con las limitaciones y de acuerdo al procedimiento que establece la Ley N° 18.845.

En cuanto a la eliminación de documentos, conforme a las circulares emitidas por la Contraloría General de la República y la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos, ésta sólo puede llevarse a cabo tras el correspondiente análisis de las características históricas, administrativas, jurídicas, fiscales e informativas de la documentación. En este sentido, está prohibida la destrucción de todo documento de valor histórico o cultural, aunque haya sido microcopiado o micrograbado, entendiéndose por tal aquellos documentos que el Conservador del Archivo Nacional ha ejercido el derecho de oposición a que se refiere el artículo 6° de la Ley N° 18.845.

Ahora bien, por regla general, la autorización para eliminar documentos de los servicios de la Administración Pública compete al Presidente de la República, en uso de las atribuciones que como Jefe del Estado le confiere la Constitución Política. Respecto de los documentos en posesión de los organismos que gozan de autonomía administrativa, esta facultad compete a la respectiva jefatura superior del servicio, la que se ejercerá mediante decreto o resolución exenta.

Por su parte, la destrucción de documentos micrograbados o microcopiados debe realizarse conforme a la Ley N° 18.845, la cual establece que se puede proceder a la destrucción de todos aquellos documentos originales que sean microcopiados o micrograbados, respecto de los cuales no exista prohibición de conformidad a la referida ley. Lo anterior opera una vez transcurridos 10 años desde la fecha de la microcopia o micrograbado, si se trata de instrumentos públicos, o cinco años, si se trata de instrumentos privados, siempre que se dé cumplimiento a los demás requisitos establecidos en el mismo texto legal.

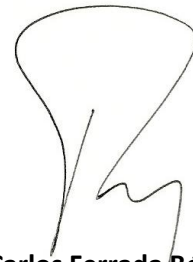
Con todo, para la destrucción de documentos pertenecientes a archivos o registros públicos, será necesaria la notificación mediante un aviso que se publicará en el Diario Oficial, con una anticipación mínima de 60 días respecto de la fecha fijada para la destrucción. En el aviso se indicará la fecha que se llevará a cabo la destrucción, así como una breve descripción genérica de los documentos y de su fecha o período en que se

emitieron. Además, deberá enviarse carta certificada al Conservador del Archivo Nacional señalando que se ha hecho la correspondiente publicación en el Diario Oficial y su fecha. Por último, es preciso que el Conservador del Archivo Nacional no se oponga a la destrucción dentro del plazo antes indicado.

Sin perjuicio de lo anterior, en el derecho chileno también se contemplan modalidades especiales de eliminación de documentos, como en los casos de documentos de la deuda pública, especies valoradas u otros efectos (artículo 14 en relación al artículo 42 de la Ley N° 10.336); libros, documentos y cuentas aprobadas (Art. 21 de la Ley N° 10.336 y dictamen N° 29820/2003 de la Contraloría General de la República); documentos relativos a personal (artículo 10 de la Ley N°16.436 y dictámenes N° 10588/1994 y 931/1994 de la Contraloría General de la República); documentos representativos de obligaciones pendientes (circula 28704 de 1981); documentos previsionales (artículo 2 del DL N° 2412 de 1978); documentos de salud (artículo 17 del decreto N° 161 de 1982 del Ministerio de Salud); documentos farmacéuticos (Decretos N° 404 y 405 de 1983 del Ministerio de Salud); documentos tributarios (artículo 92 bis del Código Tributario, artículo 17 del Decreto Ley N° 830 de 1974 y Decreto con Fuerza de Ley N° 7, de 1980, Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos), entre otros. Todos estos documentos tienen plazos diferentes de conservación que cumplidos habilitan su destrucción, los que se cuentan desde la fecha de emisión de los documentos correspondientes.

Como se puede observar, en nuestro derecho existe una regulación muy detallada en nuestro derecho sobre la conservación y destrucción de la documentación pública, que permite cautelar su existencia y evitar que su eliminación pueda operar como causal de eximición en la obligación de entregar la información requerida. Sin embargo, esta regulación está muy desperdigada, conteniendo algunas disposiciones contradictorias y desactualizaciones que conviene revisar y actualizar a las necesidades actuales del servicio y a los avances tecnológicos existentes. En este sentido, la dictación de un nuevo cuerpo normativo coherente y sistemático en esta materia puede colaborar al resguardo de la información pública y hacer aplicable los criterios de exención previstos por el Consejo para la Transparencia.

Es todo cuanto puedo a informar a UD.



**Juan Carlos Ferrada Bórquez**  
**Profesor de Derecho Administrativo**  
**Director de Departamento de Derecho Público**  
**Universidad de Valparaíso**

## Minuta

**Consideraciones jurídicas sobre los datos RUN y RUT, asociados con otros datos personales como las calificaciones de los funcionarios públicos y en el contexto de un recurso de amparo al derecho de acceso.**

### Sumario.

#### I. Contexto general.

#### II. Consideraciones jurídicas sobre los datos RUN y RUT.

1. **Categorías conceptuales esenciales.**
2. **El concepto RUN alude al Rol Único Nacional.**
3. **El concepto RUT alude al Rol Único Tributario.**
4. **Ambos son datos personales o nominativos.**
5. **Competencias de los servicios públicos en el contexto de la ley 19.628.**
6. **Acerca de la importancia del concepto "fuentes accesibles al público".**

#### III. Aplicación concreta al caso del recurso de amparo de la ley 20.285 interpuesto contra el MINVU y FONASA para acceder a las calificaciones de sus funcionarios.

1. **Planteamiento del tema.**
2. **No es esencial al análisis considerar la petición de los números de RUT de los funcionarios públicos, debe tenerse presente que ello se hace en asociación con sus calificaciones administrativas.**
3. **Las bases de datos con las calificaciones de los funcionarios públicos no pueden ser consideradas como accesibles al público al tenor de la ley 19.628.**
4. **Razonamiento jurídico para rechazarse el amparo y no acceder a la entrega de la información solicitada.**
5. **Consideraciones finales.**

#### I. Contexto general.

La presente minuta se desarrolla, conceptualmente, en el contexto más amplio de determinar y conciliar las relaciones existentes entre el llamado Derecho de Acceso a la Información del Estado, que es el ámbito de las normas y principios del artículo 8° de la CPE y de la ley 20.285 *del año 2008*, con el llamado Derecho de Acceso o Habeas Data que cada persona posee para proteger su privacidad, controlar y autodeterminar el uso y el procesamiento de sus datos personales o nominativos, porque le pertenecen y porque lo identifican o individualizan, derecho regulado constitucionalmente por el artículo 19 N°4 de la CPE y por la ley 19.628 *de 1999*.

El derecho de acceso que todos los ciudadanos poseen reconocido constitucional y legalmente para conocer los actos, contratos, resoluciones y documentos del Estado, es

*radicalmente distinto* al derecho de acceso o habeas data que debe poseer toda persona para controlar y autodeterminar el uso y el eventual abuso sólo o exclusivamente tratándose de sus datos y antecedentes personales y nominativos<sup>1-2</sup>.

Hay ideas centrales sobre las cuáles reflexionar de cara al necesario equilibrio o conciliación, no en esta minuta y que pueden o no compartirse; a saber: ...la protección de datos personales de los funcionarios públicos y de los ciudadanos debe ser un límite al derecho de acceso a la información, pero considerando caso a caso y la especial naturaleza del dato personal involucrado; ...las leyes de acceso a la información necesariamente deben ser compatibles con las de privacidad y datos personales; ...la protección de datos personales no debe usarse manera general y sistemática para no abrir información del Estado, ya que la restricción al acceso de ciertos y determinados antecedentes referidos a los funcionarios públicos puede amparar actos de corrupción, lo que por cierto, también debe resolverse caso a caso o en forma individual, según cuál sea la especial naturaleza del dato personal pedido de acceso.

En Chile es clave definir hasta dónde llega o cuál es el alcance jurídico de la referencia a *"todo otro tipo de información que obre en poder de la Administración o que sea elaborada con fondos públicos"*, de los artículos 5° y 10° de la ley 20.285, para entender -o no- que los datos personales se incluyen junto a los actos, contratos, resoluciones y documentos que deben ser públicos al estar en poder de los servicios públicos.

En segundo lugar, para decidir si hacemos primar la normativa sobre derecho de acceso -o no- por sobre la confidencialidad y restricciones que establece la ley 19.628 -incluso con una carga legal expresa de secreto en su artículo 7°- para proteger a los titulares de los datos personales procesados computacionalmente, sean de los ciudadanos, sean de los funcionarios públicos.

Pero a las dos interpretaciones anteriores (si se entiende que prima la ley 20.285 y que dentro del concepto de *"información del Estado"* caben los datos personales de los ciudadanos) se oponen en nuestra opinión el artículo 21 N°2 y el 33 letra m) de la ley 20.285, que obligan a que se protejan los derechos de las personas y la esfera de su vida privada y a que se respete la ley 19.628 en el Sector Público, debiendo -precisamente- velar el Consejo de Transparencia por su cumplimiento.

---

<sup>1</sup> El derecho de acceso a los actos, contratos y documentos en poder del Estado un tema relevante y esencial para las Sociedades del Siglo XXI, pero que no debe ser confundido con la garantía del *"Habeas Data"* y con el principio de la *"Autodeterminación Informativa"* que amparan, desde fines de la década del 70 en el Derecho Comparado, el derecho de cada persona para controlar y decidir exclusivamente sobre el procesamiento de sus datos personales y nominativos, sea por entes estatales o por empresas particulares.

<sup>2</sup> Es el artículo 12 de la ley 19.628 el que consagra el llamado Derecho de Acceso, Habeas Data o Habeas Scriptum, una garantía sólo de rango legal y procesal que vino a desarrollar la garantía del respeto y protección de la vida privada que contempla el artículo 19 N°4 de la Constitución Política. Por su intermedio cada titular puede requerir a quien sea "responsable de una base o banco de datos" conocer y corregir, modificar o actualizar la información computacional, tratándose de datos personales, nominativos, o relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables, particularmente si son los sensibles o referidos a características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual.

También será clave definir si las bases de datos de los órganos de la Administración son o no de aquellas fuentes públicas de datos personales que define la ley 19.628, porque de serlo o de interpretarse a su respecto su libre disponibilidad o accesibilidad, se entendería *-lo que sería inconstitucional e ilegal a nuestro parecer-* que no existen restricciones legales para los servicios públicos que "traten" computacionalmente datos nominativos, como son la obligación de guardar secreto o la de usar los datos nominativos de los ciudadanos sólo para los fines que fueron recopilados.

## II. Consideraciones jurídicas sobre los datos RUN y RUT.

### 1. Categorías conceptuales esenciales.

Un "dato" es, en el ámbito de la Teoría General de Sistemas, un antecedente que da cuenta de un hecho o de una característica determinada. El conjunto organizado de datos constituye "información". Un dato es "personal o nominativo", cuando permite identificar cualquier característica de una persona para relacionarse en sociedad. Y un dato personal o nominativo puede ser de mayor importancia o "sensibilidad", en consideración a su especial naturaleza y como ocurre con la filiación política, el credo religioso que se profesa, los antecedentes laborales, la situación de salud, los datos biométricos (v.gr. huella digital), las acciones que se poseen, los impuestos pagados, etcétera.

### 2. El concepto RUN alude al Rol Único Nacional.

Este código identificativo en el hecho suele usarse o asociado a los nombres y apellidos de la persona natural registrada bajo él, o en forma independiente de los nombres. En materia de sistemas informáticos, basta el uso del RUN para asociar y cruzar en torno a él otros antecedentes o datos personales, y siempre se entenderá y se sabrá -con poco margen de duda- que se alude a una persona determinada, identificada e identificable. Lo mismo vale para el denominado "RUT", que analizamos más abajo.

Fue establecido o implantado este instrumento en el mes de Julio del año 1973, para fines de identificación y estadística, mediante un Decreto Supremo N°18 de Enero del mismo año.

En virtud de esta norma, es que los servicios públicos (v.gr. Aduana, TGR, SII, INP, SENCE, etc.) no necesitan la autorización expresa "de los ciudadanos" identificados para operar con RUN o RUT a que alude el artículo 4° de la ley 19.628, porque la ley los faculta para hacerlo.

Del mismo modo, los servicios públicos no necesitan la autorización expresa del artículo 4° de parte de "los funcionarios que ellos han contratado" para operar internamente y dentro de su competencia con sus RUT, por ejemplo para calcular sus remuneraciones, conceder licencias o días administrativos, conceder vacaciones, realizar nombramientos o instruirles un sumario. Adicionalmente a este Decreto 18, son también la ley del Estatuto Administrativo, la de Bases Generales de la Administración del Estado, la de Procedimientos administrativos, la del artículo 4° y la del 20 de la ley 19.628 y sus respectivas leyes orgánicas las que los facultan para hacerlo, siempre dentro de su competencia de Derecho Público.

Se consideró al efecto en 1973 que la propuesta fue el resultado del trabajo de una Comisión Coordinadora para la implantación de un Rol Único a través de un sistema de computación; que atendidos los avances demostrados por el Rol Único Tributario, el número nacional de identificación que otorgaba el SRC sería el elemento básico para la implantación del Rol Único Nacional; y que su inmediata aplicación era consecuencia de las ventajas para el procesamiento electrónico y el intercambio de información estadística derivadas del RUN. Y se determinó, para las personas naturales, que el RUN estaría contenido o sería el mismo número que el ya existente RUT.

El objetivo esencial fue el de permitir que la información estadística referida a cada persona, sea natural o jurídica, pudiera ser procesada electrónicamente sobre la base de un número de identificación válido para todos los registros en que debieran inscribirse esas personas, sea en razón de su estado, de su actividad, del ejercicio de derechos políticos de sus obligaciones tributarias o de cualquiera otra actuación que les concerniera.

Se estableció que el SRC llevaría un archivo maestro en el que se anotarían los datos comunes de las personas, para que luego, los distintos organismos e instituciones, en forma obligatoria y en base al RUN, completaran sus registros sectoriales con aquellos que correspondieran a sus actividades o funciones. Y de cara a su aplicación obligatoria, se estableció una implementación progresiva y fiscalizada para que todos los órganos estatales regularan los detalles de la implantación del RUN en sus propios registros que les competía elaborar o fiscalizar.

Un dato a ser tenido presente: las personas jurídicas sólo poseen número de RUT.

### 3. El concepto RUT alude al Rol Único Tributario.

Si un dato es un antecedente que da cuenta de un hecho o de una característica determinada, el RUT da cuenta de que una persona natural o jurídica, correctamente individualizada, ha iniciado actividades para efectos tributarios, en una fecha determinada, señalando un domicilio legal al efecto, y demostrando poseer nombres y apellidos o razones sociales para el caso de las empresas.

Legalmente el dato RUT sólo es de aplicación tributaria y su objetivo no es el de identificar personas sino contribuyentes. En el hecho o en la práctica, este número e identificativo que permite indexar computacionalmente información nominativa referida o atribuida a las personas naturales y jurídicas se usa en diversos sectores de la sociedad, y aisladamente considerado *es un dato público per se porque nace para operar en la esfera social de una persona*, salvo que sea asociado con otros antecedentes o datos personales o que sea procesado por servicios públicos con un fin distinto que aquel que corresponda según sus competencias de Derecho Público.

Téngase presente: del hecho de que sea público no puede concluirse que al estar sistematizado, indexado, cruzado, relacionado o fidelizado en una base de datos de un órgano del Estado, la totalidad de la base de datos de RUT tendría la calidad de *"fuente accesible al público"* o de *"fuente pública de información"*.

El RUT, heredero del antiguo *"Rol General de Contribuyentes"*, fue creado y sus normas de aplicación fueron establecidas mediante el DFL N°3 del año 1969, del Ministerio de Hacienda, para que existiera un sistema que permitiera identificar a todos los

contribuyentes del país -en los diversos impuestos-, para mantener un control del cumplimiento tributario, y porque una adecuada identificación de los contribuyentes (personas naturales, jurídicas, comunidades y asociaciones que causen y/o deban retener impuestos) permitiría simplificar y agilizar los procedimientos administrativos tanto de la Tesorería General de la República como del Servicio de Impuestos Internos.

Su concordancia con el RUN es obligatoria, por cuanto el artículo 1° del DFL 30 establece que el sistema y la numeración que identifique a las personas naturales debe guardar relación con aquellos usados para los mismos propósitos por el SRC, y su confección, mantención y actualización es responsabilidad del SII, el que debe dictar las normas técnicas que sean necesarias y mantener y concentrar en su Dirección Nacional "*la información de todos los contribuyentes del país*". En base a este RUT, la TGR posteriormente crea para cada contribuyente una Cuenta Única Tributaria.

4. *Ambos son datos personales o nominativos que permiten general información de la misma naturaleza.*

No cabe duda que al tenor de la definición legal de datos personales contenida en el artículo 2° letra f) de la ley 19.628 -sobre tratamiento o procesamiento electrónico de datos personales y nominativos, aunque denominada "*sobre protección de la vida privada*", los datos RUN y RUT, considerados aisladamente, poseen la naturaleza de datos personales, no sensibles.

La norma establece que *son datos de carácter personal o datos personales los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables*, y ambos, RUN y RUT, permiten que una persona física o natural (la ley chilena excluye, sin motivo justificado, a las personas jurídicas de su tutela) sea posteriormente y en forma exacta y sin errores, identificable al ser referida al parámetro RUN o RUT, sobre todo en un sistema computacional.

*¿Cuál sería la naturaleza jurídica del RUT?* Nada se ha escrito, salvo error u omisión, al respecto, en otro ámbito que no sea el de la protección de datos personales, donde incluso se ha resuelto expresamente que su equivalente en España, el DNI, considerado aisladamente es un dato personal "*porque son números cuya finalidad es identificar a las personas físicas*" y por ende una base de datos que los contenga queda sometida a la institucionalidad de la protección de datos<sup>3</sup>.

*¿Puede asimilarse el RUT al nombre, y por ende, jurídicamente, sería un derecho personalísimo y un atributo de la personalidad?*; creemos que sí. No es que legalmente exista una norma que diga que el nombre o los nombres -que definen los padres al inscribirlos- y los apellidos -que se determinan por filiación y también consignan los padres o quienes registran a la persona- son lo mismo que el código identificador que asigna correlativamente el Estado, sino que "*de hecho*", de cara a los sistemas informáticos, lo ha reemplazado. Y si al nacer una persona natural se le asigna un RUN o si al iniciar actividades una persona natural o jurídica se le asigna un RUT con el único objeto de facilitar la operatoria jurídica de los servicios públicos en general y en materia tributaria en particular -así lo establecen las normas que lo crean- el dígito identificador

<sup>3</sup> Véase la URL <http://www.samuelparra.com/wp-content/uploads/2008/09/dni-si-dato-personal.pdf>



que los denomina e individualiza, con poco margen de dudas, sería un atributo de su personalidad<sup>4</sup>.

Otra perspectiva de análisis es la de considerar la distinción entre "*dato personal*" e "*información personal*". A propósito de la protección de datos y la determinación de qué es lo protegido, un autor aclara que aunque se afirma que lo protegido son los datos considerados en forma aislada (nombre o domicilio) en realidad lo que se protege es la información que pudiera surgir de la relación entre datos. Por eso, cita a un informe que consigna que se considera más correcto aludir al término "*datos*" y no a "*información*", donde el segundo sería el resultado final de la elaboración en base a los primeros, a las informaciones iniciales a partir de las cuales se realizan todas las operaciones sucesivas y sobre ellas debieran recaer -por ende, por su proyección futura- los controles y la tutela jurídica que se dispone para el titular individualizado.

*¿Cuál sería -relacionado con el párrafo anterior- el alcance cuando la ley chilena alude a datos personales relativos a cualquier información concerniente a personas naturales "identificables" a futuro?* La definición no es original. Ella está copiada textualmente de la Directiva Europea de 1995, y como queda de manifiesto del estudio de las Actas del trabajo parlamentario, nunca se consideró su alcance específico. Pero como conocemos la fuente, ella sirve para el objetivo del análisis, y para entender que aún cuando el objetivo real de la tutela sea la información personal que resulta de asociar dos o más datos personales, *intencional y extensivamente* se optó por proteger a los datos originarios que posteriormente serían procesados o tratados computacionalmente y a partir de los cuales una persona sería identificable. Señala el artículo 2a) de la Directiva 95/46/CE que identificable es toda persona cuya identidad pueda determinarse directa o indirectamente, *en particular mediante un número de identificación* o uno o varios elementos específicos característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social. En consecuencia, estos "*datos identificativos originarios*", que son siempre de carácter personal y permiten identificar a una persona única, aún aisladamente considerados son objeto de tutela legal, salvo por cierto, que sean ambiguos y no referenciados a nadie como "*nacionalidad chilena*", "*militancia en x partido*", "*determinado credo religioso*"; etcétera.

Para terminar: RUN y RUT no son datos sensibles o personales de especial naturaleza, por cuanto en conformidad a la definición de la letra g) del mismo artículo 2°, los indicadores RUN y RUT no se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, "*tales como*" -son sólo ejemplos los que da el legislador- los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual.

##### 5. Competencias de los servicios públicos en el contexto de la ley 19.628.

Su señalamiento es especialmente importante para las funciones y resoluciones del Consejo de Transparencia, porque el artículo 33 letra m de la ley 20.285 establece que

<sup>4</sup> Más arriba consignamos que este código identificativo en el hecho suele usarse o asociado a los nombres y apellidos de la persona natural registrada bajo él, o en forma independiente de los nombres; que en materia de sistemas informáticos basta el uso del RUN para asociar y cruzar en torno a él otros antecedentes o datos personales, y que al hacerlo siempre se entenderá y se sabrá que se alude a una persona determinada, identificada e identificable; y que lo mismo vale para el denominado "RUT", que analizamos más abajo.

este órgano debe velar por el cumplimiento de la ley 19.628 al interior de la Administración del Estado, lo que, por aplicación de un *Decreto Supremo N°100*, se extiende incluso a la definición de las políticas de privacidad de los sitios WEB de los servicios públicos.

(i) *Sólo pueden procesar todo tipo de datos personales de los ciudadanos y de sus funcionarios, como ocurre con los ahora referidos RUN y RUT considerados en forma aislada o relacionados con otros antecedentes, actuando dentro de su competencia de Derecho Público y para fines de servicio público (artículo 20); tal es el caso, por ejemplo, del servicio de verificación de vigencia de RUT que realiza por Internet el SII para velar por el orden público económico en materia tributaria, para proteger la fe pública y evitar la existencia de facturas falsas.*

(ii) Los servicios públicos sólo pueden procesar, tratar, comunicar o publicar los datos RUN y RUT porque una ley los faculta expresamente, o porque, no habiendo autorización legal, previamente obtienen autorización expresa y fundada para ser entregados asociados al nombre del ciudadano -o del funcionario público que trabaja en ellos-, titulares y propietarios<sup>5</sup> de los datos personales o nominativos (artículo 4°);

(iii) Los servicios públicos deben necesariamente procesar los datos personales cumpliendo con la finalidad tenida en vista y declarada al momento de su recopilación o recogida (artículo 9°<sup>6</sup>), lo que es un principio esencial en materia de protección de datos personales desde fines de la década de los 70; *así por ejemplo, los hospitales públicos no pueden usar los datos personales de sus pacientes para afiliarlos a un partido político o a un movimiento anti VIH; el MINVU no puede usar los datos de los beneficiarios de subsidios de vivienda para ofrecerles seguros de vida en conjunto con una empresa particular; y el Mideplán no puede usar datos de becarios de la Fundación Chile para en conjunto con una línea aérea ofrecerles pasajes rebajados.*

(iv) El procesamiento de datos personales genera la necesidad de cumplir con la obligación de secreto para los responsables de las bases de datos que expresamente establece la ley (artículo 7°), y que de ser vulnerado por el responsable configura el delito informático del artículo 4° de la ley 19.223; salvo, que la base de datos no sea de acceso restringido, reservado o secreto y pueda por ende legalmente calificarse como "*accesible al público*"; y,

(v) Los servicios públicos sólo deben atender las peticiones de habeas data o derecho de acceso para controlar y autodeterminar los datos personales cuando sean realizadas por los propios titulares individualizados y por el sólo hecho de serlo -sin necesidad de acreditar o manifestar interés legítimo pero sin que puedan entorpecer la gestión de la Administración del Estado- (artículo 12°<sup>7</sup> y 15°<sup>8</sup>), salvo que provengan de fuentes accesibles al público.

---

<sup>5</sup> Si los ciudadanos son los propietarios de sus datos, los servicios públicos son meros poseedores o tenedores de ellos sujetos a la responsabilidad de los artículos 11 y 23 de la ley 19.628.

<sup>6</sup> Artículo 9°. *Los datos personales deben utilizarse sólo para los fines para los cuales hubieren sido recolectados, salvo que provengan o se hayan recolectado de fuentes accesibles al público. En todo caso, la información debe ser exacta, actualizada y responder con veracidad a la situación real del titular de los datos.*

<sup>7</sup> Artículo 12. *Toda persona tiene derecho a exigir a quien sea responsable de un banco que se dedique en forma pública o privada al tratamiento de datos personales, información sobre los datos relativos a su persona, su procedencia y destinatario, el propósito del almacenamiento y la individualización de las personas u organismos a los cuales sus datos son transmitidos regularmente. En caso de que los datos personales sean*

(vi) Los *RUT de los funcionarios públicos* que obren en poder de los respectivos servicios donde se desempeñan se obtiene de manera directa, no sólo por la mera voluntad o consentimiento del empleado público que postula al cargo -lo que puede entenderse como una autorización derivada del haber postulado a ser contratado y que se refiere sólo al la posibilidad de que se registren los antecedentes nominativos-, sino además por una exigencia legal del Estatuto Administrativo que obliga a su entrega y registro al momento de ser contratados. Así considerado, cabe concluir que los órganos de la Administración no acceden a los RUT y a los restantes antecedentes identificativos desde fuentes de datos personales accesibles al público, en el sentido de aquellas a que alude el artículo 2° de la ley 19.628.

Por cierto que los antecedentes sobre el funcionario, por ejemplos penales o de aquellos que son mencionados en el certificado que al efecto entrega el SRC, pueden ser verificados u obtenidos desde otros servicios públicos o desde otras fuentes de información. De ser así, no podría entenderse que por estar disponibles en la sociedad para su consulta se deriva que un servicio público puede procesarlos, cruzarlos u operar con ellos a su discrecionalidad; obsta a este criterio la institucionalidad jurídica de protección de datos que exige una finalidad de orden y de servicio público para el actuar de los órganos del Estado.

(vii) Por el hecho de ser contratados los funcionarios y estar disponibles sus RUT (y otros datos personales) en los sistemas o bases de datos del servicio, ellos no se transforman en parte de fuentes de datos personales de acceso público ni pasan a ser de propiedad del órgano, quien sólo es un mero poseedor. Ergo, si su comunicación o cesión a terceros particulares que lo requieran no ha sido expresamente permitida o establecida como de su competencia por normas del Derecho Público Constitucional o Administrativo, y se aparta de los fines que motivaron su recogida, recopilación y registro, se requeriría autorización expresa del funcionario para comunicar o ceder el RUT asociado a su calidad de funcionario (esto, aplicando la regla general de los artículos 4° y 20° de la ley 19.628)<sup>10</sup>.

Como ya anticipamos y como veremos a propósito de los datos personales "*calificaciones de los funcionarios*", entendemos que al tenor de los artículos 5°, 7°, 21 N°2 y 33 letra m) de la ley 20.285, de la ley 19.628 y del artículo 19 N°4 de la CPE, debe concluirse que *por*

---

*erróneos, inexactos, equívocos o incompletos, y así se acredite, tendrá derecho a que se modifiquen. Sin perjuicio de las excepciones legales, podrá, además, exigir que se eliminen, en caso de que su almacenamiento carezca de fundamento legal o cuando estuvieren caducos.*

<sup>8</sup> Artículo 15. No obstante lo dispuesto en este Título, no podrá solicitarse información, modificación, cancelación o bloqueo de datos personales cuando ello impida o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones fiscalizadoras del organismo público requerido, o afecte la reserva o secreto establecidos en disposiciones legales o reglamentarias, la seguridad de la Nación o el interés nacional. Tampoco podrá pedirse la modificación, cancelación o bloqueo de datos personales almacenados por mandato legal, fuera de los casos contemplados en la ley respectiva.

<sup>9</sup> El artículo 20 dispone que *el tratamiento de datos personales por parte de un organismo público sólo podrá efectuarse respecto de las materias de su competencia y con sujeción a las reglas precedentes. En esas condiciones, no necesitará el consentimiento del titular.*

<sup>10</sup> Cuestión diversa será cuando el requerimiento de los RUT lo realice otro servicio público, ante lo cual y en conformidad al artículo 5° de la LBGAE debe considerarse la viabilidad de colaborar con él y entregar los RUT, o cuando se entregue en virtud de un convenio de intercambio que persiga fines de servicio público o de mejor funcionamiento de la Administración del Estado.

sobre el derecho de acceso ejercido por un peticionario particular de la ley 20.285 prima el de la protección de los datos personales de los funcionarios, quienes no pierden ni ven esencialmente disminuidos sus derechos fundamentales ni pierden a este respecto un ámbito de esfera privada por el sólo hecho de ser empleados de la Administración del Estado.

6. Acerca de la importancia del concepto "fuentes accesibles al público" o fuentes públicas de información personal o nominativa, no restringidas ni reservadas a un solicitante.

El concepto legal a esta fecha, en la ley 19.628, es el siguiente: "*i) Fuentes accesibles al público, los registros o recopilaciones de datos personales, públicos o privados, de acceso no restringido o reservado a los solicitantes*". Por sus deficiencias, ambigüedades y posibles inconstitucionalidades, existe un proyecto en trámite que apunta a reemplazarlo y asignarle el debido alcance y naturaleza al concepto<sup>11</sup>.

Parafraseando: fuentes -de datos personales o nominativos- accesibles al público, serán todas aquellas que no sean de acceso restringido o reservado; fuentes no accesibles al público, serán todas aquellas que sean de acceso restringido, secreto o reservado. A modo de ejemplo, las bases de datos personales del SII o del SRC no deben ser consideradas legalmente como "fuentes accesibles al público" o fuentes públicas de información, y por ende, son por regla general de acceso restringido o reservado, e incluso secreto tratándose las rentas de los contribuyentes, salvo, respecto de los antecedentes personales que pueden obtenerse por la vía de los certificados y porque la ley los obliga a entregarlos a los ciudadanos y a los contribuyentes.

En todas las leyes de protección de datos del Derecho Comparado, el concepto es claro, y alude a fuentes, bases o bancos de datos que por su naturaleza son accesibles al público o públicas, como los diarios oficiales, los listados telefónicos, los medios de prensa, los registros de los Conservadores de Bienes Raíces, etcétera. En Chile no es así, y la definición puede interpretarse *a contrario sensu*, pero con un alcance distinto según se trate de (i) bases de datos de los particulares o del sector privado, o (ii) bancos de datos mantenidos por los servicios u órganos del sector público.

(i) Para los primeros, bastará determinar cuáles admiten ser consideradas legalmente en Chile como bases de datos de acceso no restringido, reservado o secreto. Si tenemos presente que los únicos casos "*legales*" de secreto o reserva son el secreto bancario, el secreto tributario, el secreto estadístico, el secreto profesional y el secreto de filiación política, puede considerarse que todas las restantes fuentes o bases de datos personales serán de acceso público o no restringido o reservado, aplicando el principio de que en Derecho Privado puede hacerse todo aquello que no esté expresamente prohibido.

---

<sup>11</sup> El artículo, una vez modificado en la forma propuesta, quedaría con el siguiente tenor: i) Fuentes accesibles al público, los registros o recopilaciones de datos personales, públicos o privados, cuyo acceso no se haya restringido o reservado sólo a los titulares e interesados en los datos personales que contiene, y que no hayan sido calificados como reservados o secretos en la normativa específica que les rija, tales como, (i) la estadística de los censos; (ii) los listados telefónicos en los términos previstos por su normativa específica; (iii) las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales que voluntariamente se hayan incorporado, consintiendo en el tratamiento público de sus datos, y que contengan únicamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, grado académico, domicilio o residencia e indicación de su pertenencia al grupo; (iv) los diarios y boletines oficiales; y (v) los medios de comunicación social. El responsable del banco de datos deberá arbitrar las medidas necesarias para la correcta identificación por los titulares de datos, de la condición de fuente accesible al público.

(ii) Para los segundos, esto es, para que las bases de datos nominativos de los servicios públicos con RUN y RUT (o por cierto, con otros datos personales o nominativos) fueran calificables como fuentes accesibles al público y su acceso no considerado restringido o reservado, no puede depender sólo de que no exista una norma legal expresa que establezca la restricción o la reserva al acceso.

Junto con no existir una prohibición expresa de procesar, "*tratar*"<sup>12</sup>, *ceder o comunicar* computacionalmente los datos personales, copulativamente debería existir una norma de Derecho Público que también expresamente y con una concreta finalidad de servicio público permitiera realizar la comunicación, cesión o publicación ante terceros, es decir, que habilitara al órgano del Estado para ser proveedor de antecedentes nominativos.

Esto está, por ejemplo -y sin realizar un juicio de valor al respecto-: (i) expresamente permitido al SRC, que puede comercializar certificados referidos al estado civil de los ciudadanos como una de sus competencias esenciales de servicio público; (ii) la ley obliga a los municipios a exhibir públicamente el avalúo de los predios y bienes raíces; y, (v) está expresamente permitido que el SII verifique, a requerimiento de un ciudadano, la pertenencia del RUT a un contribuyente que ha emitido una factura, que podría no ser verdadera (falsa) o emitida usando un RUT falso o errado.

### **III. Aplicación concreta de los criterios anteriores al caso del recurso de amparo interpuesto contra el MINVU y FONASA, en el contexto de la ley 20.285 y para acceder al dato personal "*calificaciones de los funcionarios públicos*".**

#### 1. Planteamiento del tema.

Este razonamiento jurídico no es de modo alguno fácil. Como señala un documento de la Red Iberoamericana de protección de datos personales del año 2005<sup>13</sup>, junto a un supuesto consenso generalizado en apoyo a la protección de los datos personales de los empleados públicos, en la medida que ello no impida sus rendiciones de cuentas administrativas, hay quienes consideran que un funcionario público debe renunciar a su derecho a la privacidad en *pro* de la transparencia aún cuando no se trate de datos personales inherentes al cargo que desempeña.

Este segundo criterio no sería a nuestro parecer aplicable a Chile, al tenor de los artículos 5°, 7°, 21 N°2 y 33 letra m) de la ley 20.285, de la ley 19.628 y del artículo 19 N°4 de la CPE. Un funcionario público chileno, por el hecho de desempeñarse en la Administración Pública, no puede entenderse que pierde o que ve esencialmente disminuidos sus derechos fundamentales, y toda restricción o limitación legal deberá cuidar de no entorpecer

---

<sup>12</sup> La ley define también lo que es el "*tratamiento de datos personales*" en la letra o) del artículo 2°, para afirmar que consiste en *cualquier operación o complejo de operaciones o procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permitan recolectar, almacenar, grabar, organizar, elaborar, seleccionar, extraer, confrontar, interconectar, disociar, comunicar, ceder, transferir, transmitir o cancelar datos de carácter personal, o utilizarlos en cualquier otra forma.*

<sup>13</sup> Véase la URL

[https://www.agpd.es/portalweb/internacional/red\\_iberamericana/encuentros/IV\\_Encuentro/common/pdfs/MexicoAccesodefinitivo.pdf](https://www.agpd.es/portalweb/internacional/red_iberamericana/encuentros/IV_Encuentro/common/pdfs/MexicoAccesodefinitivo.pdf)

esencialmente el ejercicio de su derecho a la privacidad y de su derecho a la protección de sus datos personales (Artículo 19 N°26 de la CPE).

2. No es esencial al análisis considerar la petición de los números de RUT de los funcionarios públicos, sino que debe tenerse presente que ello se hace en asociación con sus calificaciones administrativas.

La solicitud de acceso podría hacerse pidiéndose la asociación de las calificaciones a los nombres y apellidos de los funcionarios, pero precisamente, se hace en relación al elemento indexador RUT porque es mucho más preciso y exacto, y porque luego puede ser asociado, fidelizado, relacionado y procesado computacionalmente con otros antecedentes disponibles en otras bases de datos. Dicho de otra forma, pueden existir dos personas llamadas "Rosa Gomez Perez" pero nunca existirán dos números de RUT similares, con lo cual la base de datos se implementará "sin ruidos" o sin que sobren datos y "sin silencios" o sin que ellos falten.

Si nos ponemos en la hipótesis de no entregar la información solicitada asociándola a un RUT, nos desplazaríamos al ámbito de la información estadística. Y acá, al ser data personal pero innominada o desagregada, no tiene aplicación alguna la institucionalidad jurídica de la protección de datos personales o de la ley 19.628.

3. Las bases de datos con las calificaciones de los funcionarios públicos no pueden ser consideradas como accesibles al público, al tenor de la ley 19.628, sino como de acceso reservado.

Nos remitimos a lo desarrollado en el numeral 6 del acápite anterior.

4. Razonamiento jurídico para considerar la necesidad de rechazarse el amparo y no acceder a la entrega de la información solicitada.

a) Supuesto o hipótesis de análisis: ...al MINVU y a FONASA se le han solicitado en sede de la ley 20.285 datos personales o nominativos "de los funcionarios públicos" que trabajan en los servicios, relacionados con sus calificaciones de desempeño profesional.

Concretamente, se solicitan en forma masiva y nominada o identificada a un funcionario determinado las calificaciones de todo el personal y ex-funcionarios del MINVU y FONASA desde el 2003 al 2008, en formato Excel, conteniendo en cada columna el RUT, tipo de contrato, el estamento, sexo, puntaje, lista de calificación, y el año. Además, se solicita incluir la tabla de calificaciones y los rangos de inicio y término de cada lista de calificación.

*Los mencionados son datos generados por una entidad pública en el ejercicio de sus competencias, que no se solicitan en forma innominada o estadística.* Si así hubiera sido, o se resolviera que procede su entrega de manera que no sea factible identificar al funcionario calificado, se termina el problema de resguardar esfera privada alguna de un funcionario público. Si se hubiera solicitado la información anterior no asociada con el RUT o con los nombres y apellidos de los funcionarios, no habría problema alguno en transparentar -por ejemplo- que "x cantidad" de funcionarios fue calificada en Lista 1, otro tanto en Lista 2, y sólo "x" en Lista 3.

No se le han solicitado datos relacionados "*con los ciudadanos*" adscritos a su gestión y competencia.

Respecto a un funcionario público puede interesar conocer antecedentes, por ejemplo, sobre sus remuneraciones, la modalidad de contratación, sus licencias, enfermedades o su estado de salud, el hecho de ser o no discapacitado para determinar si se cumple con algún porcentaje mínimo obligatorio que la ley exija estén contratados en un servicio público<sup>14</sup>, sus calificaciones, sus declaraciones de impuestos, su situación patrimonial y sus declaraciones de patrimonio, sus antecedentes penales, si cumple con los requisitos "*de ingreso a la Administración Pública*", sus cualificaciones profesionales o curriculum vitae, sus fotos, sus nombres, el número de su teléfono celular y el nivel de gastos reflejados en la cuenta, sus relaciones familiares o la nómina de sus parientes que trabajan en el mismo servicio público, o incluso *-es un tema de moda-* el contenido de sus correos electrónicos funcionariales<sup>15</sup>.

La situación de algunos de estos datos personales ya está resuelta expresamente por normas de Derecho Público que presumen intereses legítimos en los solicitantes o el interés público involucrado. Por ejemplo, se publican remuneraciones y la modalidad en que está contratada *-planta, a contrata, a honorarios-* en sede de transparencia activa, los datos de salud son sensibles y reservados<sup>16</sup>, sus declaraciones de impuestos son secretas *-como las de todos los contribuyentes-*, algunas declaraciones de patrimonio son públicas y obligatorias de realizarse, y debe acreditarse públicamente el cumplir con los requisitos de ingreso que establece el Estatuto Administrativo.

Si no hay norma expresa sobre "*las calificaciones*", y si son datos personales no disponibles en fuentes públicas, *este análisis jurídico se inclina por su reserva y la improcedencia de ser revelados en sede de la ley 20.285.*

La conclusión sería diversa, en primer lugar, si nos trasladamos al ámbito de la información meramente estadística o innominada, y nada se pidiera al MINVU y a FONASA atribuido o identificado con un funcionario determinado, sea por su RUT, sea por sus nombres y apellidos. Y la conclusión podría ser diversa, en segundo lugar, si con la divulgación del dato personal "*calificación del funcionario*" se permitiera conocer el desempeño *-correcto o no-* de las tareas y responsabilidades asignadas únicamente a un funcionario y en un caso concreto o determinado, a cuyo respecto se acreditara un interés legítimo del solicitante.

b) Las referencias a cualquiera otra información de los artículos 5 inciso segundo y 10 inciso segundo de la ley 20.285 no puede ser extensiva a los datos personales o nominativos, ni *de los ciudadanos* ni *de los funcionarios públicos*, en caso de una solicitud en sede de transparencia pasiva. De acogerse una interpretación en sentido contrario, se violarían la ley 19.628 y el artículo 19 N°4 de la CPE.

<sup>14</sup> En Argentina, por ejemplo, en un Municipio debe emplearse al menos a un 4 % de discapacitados.

<sup>15</sup> Este es un tema que debiera ser objeto de otro análisis, y que ya hemos estudiado informalmente para el Ministerio Público a propósito del acceso a los servidores de correos del Ministerio del Interior.

<sup>16</sup> El artículo 10 de la ley 19.628 señala que no pueden ser objeto de tratamiento los datos sensibles, salvo cuando la ley lo autorice, exista consentimiento del titular o sean datos de salud necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares.

c) Las referencias en sede de transparencia activa y sin que medie una petición previa y expresa (artículo 7° de la ley 20.285) a las remuneraciones o sueldos "*de los funcionarios*" y a las nóminas "*de los ciudadanos beneficiarios de programas sociales*" -que son datos personales según la ley 19.628- deben ser consideradas excepcionales y de aplicación restrictiva.

El interés del legislador de la ley 20.285 por proteger los datos personales y la privacidad, en la búsqueda del equilibrio necesario, queda aún más claro en conformidad al inciso que en la letra i) del artículo 7° precisa que a propósito de la publicación de los beneficiarios sociales no se incluirán los datos sensibles, esto es, los datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen social, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual.

d) La causal de rechazo del artículo 21 número 2, al establecer las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información alude a derechos de las personas como su seguridad, su salud o la esfera de su vida privada, y por ende *debe ser considerada como la regla general tratándose de la eventual comunicación, publicación o conocimiento por terceros de datos personales*. Y resulta aplicable tanto "*a los ciudadanos*" como "*a los funcionarios públicos identificados en cuanto a su calificación administrativa*", porque la ley no distingue.

e) Punto de contacto esencial: ...al resolver una reclamación o solicitud de amparo de los artículos 8 (TA) o 24 (TP) de la ley 20.285, el Consejo debe tener presente que al mismo tiempo debe velar porque los servicios públicos cumplan con o apliquen la ley 19.628, porque así lo establece expresamente el artículo 33 letra m.

Y, por ende, al tenor del contexto de la ley 19.628, debe considerarse<sup>17</sup>:

(i) Las bases de datos personales del MINVU y de FONASA no son fuentes de acceso público o accesibles al público (artículo 2°) sino que son de acceso restringido o reservado a los solicitantes, salvo, por cierto, que la petición se haga por el propio titular, únicamente respecto de sus propios antecedentes, y ejerciendo el derecho de acceso o *habeas data* del artículo 12.

ii) los órganos las implementan y administran las bases de datos y procesan (o tratan) los datos personales "*de los funcionarios*" y "*de los ciudadanos*" porque leyes especiales como la 19.628 y sus leyes orgánicas los facultan -artículo 4°-, *sin que deban pedirle autorización previa, expresa y por escrito ni a los ciudadanos ni a los funcionarios*;

(iii) al hacerlo, como responsables de bases de datos no accesibles al público, rige para ellos la obligación de secreto del artículo 7°;

(iv) los órganos MINVU y FONASA deben usar esos datos sólo para los fines para los cuales fueron recolectados -artículo 9°-;

(v) los órganos MINVU y FONASA no pueden transmitir en forma electrónica los datos personales sobre calificaciones de los funcionarios existentes en sus bases, porque ello

<sup>17</sup> Véase lo argumentado en el numeral 5° del acápite anterior.



no guarda relación con sus fines y tareas de servicio público y porque no tienen expresamente asignada la competencia de Derecho Público para hacerlo -artículo 5°-;

(vi) los órganos MINVU y FONASA deben procesar o tratar los datos personales sólo respecto de materias de su competencia -artículo 20°-, y no existen normas de Derecho Público que les asignen competencia para ser proveedores de la información referida a sus funcionarios (salvo que se haga en forma innominada o estadística) o que, incluso, les permitan vender sus bases de datos, como si existen, como ya mencionamos, para el SERVEL y respecto de los datos de los ciudadanos;

(vii) la ley 20.285 no prima por especialidad, como para entender que ella los obliga a *entregar datos personales de funcionarios o de ciudadanos identificados nominativamente* a terceros diversos de los funcionarios o de los ciudadanos, sin que primero obtengan la autorización expresa, por escrito, fundada e informadamente que exige el artículo 4° de la ley 19.628<sup>18</sup>;

(viii) con un criterio interpretativo que no proteja "*las características morales*" involucradas dentro de los factores de calificación de los funcionarios (v.gr. interés por el trabajo realizado, liderazgo, capacidad para trabajar en equipo), podrían terminar entregándose las calificaciones y también los informes psicológicos a un peticionario que ni siquiera acredita un interés legítimo para solicitar esta información, con lo cual, se les podría estigmatizar ante terceros e influenciar o generarse eventualmente malas o erradas convicciones en los posible futuros empleadores del funcionario, discriminándose en su derecho de acceso al trabajo; y,

(ix) de no respetarse las normas anteriores, los órganos incurrirían en responsabilidades de Derecho Público en conformidad a los artículos 11 y 23, y eventualmente procedería la indemnización de perjuicios.

##### 5. Consideraciones finales.

a) Cabe concluir que las bases de datos del MINVU y de FONASA no son fuentes públicas de información nominativa o datos personales, y que existe por ende obligación de secreto en conformidad al artículo 7° de la ley 19.628;

b) Debe considerarse que la publicidad de las remuneraciones en el artículo 7° de la ley 20.285 es excepcional;

c) Debe tenerse presente que de permitirse el acceso a las calificaciones funcionarias se estaría desconociendo una ley que prima por especialidad y que el Consejo debe hacer cumplir y respetar por los servicios públicos en conformidad al artículo 33 letra m de la ley 20.285;

d) Debe tenerse presente que en la ley 19.628 el único legitimado activo para ejercer el habeas data del artículo 12 y acceder a los datos personales o nominativos "*calificaciones*

---

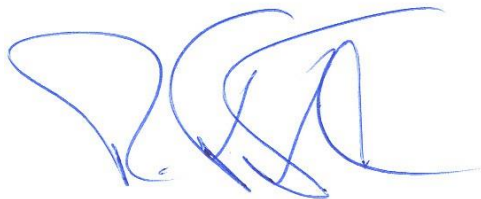
<sup>18</sup> Señala el Artículo 4° que *el tratamiento de los datos personales sólo puede efectuarse cuando esta ley u otras disposiciones legales lo autoricen o el titular consienta expresamente en ello. La persona que autoriza debe ser debidamente informada respecto del propósito del almacenamiento de sus datos personales y su posible comunicación al público. La autorización debe constar por escrito.*

de los funcionarios" es el propio titular de los datos (que es el individualizado o identificado);

e) Debe considerarse que al no existir norma legal expresa que permita la publicidad sería improcedente en derecho que el Consejo excluyera los datos sobre calificaciones de la esfera privada de un funcionario y obligara al MINVU y a FONASA a entregar, comunicar, publicar o dar a conocer a terceros extraños al titular el detalle de las calificaciones y no el simple hecho objetivo de -por ejemplo- "*haberse aprobado el proceso calificadorio en una fecha determinada*" o "*no haberse presentado a rendir los exámenes*"<sup>19</sup>;

f) Debe entenderse que, si bien por regla general en materia del acceso de la ley 20.285 a esta fecha el Consejo no ha exigido interés legítimo para los peticionarios, si debe concurrir un interés legítimo y público acreditado y demostrado para una petición administrativa general y no referida a un caso concreto en que se cuestione el desempeño de un funcionario determinado (porque el recurrente de amparo no lo ha invocado así), cuando se refiere a datos personales de los funcionarios y considerando supletoriamente los artículos 1° inc. 1ro, 18° inc. 1ro y 21 N° 1 de la ley 19.880 para integrar las disposiciones de la ley 19.628.

g) No afecta a las conclusiones anteriores el que según el Estatuto Administrativo las calificaciones son información elaborada con presupuesto público, que se trata de una materia propia de la competencia de todo servicio público, y que existe la obligación de cumplir con la calificación. Esto abona el principio general del artículo 20 de la ley 19.628, que establece que un servicio puede procesar o tratar datos de las personas cuando caiga bajo su competencia privativa de Derecho Público -misma que ahora determina el Estatuto Administrativo-, pero no se puede concluir que la existencia de esta carga u obligación habilita para que posteriormente el servicio pueda comunicar los resultados a terceros carentes de interés legítimo, que las actas de calificación estarían en bases de datos públicas, que las calificaciones no son parte de la esfera privada de un funcionario, y que los artículo 5° y 10° de la ley 20.285 así lo permiten expresamente.



**Renato Jijena Leiva**  
**Abogado**  
**Profesor de Derecho Informático PUCV**  
**[www.jijena.com](http://www.jijena.com)**

---

<sup>19</sup> Esta opción de publicidad aparecería como un punto intermedio, donde no se comunicarían las calificaciones propiamente tales, el puntaje ni el lugar en que el funcionario quedó entre los evaluados.

