



UNIVERSIDAD
Finis Terrae

UNIVERSIDAD FINIS TERRAE

FACULTAD DE DERECHO

MAGISTER EN DERECHO PÚBLICO: TRANSPARENCIA, REGULACIONES Y
CONTROL

EL ABUSO EN EL EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN Y LA TEORÍA DE LA ESFERA DE CONTROL

HUGO VICENTE GUTIÉRREZ CORVALÁN

Tesina presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, para
optar al grado de Magister en Derecho Público: Transparencia, Regulaciones y
Control

Profesor Guía: Enrique Navarro Beltrán

Santiago, Chile

2019

AUTOR: Hugo Vicente Gutiérrez Corvalán

CORREO ELECTRÓNICO: hvgutierrez.abogado@gmail.com

RESÚMEN:

El presente artículo busca hacer presente las limitaciones que presenta la Ley N° 20.285 a los Entes Públicos, ante un ejercicio abusivo del Derecho de Acceso a la Información, limitaciones que no alcanzan a verse mitigadas por las causales de secreto o reserva que la ley contempla, en especial aquella que dice relación con el resguardo, o no afectación del debido cumplimiento de las funciones del Órgano requerido (artículo 20 N° 1), dado que su configuración depende de antecedentes de hecho que son evaluados por el Consejo para la Transparencia, sin ulterior recurso, a diferencia de las otras causales de secreto o reserva consagradas. A ello se suma la gran cantidad de solicitudes de acceso a la información deducida en breves plazos de tiempo por una misma persona, lo cual lleva a desvirtuar el espíritu del legislador, cual fue el control de la ciudadanía sobre el quehacer de la Administración. Dicha falencia se ve acrecentada por la llamada teoría de la esfera de control, en virtud de la cual, es pública la información que no solo se encuentra bajo la tenencia material del Órgano Público, sino que también aquella que se encuentra en manos de privados, a la cual éste puede acceder en función de facultades de fiscalización o de supervisión, no obstante lo cual no siempre se haya premunido de facultades coercitivas para exigir su entrega, sujetando a la Autoridad y funcionarios indefectiblemente al régimen de responsabilidad establecido por la norma.

PALABRAS CLAVE

- a) Ley N° 20.285: Ley sobre Acceso a la Información Pública.
- b) Consejo para la Transparencia: Corporación autónoma de derecho público, con patrimonio propio, creada en el artículo 31 de la Ley N° 20.285, cuyo objeto es 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.
- c) Causales de Secreto o Reserva: Aquellas consagradas en el artículo 21 de la Ley N° 20.285, que facultan al Ente Público para denegar y mantener el secreto o reserva de la información pública, por concurrir las hipótesis consignadas en alguno, o algunos de los 5 numerales contenidos en dicho artículo.
- d) Solicitud de Acceso a la Información: Petición de carácter ciudadano, por el cual se solicita a un determinado Ente Público, información de su competencia.
- e) Entes Públicos, Órganos Públicos u Órganos de la Administración del Estado: Aquellos consignados en el artículo 1°, N° 5, de la Ley N° 20.285.¹

¹ El artículo 1° N° 5, de la Ley N° 20.285, consigna: “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

INTRODUCCIÓN

El derecho de acceso a la información pública, reconocido indirectamente en el artículo 19 N° 12, de la Constitución Política de la República, viene a establecerse como una importante herramienta de la ciudadanía para conocer el quehacer de la Administración, cómo esta cumple sus objetivos, cómo administra su presupuesto, cómo se llevan a efecto práctico las grandes decisiones de sus autoridades. Este derecho es ejercido diariamente por cada vez más personas, quienes acceden a la información pública dispuesta por los Órganos de la Administración del Estado en sus portales electrónicos, en cumplimiento de la normativa sobre transparencia activa, o bien, formulando directamente requerimientos respecto de la misma a los Órganos Públicos (transparencia pasiva), quienes deberán satisfacer la pretensión formulada dentro de los plazos legales, a menos de que concurra una causal de secreto o reserva legal.

Sin embargo, en el ámbito de la transparencia pasiva, el empoderamiento del ciudadano de su derecho a acceder a la información pública formulando directamente solicitudes a los Órganos Públicos, se traduce en una gran cantidad de solicitudes deducidas a éstos, los cuales en atención a la disparidad propia de los Servicios Públicos, en cuanto a medios humanos y logísticos, experimentan serios problemas para satisfacer oportunamente las solicitudes formuladas, teniendo en cuenta que estas muchas veces requieren la entrega de la información desglosada bajo distintos parámetros y formatos. A ello, se agrega la circunstancia de múltiples solicitudes de acceso a la información deducidas por una misma persona, tanto con fines académicos, como puede ser el elaborar una tesis o un trabajo universitario, pero también presentaciones reiteradas por personas respecto de quienes no puede advertirse la utilidad o provecho en la obtención de tal información.

Bajo este escenario surge la interrogante de ¿Hasta dónde resulta razonable el ejercicio del derecho de acceso a la información pública?

Esta pregunta intentará ser abordada y respondida, viendo los límites que puede tener el derecho de acceso a la información, teniendo en cuenta que los derechos deben ser ejercidos de manera razonable, ponderando si la causal de secreto o reserva legal establecida en el artículo 21 N° 1, letra c), relativo a la distracción de funciones resulta ser una herramienta efectiva para el Órgano o Servicio para repeler determinadas solicitudes de acceso a la información, que dada su envergadura resulten inabarcables, teniendo en cuenta su capacidad en recursos técnicos y humanos, para responder en los plazos legales. Así también debe apreciarse, si el órgano público se encuentra en condiciones de satisfacer competentemente solicitudes de acceso a la información, teniendo en cuenta que no solo es pública la información que obre en poder material de la Administración,

en el D.F.L. N° 1-19.653, de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.” Consecuencialmente con ello, el ámbito de aplicación personal de la Ley N° 20.285 se extiende a los Ministerios, Intendencias, Gobernaciones, 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 Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, las Gobernaciones Regionales, Municipalidades y empresas públicas creadas por ley.

sino aquella que se encuentra en poder de terceros, a los que la Administración puede acceder, o debiera poder acceder. En este último aspecto, nos encontramos con la esfera de control, la cual constituye una teoría recogida por la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia, que en términos simples, consiste en que no solamente es pública la información que obra en poder material del Ente Público, sino que también aquella que no encontrándose bajo tal tenencia, puede ser obtenida y entregada de un tercero, en virtud de haber sido esta generada con recursos de origen público, que los Entes de la Administración transfieren a Entes Públicos o Privados, como es el caso de algún tipo de aporte o subvención. Bajo este escenario, y en atención al objeto del presente artículo, puede señalarse que si bien, tal publicidad es efectiva, no siempre la Administración se encuentra revestida de las potestades coercitivas para compeler a la entrega dentro de los plazos consignados por la normativa, ni en la forma en que el solicitante requiere le sea entregada la documentación. Lo anterior cobra relevancia si se tiene en cuenta que muchas veces la Administración no cuenta con los recursos humanos necesarios para recabar la información del tercero, ya sea público o privado, no cuenta con la tecnología adecuada para procesar la información si esta es entregada y finalmente ponerla a disposición del solicitante de manera oportuna, sin grave afectación de sus funciones propias.

Teniendo en cuenta que la Ley de Transparencia consagra un régimen de responsabilidad, ante el incumplimiento, el que afecta al Jefe Superior del Órgano o Servicio, quien puede ser sometido eventualmente a una investigación sumaria o sumario administrativo y ser sancionado, a pesar de que el incumplimiento muchas veces se produce por una incapacidad práctica de recabar en tiempo y forma la información, por motivos que son ajenos a la voluntad de la Administración, se genera la interrogante de si es posible satisfacer el deber de publicidad por vías diversas a la Transparencia Pasiva y el procedimiento de acceso a la información que le es propio, o bien, si resulta posible limitar de alguna manera el derecho de acceso a la información cuando este se torna abusivo ante solicitudes recurrentes, peticiones de información en cantidades exorbitantes, que hacen difícil suponer que detrás de la solicitud se encuentre un deseo genuino de acceder a información pública con una finalidad útil. Debe tenerse en cuenta que, si bien la Ley de Transparencia consagra en su artículo 21 N° 1, letra c), la causal de secreto o reserva basada en la distracción de funciones, tal causal queda sujeta a acreditar las circunstancias fácticas que la justifican, cargo que pesa sobre el Ente de la Administración, y a la calificación de éstas por parte del Consejo para la Transparencia, sin ulterior recurso.

Entonces, bajo el escenario de una solicitud de acceso a la información, respecto de antecedentes que no obran en poder material del Órgano Público, sino que de un tercero, pero que de acuerdo a la teoría de la esfera de control, el ente de la Administración debiera acceder, careciendo de facultades coercitivas para ello, nos encontramos ante el contrasentido de que existe información pública que el Órgano Público posee tan solo jurídicamente, es decir, es información de carácter público, con título de pública, pero respecto de la cual hay imposibilidad práctica de darle publicidad ante una solicitud de acceso a la información, por lo que el derecho de acceso a la información se torna ilusorio

para el solicitante, imposible de materializar para el Ente Público que carece de potestades para acceder a la información, sin perjuicio de lo cual jurídicamente se entiende que la información está en su poder, y encontrándose el Jefe Superior de Servicio sujeto al régimen de responsabilidad de la Ley.

EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN: UNA PRERROGATIVA DE COMPLEJO CUMPLIMIENTO.

¿Qué tan efectivo es el Derecho de Acceso a la Información Pública?; ¿Existe o puede existir un ejercicio abusivo del mismo?; ¿La llamada Teoría de la Esfera de Control, constituye un razonamiento que sea eficaz en términos prácticos, ante la imposibilidad práctica del Órgano Público de acceder a la información que se encuentra en poder de terceros, respecto de los cuales carece de facultades para compeler a su entrega?

ABORDAJE DE LA REFERIDA INTERROGANTE.

Se intentará responder a esas preguntas sobre la base del examen de la jurisprudencia emanada del Consejo para la Transparencia, bajo el entendido que el presente trabajo se relaciona con el ejercicio práctico del derecho de acceso a la información por parte del ciudadano y el razonamiento y posterior decisión del caso por parte del Consejo para la Transparencia. Para ello, se examinará estadística en materia de solicitudes de acceso a la información, el razonamiento del Consejo para la Transparencia en la citada jurisprudencia, opiniones de la doctrina y conclusiones de carácter personal.

JUSTIFICACIÓN DEL TRABAJO

Este trabajo pretende evidenciar que, si bien el derecho de acceso a la información constituye una prerrogativa, en ciertos casos su ejercicio se desnaturaliza por un empleo abusivo de ciudadanos, quienes a partir de múltiples solicitudes provocan una distracción indebida de las funciones del Órgano, pero sin que la causal de secreto o reserva legal contenida en el artículo 21 N°1, letra c), de la Ley N° 20.285, resulte una herramienta eficaz para repeler tal cantidad de presentaciones. Asimismo, pretende exponer que, bajo ciertas circunstancias propias del Órgano Público, el Derecho de Acceso a la Información se hace complejo de materializar o llevar a la práctica, aún a pesar de la buena voluntad del Órgano y sus autoridades rectoras, ante la imposibilidad de acceder a la información, que encuentra en poder de terceros, respecto de quienes se carece de potestades para exigir y compeler a la entrega dentro de los plazos legales, o dicho de otra manera, el Ente Público tiene un título para pedir entrega de la información, pero carece de acción para obtener la entrega real.

IMPORTANCIA DEL TRABAJO

La Ley de Transparencia lleva casi 10 años de vigencia. En tal sentido, si bien la Ley ya no es nueva, la aplicación de la misma ha demostrado un gran dinamismo, atendida la

jurisprudencia que ha ido perfilándose por parte del Consejo para la Transparencia, en especial respecto a su interpretación de las causales de secreto o reserva legal, es decir, cómo estas se configuran, cómo deben ser probadas, subsistiendo un fuerte componente casuístico, atendida la diversidad existente en cuanto a las características de las Entidades Públicas a las que tal Ley resulta aplicable. De esta manera, la Ley de Transparencia se hace aplicable tanto a Municipios, como Ministerios, a Servicios del orden civil, como del orden militar. En tal sentido, no solo debe comprenderse la Ley y su normativa, sino las circunstancias particulares y casi siempre dispares de los Entes a los cuales esta se aplica y ello es algo que en parte pretende este trabajo.

BREVE DESCRIPCIÓN DE LA TESINA

El presente trabajo se encuentra dividido en dos partes, la primera alusiva al ejercicio abusivo del Derecho de Acceso a la Información, consagrado en el artículo 10º de la Ley Nº 20.285. Es decir, si es posible que la prerrogativa ciudadana de acceder a la información que obra en poder de la Administración del Estado sea desvirtuada en su ejercicio reiterado, importando ello que no se cumpla el objetivo de la ley, al punto de sobrepasar las capacidades de respuesta de los Órganos Públicos, exponiendo a sus autoridades y funcionarios al sistema disciplinario consagrado por la ley, sin que ello se apoye en el espíritu de la norma.

La segunda parte, está referida a la Teoría de la Esfera de Control, y a las dificultades prácticas que genera el cumplimiento de requerimientos ciudadano, respecto de información que se encuentra fuera del alcance material de la Administración, pero a la que se supone que ésta podría acceder, encontrándose en manos de terceros que no necesariamente son sujetos pasivos de la Ley de Transparencia, frente a lo cual la Administración no siempre se encuentra premunida de facultades suficientes para obtener la entrega, en la forma y plazos de la Ley Nº 20.285, con la consecuente imposibilidad de cumplimiento del requerimiento y la exposición de la Autoridad y funcionarios al régimen disciplinario correspondiente.

PROCEDIMIENTO APLICADO EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO

El procedimiento aplicado se basa en información obtenida del propio Consejo para la Transparencia, mediante solicitudes de acceso a información, aportando cifras estadísticas que comprueban la hipótesis del trabajo, además de la revisión de bibliografía de autores que han abordado el examen de la Ley de Transparencia y revisión de la jurisprudencia existente emanada del Consejo para la Transparencia, o bien, de los Tribunales de Justicia.

REVISIÓN BIBLIOGRÁFICA

Se estima que el avance de la doctrina, en cuanto a la creación de bibliografía específica sobre la Ley Nº 20.285, su evolución y alcances, no ha sido muy prolífica. En la búsqueda de la misma, se ha podido encontrar el tratamiento de la misma en obras de contenido mayor, como lo es el libro “Derecho Administrativo General”, del Profesor Jorge Bermúdez

Soto, que contempla su Capítulo XVI al Acceso a la Información Pública. En dicho texto, la Ley N° 20.285 recibe un tratamiento más bien somero, referido a la Transparencia Activa, la Transparencia Pasiva, las causales de secreto o reserva y el amparo del Derecho de Acceso a la Información. Otro trabajo sobre el tema es la obra “Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado”, de la Profesora Gladys Camacho Zepeda, la que contiene un desarrollo mayor, en base al examen de la ley, bajo la jurisprudencia dictada conforme a esta. Una tercera obra que pudo encontrarse es “Acto Administrativo e Información Pública”, del Profesor Vicente Aliaga Medina, el cual es un conjunto de monografías, en que bajo el análisis de la ley y su jurisprudencia, expone en sus conclusiones que el Consejo para la Transparencia ha sido diseñado para promover la transparencia en la función pública y garantizar el Derecho de Acceso a la Información, no obstante lo cual, siendo un órgano encargado de ponderar si cierta información es pública o reservada, se genera un problema en relación con el equilibrio en su ponderación, inclinándose hacia la publicidad.

Asimismo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por la vía de resolver diversos recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, ha ido modelando el alcance del Derecho de Acceso a la Información Pública, y la extensión de las prerrogativas con que se encuentra premunido el Consejo para la Transparencia.

Como puede verse, si bien la Ley de Transparencia ya tiene 10 años de existencia, la orgánica de la misma y sus disposiciones pueden ser aún objeto de críticas y merecedoras de estudio y revisión.

DESARROLLO

A fin de sondear en la medida de lo posible a realidad del impacto que producen en los Entes Públicos el ejercicio del Derecho de Acceso a la Información Pública, se dedujo en una primera oportunidad una solicitud de acceso a la información por quien suscribe, dirigida al Consejo para la Transparencia, signada con el folio CT001TOOO6767, pidiendo datos estadísticos relativos a solicitudes de acceso a la información recurrentes, formuladas por una misma persona a Instituciones Públicas, durante un periodo de tiempo que abarcó los años 2016, 2017 y lo que iba hasta el momento del año 2018. A mayor abundamiento, se solicitó específicamente que se informara lo siguiente:

- Las 10 Instituciones Públicas que reciben más solicitudes de acceso a la información en los periodos señalados.
- Número de solicitudes que reciben por cada año señalado.
- Número de amparos recibidos por cada año señalado.
- Cuántas solicitudes formuladas a cada Órgano Público en cada año señalado son presentadas por una misma persona

En respuesta a la solicitud formulada, el Consejo para la Transparencia entregó los siguientes datos:

Instituciones Públicas con mayor cantidad de solicitudes de acceso a la información, amparos recibidos y reclamos de ilegalidad:

2016	Solicitudes	Amparos	Reclamos
Subsecretaría de Educación (MINEDUC)	3.987	9	0
Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC)	3.031	10	2
Gendarmería de Chile	3.030	141	0
Subsecretaría de Transportes (MTT)	2.225	17	1
Dirección del Trabajo (DT)	2.091	29	1
Instituto de Previsión Social (IPS)	2.034	15	1
Servicio Nacional de Aduanas	1.798	36	3
Subsecretaría de Salud Pública (MINSAL)	1.689	29	0
Instituto Nacional de Estadísticas (INE)	1.654	10	0
Policía de Investigaciones (PDI)	1.638	37	1

2017	Solicitudes	Amparos	Reclamos
Subsecretaría de Bienes Nacionales	8.382	21	0
Dirección del Trabajo (DT)	4.334	30	0
Subsecretaría de Educación (MINEDUC)	4.044	25	0
Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC)	3.676	11	0
Gendarmería de Chile	2.674	76	0
Subsecretaría del Interior	2.631	34	1
Subsecretaría de Transportes (MTT)	2.471	32	1
Subsecretaría de Vivienda y Urbanismo (MINVU)	2.220	3	0
Instituto de Previsión Social (IPS)	1.980	11	1
Subsecretaría de Salud Pública (MINSAL)	1.847	79	0

2018	Solicitudes	Amparos	Reclamos
Subsecretaría de Bienes Nacionales	7.594	24	0
Dirección del Trabajo (DT)	3.382	24	1
Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC)	3.182	17	3
Dirección General de Aguas (DGA)	3.179	7	1
Gendarmería de Chile	2.368	45	3
Consejo para la Transparencia (CPLT)	2.048	10	8
Subsecretaría del Interior	1.996	154	4
Servicio de Registro Civil e Identificación	1.989	42	17
Subsecretaría de Transportes (MTT)	1.930	26	8
Subsecretaría de Vivienda y Urbanismo (MINVU)	1.857	5	1

De todas estas Instituciones consignadas, podemos tomar meramente a vía ejemplar a Gendarmería de Chile, Institución Pública que registra información durante los 3 años solicitados. Dicho Servicio durante el año 2016 recibió 3.030 solicitudes de acceso a la información, en 2017 recibió 2.674, y finalmente en el año 2018, hasta la respuesta a la solicitud del suscrito, recibió 2.368 solicitudes.

A continuación, siguiendo con el examen de las solicitudes de acceso a la información recibidas por Gendarmería de Chile, se expone un cuadro en el cual se identifican con un código señalado por el Consejo para la Transparencia mismo, las 10 personas que mayor cantidad de solicitudes de acceso a la información presentaron en las respectivas anualidades:

Año	Persona	Organismo	Solicitudes
2016	Persona 8863135E517B0DD3008F51B60E0C98EC83820	Gendarmería de Chile	164
2016	Persona B8F7ED2C43725892826FE308E16C44B625D18	Gendarmería de Chile	144
2016	Persona C2C92C2775178537203311D6AFDC219A443A4	Gendarmería de Chile	127
2016	Persona 45F99F19D62A2999857EAAFAA40F3FB9B5612	Gendarmería de Chile	111
2016	Persona 201C3310D5CF86FE3FE9AB4DAF24634FCA169	Gendarmería de Chile	110
2016	Persona F7D64D376803152F63E85E03FEB9ED750FE6C	Gendarmería de Chile	104
2016	Persona 89B40C4F2BDC23A8BE1018D90D6AA3D5C83D7	Gendarmería de Chile	100
2016	Persona B0A8E9E50EB3F1900A1538CC9DE2A12B92608	Gendarmería de Chile	100
2016	Persona 72F5939C1B4E6B650BA28465F9B2E8DFB0032	Gendarmería de Chile	91
2016	Persona C07AE558B7EF4EC0E19B0400B393E475B6EB8	Gendarmería de Chile	85
			1.136

Año	Persona	Organismo	Solicitudes
2017	Persona 190C2C92C2775178537203311D6AFDC	Gendarmería de Chile	294
2017	Persona 4C4D8C45D052D1A0FACD71A5053E082	Gendarmería de Chile	210
2017	Persona 39E33038DCCD3168A50B1ADBB0E1450	Gendarmería de Chile	144
2017	Persona 29472F5939C1B4E6B650BA28465F9B2	Gendarmería de Chile	122
2017	Persona EABF7D64D376803152F63E85E03FEB9	Gendarmería de Chile	113
2017	Persona 87A1CA8C7B4F5E8F203D59434F75A84	Gendarmería de Chile	88
2017	Persona AD4DC312A8439FB04E9A37D08C25B2D	Gendarmería de Chile	82
2017	Persona 05C024A2BE6988078C33D0DD15F8787	Gendarmería de Chile	47
2017	Persona 09B3A935E1DC91382DECC812C3D1E8B	Gendarmería de Chile	44
2017	Persona 7B27189A38F0A5F7F3EDCA4B1C9EFD2	Gendarmería de Chile	35
			1.179

Año	Persona	Organismo	Solicitudes
2018	Persona 190C2C92C2775178537203311D6A	Gendarmería de Chile	122
2018	Persona 05C024A2BE6988078C33D0DD15F8	Gendarmería de Chile	71
2018	Persona 09B3A935E1DC91382DECC812C3D1	Gendarmería de Chile	60
2018	Persona 4C4D8C45D052D1A0FACD71A5053E	Gendarmería de Chile	44
2018	Persona 797C9AB5240F30FEFF53546DB1A2	Gendarmería de Chile	43
2018	Persona EABF7D64D376803152F63E85E03F	Gendarmería de Chile	37
2018	Persona 4875EAA378B2713649991756E60F	Gendarmería de Chile	26
2018	Persona B228863135E517B0DD3008F51B60	Gendarmería de Chile	25
2018	Persona 8F620CA0DE0895294B2EA366E28D	Gendarmería de Chile	12

2018	Persona A2853B3DFC7EE1DC063945CCC095	Gendarmería de Chile	11
			451

Del análisis de los datos expuestos, se desprende que si tenemos en consideración que el año 2016 hubo 10 personas que en su conjunto dedujeron 1.136 solicitudes de acceso a la información a Gendarmería de Chile, ello representa el 37,4% de las solicitudes que dicho Ente Público recibió dicho año. Si en 2017, se formularon 2.674, ello conlleva que hubo 10 personas cuyas solicitudes representan el 31,5% de las presentaciones totales de dicho año y en 2018, las solicitudes que han sido presentadas por las 10 personas con mayor número de presentaciones, equivalen al 10,6%, del total recibido, cifra que es en todo caso una proyección, en atención a que la información entregada para esa esta anualidad es parcial.

De lo anterior, puede establecerse que unos pocos ciudadanos han prácticamente atiborrado de solicitudes a Gendarmería de Chile en los últimos 3 años. Ello implica que la Institución para la satisfacción de lo pedido, en atención al mandato legal debe proceder a un examen de las solicitudes recibidas, un estudio sobre la disponibilidad de la información pedida, la evaluación de las posibles causales de secreto o reserva a oponer y la redacción de la correspondiente respuesta, ya sea entregando la información o denegándola por causa legal

Examinemos las cifras de otra Institución Pública, con gran cantidad de solicitudes de acceso a la información, la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC):

Año	Persona	Organismo	Solicitudes
2016	Persona 43E2CDEA9844E80DC987A1F7C8F08761E7764	Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC)	33
2016	Persona 48F2E8D80DE69784F3D47CB0BA75366980539	Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC)	12
2016	Persona D1D4232DFFB832E864A6615C96F8F27B26C1D	Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC)	12
2016	Persona 2097B66C8624C5AE24B5BEC5D85DBF5F927D5	Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC)	10
2016	Persona D4D7D7EFB8B18B1A6A5D92A6AD8E78D8496C0	Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC)	10
2016	Persona 7321F78EC7DB741BF3FAD28BB7E52154646EF	Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC)	10
2016	Persona 6A1ECEA21B02D0CF74022F66E1F87268DE73E	Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC)	9
2016	Persona F8515AF7F3B5301BFDE4AA7BB16FA36FD64BA	Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC)	9
2016	Persona 74BE57F217EE99994B3BDE798DCCC29B9822B	Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC)	8
2016	Persona C73C7F925DF42B93916F8B802E6C7B2B28A35	Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC)	8
			121

año	Persona	Organismo	Solicitudes
2017	Persona 4787C0D19D9D1E8012D970CB7F76738	Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC)	41
2017	Persona F16CC83517A522E99CC4C11A2D99BBE	Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC)	33
2017	Persona 2B72E617B47924269C24ED997A548A6	Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC)	20
2017	Persona DA651DC26B697B9575D75F16A5961DA	Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC)	19
2017	Persona B8295B77F8521660B75099910408B7E	Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC)	18

2017	Persona 538DD963DE8E120A331071103811CB3	Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC)	17
2017	Persona 4D60E66BDA678D3A444AC3B08E6B06B	Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC)	15
2017	Persona FBC43E2CDEA9844E80DC987A1F7C8F0	Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC)	13
2017	Persona 2602097B66C8624C5AE24B5BEC5D85D	Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC)	10
2017	Persona 805DDBD6ADBACA28C26643258376D27	Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC)	10
			196

año	Persona	Organismo	Solicitudes
2018	Persona 74EF752A3A192E55CBF5A63927BE	Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC)	16
2018	Persona 2EEF499A32FA4FC60DFEA6AF717D	Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC)	14
2018	Persona 2B72E617B47924269C24ED997A54	Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC)	7
2018	Persona DB439E2272AD0D70A575E331AA49	Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC)	5
2018	Persona 09F9BFF1CB0655A0073805BFDA70	Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC)	5
2018	Persona B8295B77F8521660B75099910408	Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC)	4
2018	Persona 5BCF79D04CAE5468F66B269D73E0	Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC)	4
2018	Persona CE9C63AEA336BD2757E41F1AB8DC	Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC)	4
2018	Persona E7A0C4D215C06A5592A99578580F	Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC)	3
2018	Persona FB4439488F498C858AE5D7F37B99	Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC)	3
			65

Conforme a la información anterior, la SEC recibió en 2016 2.031 solicitudes de acceso a la información, en 2017 recibió 3.676 y en lo que va del 2018, recibió 3.183. Asimismo, respecto de cada año señalado, existen 10 personas que hicieron en su conjunto 121 (2016), 196 (2017) y 65 (2018) solicitudes de acceso a la información. Si bien las cifras descritas son ostensiblemente inferiores a las recibidas por Gendarmería de Chile, no deja de llamar la atención de que, en los primeros lugares de cada año expuesto, hay personas que formulan por sobre 15 requerimientos individualmente considerados. Lamentablemente, dados los datos aportados, estos tienen la limitante de que los códigos para identificar a los solicitantes son distintos entre sí, lo que no permite determinar si existe una misma persona (asociada a un código determinado) que año tras año, en una institución determinada o en más de una, efectúe múltiples solicitudes de acceso a la información, siendo por tanto un requirente habitual de la Institución o Instituciones. Si bien esta es una limitante que presenta el trabajo en exposición, la posibilidad señalada no puede ser descartada de plano.

La situación de múltiples solicitudes de acceso a la información, presentadas por unas pocas personas, también se produce en Instituciones Públicas con carácter local, como es el caso de Municipalidades y Corporaciones Municipales. A este respecto, debe tenerse en consideración que la Ley N° 20.285, entró a regir de manera uniforme, tanto respecto de grandes Servicios Públicos, como lo es en los casos precedentemente descritos, como en Instituciones de menor entidad y de distribución local, como son los Municipios y sus Corporaciones Municipales, en muchos casos con un número de funcionarios ostensiblemente menor, con menor capacitación en materia de transparencia, con menor

disponibilidad presupuestaria, entre otras limitaciones, lo que claramente representa una desventaja frente al trato igualitario que da la ley a todos los Servicios Públicos.

Para los efectos de esta parte del estudio relativa a Entes Públicos de gestión local, se dedujo la solicitud de acceso a la información folio CT001T007331, de 8 de diciembre de 2018, dirigida también al Consejo para la Transparencia, en términos similares a la solicitud anterior. De dicha solicitud se obtuvo la siguiente información, en cuanto al número de solicitudes de acceso a la información formuladas en los años 2016, 2017 y 2018, respecto de Corporaciones Municipales y Municipalidades:

Corporaciones Municipales:

Año	Organismo	Solicitudes	Amparos
2016	Corporación Municipal de La Florida	86	2
2016	Corporación Municipal de Cerro Navia	85	1
2016	Corporación Municipal de Valparaíso	71	2
2016	Corporación Municipal de Desarrollo Social de Ñuñoa	63	2
2016	Corporación Municipal de Desarrollo Social de Antofagasta	55	0
2016	Corporación Municipal de San Bernardo	51	0
2016	Corporación Municipal de Peñalolén (CORMUP)	50	0
2016	Corporación Municipal de Maipú (CODEDUC)	50	0
2016	Corporación Municipal de La Reina	49	1
2016	Corporación Municipal de Colina	45	1

Año	Organismo	Solicitudes	Amparos
2017	Corporación Municipal de Desarrollo Social de Calama	100	9
2017	Corporación Municipal de Puente Alto	95	1
2017	Corporación Municipal de Desarrollo Social de Antofagasta	83	4
2017	Corporación Municipal de La Florida	83	3
2017	Corporación Municipal de Cerro Navia	78	2
2017	Corporación Municipal de Colina	70	1
2017	Corporación Municipal de Valparaíso	69	8
2017	Corporación Municipal de Peñalolén (CORMUP)	64	0
2017	Corporación Municipal de Desarrollo Social de Ñuñoa	61	1
2017	Corporación Municipal de San Bernardo	59	0

Año	Organismo	Solicitudes	Amparos
2018	Corporación Municipal de La Florida	125	3
2018	Corporación Municipal de Renca	111	1
2018	Corporación Municipal de Maipú (CODEDUC)	100	3

2018	Corporación Municipal de Desarrollo Social de Antofagasta	93	4
2018	Corporación Municipal de Puente Alto	93	3
2018	Corporación Municipal de San Bernardo	85	2
2018	Corporación Municipal de Peñalolén (CORMUP)	77	0
2018	Corporación Municipal de Buin	73	2
2018	Corporación Municipal de Desarrollo Social de Ñuñoa	71	0
2018	Corporación Municipal de Colina	70	0

Municipalidades:

Año	organismo	solicitudes	Amparos
2016	Municipalidad de Santiago	1176	42
2016	Municipalidad de Providencia	949	16
2016	Municipalidad de Maipú	941	25
2016	Municipalidad de Las Condes	744	24
2016	Municipalidad de Concepción	718	19
2016	Municipalidad de Quilicura	594	22
2016	Municipalidad de La Florida	571	9
2016	Municipalidad de Ñuñoa	539	19
2016	Municipalidad de Recoleta	526	33
2016	Municipalidad de Pudahuel	515	2

Año	organismo	solicitudes	Amparos
2017	Municipalidad de Santiago	1255	29
2017	Municipalidad de Maipú	1152	33
2017	Municipalidad de Antofagasta	1111	13
2017	Municipalidad de Providencia	995	17
2017	Municipalidad de Las Condes	888	25
2017	Municipalidad de Valparaíso	657	8
2017	Municipalidad de Recoleta	630	13
2017	Municipalidad de Ñuñoa	592	16
2017	Municipalidad de Quilicura	582	21
2017	Municipalidad de El Tabo	543	0

Año	organismo	solicitudes	Amparos
2018	Municipalidad de Antofagasta	1590	25
2018	Municipalidad de Santiago	1458	40
2018	Municipalidad de Providencia	1230	17
2018	Municipalidad de Maipú	1224	41
2018	Municipalidad de Las Condes	1170	29
2018	Municipalidad de Recoleta	786	20

2018	Municipalidad de Valparaíso	687	28
2018	Municipalidad de Ñuñoa	658	20
2018	Municipalidad de La Florida	637	11
2018	Municipalidad de Quilicura	631	13

Para el caso de las Corporaciones Municipales y Municipios, la información proporcionada por el Consejo para la Transparencia, deja en evidencia de que son principalmente las entidades de la Región Metropolitana, las que concentran la mayor cantidad de solicitudes de acceso a la información, llamando la atención en el año 2017 la Corporación Municipal de Calama (Región de Antofagasta), con 100 solicitudes, en circunstancias de pertenecer a una ciudad pequeña. En cuanto a los Municipios, es la Municipalidad de Santiago la que ha recibido una mayor cantidad de solicitudes, contando 1176, durante 2016, 1255, durante 2017, y 1458, en lo que va del año 2018, lo cual revela un número creciente. Ahora bien, existe claramente una disparidad entre los Municipios de Calama y de Santiago, no obstante a que las obligaciones legales en materia de transparencia son idénticas para ambos.

Al igual que en el caso de los Servicios Públicos, las Municipalidades y Corporaciones Municipales han recibido solicitudes de acceso a la información en forma reiterada, de una misma persona:

Corporaciones Municipales:

Año	Organismo	Solicitudes	
2016	Corporación Municipal de Desarrollo Social de Ñuñoa	21	persona 267
2016	Corporación Municipal de Desarrollo Social de Ñuñoa	17	persona 266
2016	Corporación Municipal de Peñalolén (CORMUP)	13	persona 264
2016	Corporación Municipal de Desarrollo Social de Ñuñoa	13	persona 265
2016	Corporación Municipal de Desarrollo Social de Ñuñoa	12	persona 263
2016	Corporación Municipal de Desarrollo Social de Ñuñoa	11	persona 261
2016	Corporación Municipal de Desarrollo Social de Ñuñoa	11	persona 262
2016	Corporación Municipal de Desarrollo Social de Ñuñoa	10	persona 258
2016	Corporación Municipal de Desarrollo Social de Ñuñoa	10	persona 259
2016	Corporación Municipal de Desarrollo Social de Ñuñoa	10	persona 260

Año	Organismo	Solicitudes	
2017	Corporación Municipal de Desarrollo Social de Ñuñoa	25	persona 284
2017	Corporación Municipal de Desarrollo Social de Ñuñoa	16	persona 282
2017	Corporación Municipal de Desarrollo Social de Antofagasta (CMDS)	16	persona 283
2017	Corporación Municipal de Desarrollo Social de Ñuñoa	15	persona 281
2017	Corporación Municipal de Desarrollo Social de Ñuñoa	13	persona 280
2017	Corporación Municipal de Desarrollo Social de Ñuñoa	12	persona 279

2017	Corporación Municipal de Desarrollo Social de Ñuñoa	11	persona 276
2017	Corporación Municipal de Desarrollo Social de Antofagasta (CMDS)	11	persona 277
2017	Corporación Municipal de Desarrollo Social de Ñuñoa	11	persona 278
2017	Corporación Municipal de Desarrollo Social de Ñuñoa	10	persona 275

Año	Organismo	Solicitudes	
2018	Corporación Municipal de Desarrollo Social de Ñuñoa	53	persona 279
2018	Corporación Municipal de Desarrollo Social de Antofagasta (CMDS)	25	persona 278
2018	Corporación Municipal de Desarrollo Social de Ñuñoa	19	persona 277
2018	Corporación Municipal de Desarrollo Social de Ñuñoa	18	persona 275
2018	Corporación Municipal de Desarrollo Social de Ñuñoa	18	persona 276
2018	Corporación Municipal de Peñalolén (CORMUP)	16	persona 274
2018	Corporación Municipal de Desarrollo Social de Ñuñoa	15	persona 272
2018	Corporación Municipal de Colina	15	persona 273
2018	Corporación Municipal de Desarrollo Social de Ñuñoa	13	persona 271
2018	Corporación Municipal de Desarrollo Social de Ñuñoa	12	persona 270

Municipalidades:

Año	Organismo	Solicitudes	
2016	Municipalidad de Concepción	151	persona 1342
2016	Municipalidad de Concepción	138	persona 1341
2016	Municipalidad de Concepción	124	persona 1340
2016	Municipalidad de Concepción	122	persona 1339
2016	Municipalidad de Concepción	118	persona 1338
2016	Municipalidad de Concepción	112	persona 1337
2016	Municipalidad de Concepción	111	persona 1336
2016	Municipalidad de Concepción	92	persona 1335
2016	Municipalidad de Concepción	91	persona 1334
2016	Municipalidad de Concepción	83	persona 1333

Año	Organismo	Solicitudes	
2017"	Municipalidad de Antofagasta	202	persona 1604
2017"	Municipalidad de Antofagasta	163	persona 1603
2017"	Municipalidad de Antofagasta	152	persona 1602
2017"	Municipalidad de Antofagasta	127	persona 1601
2017"	Municipalidad de Antofagasta	117	persona 1600
2017"	Municipalidad de Antofagasta	115	persona 1599
2017"	Municipalidad de Antofagasta	111	persona 1598
2017"	Municipalidad de Antofagasta	107	persona 1597
2017"	Municipalidad de Antofagasta	106	persona 1596
2017"	Municipalidad de Antofagasta	100	persona 1595

Año	Organismo	Solicitudes	
2018	Municipalidad de Antofagasta	192	persona 1702
2018	Municipalidad de Antofagasta	162	persona 1701
2018	Municipalidad de Antofagasta	159	persona 1700
2018	Municipalidad de Antofagasta	158	persona 1699
2018	Municipalidad de Antofagasta	155	persona 1698
2018	Municipalidad de Antofagasta	148	persona 1697
2018	Municipalidad de Antofagasta	137	persona 1696
2018	Municipalidad de Antofagasta	128	persona 1694
2018	Municipalidad de Antofagasta	128	persona 1695
2018	Municipalidad de Antofagasta	125	persona 1693

¿Qué puede hacer la Entidad Pública?

Frente a esta situación de múltiples solicitudes, o bien, solicitudes individualmente consideradas que requieran información en cantidad exorbitante, la Ley N° 20.285, establece una causal de secreto o reserva específica, a fin de que el Ente Público pueda denegar la entrega de la información, cual es la contenida en el artículo 21 N° 1, letra c) de la Ley, la que reza:

“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:***

(...) 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.”

A su vez, la jurisprudencia emanada del propio Consejo para la Transparencia ha establecido en la decisión de amparo C1186-11, en su considerando décimo un criterio frente a lo que podría ser un abuso del Derecho de Acceso a la Información, pero reconocido de manera indirecta, es decir, desde el punto de vista de la afectación de las funciones del Órgano requerido:

“(…)10) Que, por último, sin perjuicio de lo señalado en el considerando 2), teniendo en cuenta el hecho que las solicitudes que motivan el presente amparo se insertan en el contexto de múltiples solicitudes previas formuladas por el mismo reclamante ante Gendarmería de Chile, requiriendo antecedentes de diversa naturaleza, y que han dado lugar a sucesivas y reiteradas reclamaciones de amparo, este Consejo hace presente que, en adelante, a efectos de justificar la concurrencia de la hipótesis de reserva consistente en la distracción indebida recogida en el artículo 21 N° 1, letra c), de la Ley de Transparencia,

se podrá considerar no sólo la solicitud específica que motiva un determinado amparo sino también el conjunto de requerimientos de información interpuestos por una misma persona, en un periodo acotado de tiempo, cuando su atención agregada pueda importar la afectación del cumplimiento de las funciones del organismo al implicar una carga especialmente gravosa para el organismo, en términos de la causal de secreto o reserva señalada.”

No obstante la citada jurisprudencia emanada del Consejo para la Transparencia, la cual data del 7 de marzo del año 2012, las disposiciones mismas de la Ley de Transparencia limitan el alcance de esta causal de secreto o reserva, ello atendido a que su ponderación queda entregada al Consejo mismo en ejercicio de sus atribuciones relativas a resolver los amparos deducidos, colocándolo en la obligación junto con salvaguardar el Derecho de Acceso a la Información Pública, con el deber de ponderar los antecedentes de hecho esgrimidos por el Ente Público en defensa de la causal de secreto o reserva. Si a ello, se agrega que la utilización de las causales de secreto o reserva consignadas en el numeral 1º del artículo 21 de la Ley Nº 20.285, imposibilitan al Ente Público el recurrir a la Corte de Apelaciones respectiva deduciendo el correspondiente reclamo de ilegalidad, con arreglo a las disposiciones del artículo 28 de la Ley, si el amparo es rechazado, y se determina que el Ente Público debe entregar la información, ello supone una carga legal sumamente pesada para la Administración, quien a pesar de ver afectadas sus funciones, deberá cumplir con la decisión del Consejo.

La posibilidad de un ejercicio abusivo del Derecho de Acceso a la Información ya había sido vislumbrada durante la tramitación de la Ley Nº 20.285. Así, en el Primer Informe de la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización, se expone que el Ministerio Secretaría General de la Presidencia, por intermedio de la abogada señora Susana Rioseco, señaló el parecer favorable del Ejecutivo a la moción promovida por los Senadores Jaime Gazmuri Mujica y Hernán Larraín Fernández, no obstante se formularon precisiones, entre las cuales se consideraba imprescindible cautelar la primacía de la función administrativa o pública que el órgano o institución requeridos están llamados a atender, de modo que el ejercicio del derecho de acceso no se transforme en un entorpecimiento del funcionamiento normal, precisando que la obligación de los órganos requeridos es proporcionar la documentación que poseen o generan en su función, y no producir información a petición de particulares, debiendo especificarse que el derecho de acceso debe ejercerse con prudencia y de modo razonable².

Por otra parte, la sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de julio de 2008, dictada con ocasión del ejercicio de su control preventivo de constitucionalidad, del proyecto de ley despachado por el Congreso Nacional, que después se transformaría en la actual Ley Nº 20.285, señala que esta fue acordada con el voto en contra del Ministro Mario Fernández Baeza, consignándose en su argumento séptimo lo siguiente:

² Historia de la Ley Nº 20.285, Biblioteca del Congreso Nacional, pág. 23).

*“7º Que la causal de excepción a la publicidad “el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos”, que el inciso segundo del artículo 8º de la Carta contiene, debe entenderse a la luz de las altísimas responsabilidades que cumplen el Presidente de la República, el Congreso Nacional y las judicaturas, de la dignidad de investidura de sus titulares, y de la presunción de honorabilidad y decoro que los envuelve. Que análoga atención deben obtener en esta materia los órganos autónomos y las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública que nuestro ordenamiento constitucional contempla. **La presunción adversa a dichas cualidades que fluye del tenor de la ley bajo examen, mediante la proliferación de controles, contra controles y sanciones, contrasta con las tradiciones morales y jurídico-políticas de las instituciones chilenas.**”³*

Que, ante lo reseñado, se estima en consecuencia, que la Administración debiera contar con recursos, o medios de impugnación ulteriores, para poder discutir en otras instancias la causal de secreto o reserva legal distracción de funciones, teniendo en consideración que no se ve razón para que un órgano diverso e imparcial, como son los Tribunales de Justicia, conociendo de un reclamo de ilegalidad pondere los antecedentes de hecho esgrimidos por un Órgano Público, ante una solicitud de acceso a la información que pida antecedentes en forma exorbitante, o bien, ante sucesivos requerimientos formulados por una misma persona, teniendo además en cuenta que la Administración se encuentra impedida de solicitar expresión de causa ante una determinada solicitud, y se encuentra además sujeta al régimen de responsabilidad legal establecido por la Ley Nº 20.285, que sanciona la no entrega de la información, o bien, su entrega incompleta, imponiendo al Jefe Superior del Servicio una multa, previa instrucción de un sumario administrativo.

Al respecto, interesantes resultan dos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, ante requerimientos del Servicio de Impuestos Internos.

El primero de ellos está constituido por la Sentencia de 28 de enero de 2014, en la causa Rol Nº 2449-13-INA. Dicha decisión se produjo con ocasión de haber interpuesto el SII un reclamo de ilegalidad en contra del Consejo para la Transparencia, Entidad que había ordenado la entrega de copia de los documentos y antecedentes de programas de fiscalización de impuestos a la renta de grandes contribuyentes, además de un conjunto de información específica entre la que se incluye el universo de contribuyentes involucrados, los periodos correspondientes de impuesto global complementario y de sociedades de inversión, los fiscalizadores y sus funciones y los antecedentes que se les autorizó a solicitar. Para denegar la información el SII había opuesto las causales de secreto o reserva consignadas en el artículo 21 Nº 1 y 5 de la Ley Nº 20.285. El reclamo de ilegalidad se fundó en que el artículo 28 de la Ley de Transparencia hace improcedente la reclamación ante la Corte de Apelaciones de la resolución del Consejo para la Transparencia, cuando este otorgue el acceso a la información que hubiera sido denegada fundando tal negativa en la causal de secreto o reserva del artículo 21 Nº 1 (afectación del debido cumplimiento de las funciones del Órgano), estimando el SII que el precepto

³ Historia de la Ley Nº 20.285, Biblioteca del Congreso Nacional, pág. 407).

infringe los artículos 19 Nº 3 y 38 de la Constitución Política de la República, privándosele del derecho al recurso y del racional y justo procedimiento, además de verse vulnerada la impugnabilidad judicial. Si bien el Tribunal Constitucional rechazó el requerimiento de inaplicabilidad por improcedente, al no ser decisivo el precepto impugnado, estableció en su considerando noveno que el Servicio de Impuestos Internos, para evitar la preclusión y respetar el orden consecutivo legal de los procedimientos, debió haber reclamado por la vulneración de todas las causales que estimara pertinentes en este caso, incluida aquella presunta violación del artículo 21, Nº 1, de la Ley Nº 20.285, y presentar de inmediato o simultáneamente el requerimiento de inaplicabilidad. Asimismo, lo interesante del fallo se encuentra en la prevención de los Ministros señores Vodanovic, Carmona y García, quienes estuvieron por entrar al fondo, por estimar (en lo pertinente), por una parte que es una carga excesiva agotar la vía administrativa y no tener posibilidad de reclamar, ya que el reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones no está concebido para impugnar la decisión del Órgano Administrativo, que no respondió a tiempo la solicitud, o denegó la información, sino que para impugnar la decisión del Consejo para la Transparencia. Razonó que, no existe ninguna norma constitucional que obligue a que el legislador establezca la posibilidad de recurrir directamente a los tribunales, antes de utilizar la vía administrativa, pero la norma impugnada al obligar al órgano de la Administración agotar la vía administrativa para poder reclamar ante un tribunal, le impone una carga abusiva si luego no puede reclamar ante los tribunales, por lo que el agotamiento de la vía administrativa se vuelve inconstitucional, pues afecta el debido proceso, por cuanto no hay vía judicial para cuestionar la decisión del Consejo y su decisión se resuelve en única instancia. Que existe también asimetría, ya que el artículo 28 de la Ley Nº 20.285, permite reclamar cuando el Consejo deniegue el acceso a la información, o cuando disponga su entrega a pesar de la oposición del titular de la información, por lo que la legitimación para reclamar es amplia. Sin embargo, si bien todo afectado puede reclamar ante la Corte de Apelaciones, el Órgano de la Administración no puede hacerlo si denegó la información por que su publicidad afectaba el debido cumplimiento de sus funciones, y no obstante tal oposición, el Consejo otorga la información. Estima la prevención, que, si la norma habla de que existe el derecho a reclamar, la excepción en que se excluye a la causal del artículo 21 Nº 1, no parece coherente ni consistente, ya que la causal tiene rango constitucional. Se trata por tanto, de un interés que la Constitución considera digno de protección al momento de consagrarlo como un límite a la transparencia. Más, la norma revela una sospecha de mal uso de la causal, que resuelve el Consejo sin ulterior revisión; mientras las decisiones de la Administración son revisadas por el Consejo y/o los tribunales, la norma impugnada impide la revisión judicial de una decisión del Consejo que revoca la negativa de la Administración a entregar información y accede a ella.

Razona, que el Consejo tiene un interés encontrado con el órgano de la Administración, ya que el primero tiene por misión “*promover la transparencia*” y “*garantizar el derecho de acceso a la información*” (artículo 32 de la Ley Nº 20.285), pero mientras la decisión de la Administración es revisable administrativa o jurisdiccionalmente, no sucede lo mismo con la decisión del Consejo. Entre otras consideraciones, la prevención señala que la causal constitucional que limita estructuralmente la publicidad cuando afecte el debido

cumplimiento de las funciones del órgano requerido, está diseñada para proteger las tareas del Servicio y no es una causal subjetiva, por una parte, por que la propia Constitución emplea la expresión “*afectare el debido cumplimiento*”, por lo que no es lo que le parezca al órgano respectivo, y por la otra, porque la propia Ley N° 20.285 da algunos ejemplos en la materia en el artículo 21 N° 1. Asimismo, una tercera razón para revisar el fondo se encuentra en la historia fidedigna de la ley, ya que en las discusiones al interior del Congreso Nacional que dieron motivo a la reforma constitucional de la Ley N° 20.050, que dio origen al artículo 8° actual, se discutió si era conveniente o no mantener la causal de secreto fundada en que la publicidad afectara el debido cumplimiento de las funciones del órgano respectivo. Dicha causal se mantuvo, considerándose que era el legislador el encargado de ponderar esta situación, en tanto que en la discusión de la Ley N° 20.285, la restricción al reclamo judicial fue sugerida por las organizaciones vinculadas a la transparencia, sobre la base de que restaba imperio y autonomía al Consejo para la Transparencia⁴. En consecuencia, la sentencia señala: “*Como se observa, la causal de afectar el debido cumplimiento de las funciones es de rango constitucional. Hubo intentos de eliminarla, pero eso no prosperó. Y el reclamo judicial en la Ley N° 20.285 contra la decisión del Consejo para la Transparencia procede por todas las causales, salvo por ésta. Dicha posibilidad de reclamar es calificada por la ley como “derecho a reclamar” (artículo 28, Ley N° 20.285). De ahí que el argumento de que el reclamo desmerezca el rol del Consejo, no tiene mucho sentido.*”

Que, el fallo en comento, también contiene una prevención de la Ministra Brahm y del Ministro Aróstica, quienes si bien concurren a rechazar la acción de inaplicabilidad, señalan en lo pertinente respecto de la causal de secreto o reserva del artículo 21 N° 1 de la Ley N° 20.285, que (...) *es evidente que tensiona sendos principios aplicables a la Administración, según la Ley N° 18.575: de una parte, la “eficiencia y eficacia”; de otra, la “probidad y transparencia” que deben informar su acción (artículo 3º, inciso segundo, en relación con el artículo 53, oración final).*” Por ello, estiman que el SII propugna la “eficiencia y eficacia”, en tanto que el Consejo para la Transparencia propugna la “probidad y transparencia”, cada uno inclinado a satisfacer sus específicos cometidos legales. Entonces, razonan los Ministros de que no es razonable de que uno de los dos Servicios interesados, el Consejo para la Transparencia, sea quien dirima tal eventual colisión, con ausencia de todo control externo, por lo que concluyen que tal control correspondería a la Contraloría General de la República, en función de sus facultades fiscalizadoras.

Por último, el voto en contra del Ministro Bertelsen, señala en lo pertinente que, no se divisa razón válida para impedir que un órgano de la Administración del estado reclame de la decisión del Consejo para la Transparencia cuando ha fundamentado su negativa a entregar la información solicitada en el debido cumplimiento de sus funciones, pues estas -precisamente- se le encomiendan para satisfacer necesidades públicas de modo regular y continuo, por lo que entrando en conflicto el órgano con el Consejo para la Transparencia, corresponde que este sea resuelto por la Corte de Apelaciones, que es lo que no permite

⁴ Historia de la Ley N° 20.285, Biblioteca del Congreso Nacional, págs.. 166 y siguientes).

el artículo 28, inciso segundo, de la Ley N° 20.285, por lo que tal artículo debe ser declarado inaplicable.

Por su parte, el Tribunal Constitucional en su sentencia dictada en la causa Rol N° 2997-16-INA⁵, declaró admisible la solicitud del Ente Público y acogió en definitiva el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por el Servicio de Impuestos Internos, a fin de impugnar la disposición del artículo 28 de la Ley N° 20.285, el que establece una prohibición de impugnación ante los Tribunales de Justicia (Reclamo de Ilegalidad), cuando el Consejo para la Transparencia ha ordenado la entrega de información a un Ente de la Administración, que la ha denegado fundado en la afectación del debido cumplimiento de sus funciones (al igual que el reclamo reseñado anteriormente). En esta oportunidad, el Tribunal Constitucional hizo suyos los argumentos utilizados en la prevención hecha en la STC 2449-13-INA, a fin de acoger el reclamo, estimando esta vez que la aplicación de la disposición reprochada resulta decisiva, porque se había pedido, justamente, la inadmisibilidad del reclamo de ilegalidad (por parte del Consejo para la Transparencia) fundado en la norma cuestionada, por lo que existe una razonable proyección de que la norma puede aplicarse (Considerando Cuarto). En lo que interesa al presente estudio, el Tribunal Constitucional expone en el considerando séptimo de su sentencia:

“Que la Constitución establece varias causales para que el legislador determine cuando se ven comprometidos determinados bienes jurídicos. Estas dicen relación con los derechos de las personas, la seguridad de la nación, el interés nacional y cuando “la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos”.

Se trata en consecuencia, de una causal constitucional de reserva o publicidad. Nada hay en la Constitución que la haga menos importante o menos valiosa que el resto de las causales;

En el mismo razonamiento, el considerando decimotercero del fallo señala: *“(…) la Constitución establece cuatro causales para que la ley de quórum calificado establezca la reserva o secreto. Ninguna de ellas tiene más valor que la otra. Todas son tratadas de igual manera por la Constitución.*

Entre esas causales se encuentra el afectar el debido cumplimiento de las funciones de los órganos de la administración.

Se trata, en consecuencia, de una causal legítima, que el legislador no puede subvalorar”

El considerando decimoprimer del fallo fija criterios interpretativos, señalando en lo pertinente que, tal como ha señalado en otras sentencias, el artículo 8° de la Constitución no manda dictar una regulación complementaria especial, que no sea la dictación de leyes de quórum calificado para desarrollar las hipótesis de secreto o reserva. Por ello, la Ley N° 20.285, se dicta teniendo como fundamento otros preceptos constitucionales. Por ejemplo, tratándose de la Administración, esta se funda en los artículos 38, 63 N° 18 y 65 inciso cuarto N° 2. En tal sentido, señala que no una, sino varias leyes pueden establecer excepciones a la publicidad, no pudiendo la Ley N° 20.285 considerarse como la única y exclusiva normativa que concentra todo lo referente a la publicidad ordenada por el

⁵ STC Rol N° 2997-16-INA, de 13 de junio de 2017.

artículo 8º, inciso segundo de la Constitución, al punto que dicho cuerpo legal asume la existencia de otras disposiciones. Así, el carácter público que establece la Constitución de los actos, sus fundamentos y procedimientos, puede lograrse a través de las modalidades que el legislador establezca, sin que exista un único mecanismo.

La sentencia en comento establece en su considerando decimosegundo consigna (...) *El carácter reservado o secreto de un asunto no es algo en sí mismo perverso, reprochable o susceptible de sospecha. La Constitución contempla la posibilidad de que la ley directamente o la Administración, sobre la base de ciertas causales legales específicas, declare algo como secreto o reservado. Esto no va contra la Constitución (STC roles Nºs 2153/2012, 2246/2013). Además, el carácter secreto o reservado de un acto puede generar un espacio para cautelar otros bienes jurídicos que la Constitución estima tan relevantes como la publicidad. En el lenguaje de la Constitución, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación, el interés nacional, o el debido cumplimiento de las funciones de los órganos, están a este nivel. Por lo mismo, deben ser respetados y considerados (STC Rol Nº 2379/2014). (...)*

En consecuencia, el Tribunal Constitucional, hace suyos los argumentos de la prevención de la sentencia anteriormente comentada, a fin de estimar que existen argumentos suficientes para estimar que el requerimiento debe acogerse, por cuanto es una carga excesiva agotar la vía administrativa y no tener posteriormente la posibilidad de reclamar (Considerando decimocuarto y siguientes), que existe una asimetría entre los órganos administrativos y particulares (Considerando vigesimoprimeros y siguientes) y que hay motivos en la historia fidedigna de la ley para acoger la inaplicabilidad (Considerando trigésimo y siguientes).

Otra medida paliativa frente al abuso en el ejercicio del Derecho de Acceso a la Información, podría ser que, ante casos reiterados de solicitudes de acceso a la información, el Servicio Público pueda solicitar expresión de causa al solicitante, a fin de ponderar y justificar de mejor manera la causal de secreto o reserva fundada en la distracción de funciones, para que esta sea apreciada de mejor manera en cuanto a los fundamentos de hecho por el Consejo para la Transparencia. Finalmente, una tercera medida paliativa, podría ser limitar la transparencia pasiva a determinadas materias o tipo de información, fortaleciendo o complementando la transparencia activa, de manera que la Información del Ente Público que sea publicada abarque mayor cantidad de ítems o materias. No obstante todo ello importa un estudio respecto de los beneficios y costos que pueda tener la adopción de alguna de las medidas señaladas, requiriéndose además la correspondiente modificación legal.

Sin perjuicio de todo lo anterior, y ante la posibilidad de abusos en el ejercicio del Derecho de Acceso a la Información, si bien, la Ley Nº 20.285, no permite a la Administración el recurrir de todas las resoluciones que expida el Consejo para la Transparencia, mediante reclamo de ilegalidad, haciendo judicialmente revisables sus decisiones (sin perjuicio de lo ya señalado al tratar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional), la doctrina ha estimado

que, no obstante ello, se mantiene vigente el control de legalidad que efectúa la Contraloría General de la República.⁶

Lo anterior significa que este trabajo no tiene por objeto entrar en la defensa de los Organismos Públicos, frente a los requerimientos de información, o frente a las facultades del Consejo para la Transparencia, ya que estos deben cumplir con su obligación legal de presentar su información pública, sino más bien de poner en relieve de que este Derecho de Acceso a la Información puede ser ejercido de manera abusiva, forzando las capacidades del Órgano Público y evidenciando que no siempre existe un interés genuino en obtener información para conocimiento, sino tan solo formular el requerimiento, por lo que debe existir cierto equilibrio.

Por otra parte, toda solicitud de acceso a la información que imponga a un Órgano Público el deber de entregar información, a menos que concurra causal de secreto o reserva legal, demanda la búsqueda y procesamiento de la información, la cual de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley Nº 20.285, es pública, teniendo en cuenta que el inciso segundo de dicho precepto indica:

“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.”

En tal sentido, la decisión de amparo Rol Nº C457-10, expone en sus considerandos duodécimo y decimotercero:

“12. Que una interpretación de la expresión ‘obrar en poder’ que delimite su sentido a que la información exista físicamente en las dependencias de un órgano de la Administración del Estado, no solo supone la reducción de esta expresión al contenido literal de la voz ‘obrar’, obviando la inteligencia de la voz ‘poder’, sino que también restringe el alcance de la publicidad de los documentos a una determinación estrictamente espacial o material, lo que resulta ajeno a las lógicas de tratamiento de la información en soportes informáticos, arriesgando la operatividad de la norma, y al carácter público que el artículo 5º de la Ley de Transparencia ha reconocido expresamente a la información con indiferencia del ‘soporte’ en el que se encuentre.

13. Que para asegurar la operatividad del inciso segundo del artículo 5º de la Ley de Transparencia, especialmente en el ámbito informático, la inteligencia de la expresión en estudio exige dotar de contenido a la voz ‘poder’, en tanto facultad o potencia de hacer algo, debiendo concluirse que dicha expresión comprende no solo aquella información que existe físicamente en las dependencias de un órgano de la Administración sino también

⁶ Arellano Gómez, Pilar, “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca del artículo 8º de la Constitución Política: equilibrio entre el mandato constitucional de Publicidad y las causales de reserva y secreto”. Revista de Derecho Público, Vol. 80, 1º Sem. 2014.

aquella que el órgano mantiene en los hechos bajo su órbita de control o bajo su disposición -cualquiera sea su formato o soporte-, con el objeto de disponer potencialmente de ella para los fines que estime pertinentes.”

El Profesor Vicente Aliaga Medina, analizando la citada jurisprudencia, expone que *“Para el Consejo, entonces, lo esencial para considerar que cierta información “obra en poder” de un órgano de la Administración es que se encuentre dentro de su órbita de control o bajo su disposición, con el fin de disponer de ella para cualquier fin. En este sentido, es irrelevante en qué formato o soporte se encuentre, siendo lo central el que la información esté al alcance potencial del ente para ser usada de la forma que estime pertinente. Tampoco es relevante el origen, considerándose dentro de esta categoría aquellos documentos que hayan sido elaborados por el ente de la Administración al que se hizo el requerimiento de acceso, otro organismo estatal, o por particulares.”*⁷

Ahora bien, frente al razonamiento precedente, surge la interrogante de si ante un determinado requerimiento de acceso a la información, en que esta última deba ser recabada por el Órgano Público de manos de terceros, en función de la teoría de la esfera de control, resulta posible en la práctica obtener dicha información en términos prácticos, y no solo eso, obtenerla en los plazos establecidos por la Ley N° 20.285. ¿Resulta posible que si la información se encuentra por ejemplo en manos de terceros privados, no afectos a las obligaciones de la Ley de Transparencia, un Ente Público les requiera información, dentro de un plazo determinado?, ¿Si el tercero privado no cumple con la entrega de la información, ya sea porque debiendo tenerla no la tiene, o teniéndola estima no tener medios técnicos y humanos para poder proporcionarla, lo que vendría a ser una especie de distracción de funciones, o bien, porque sencillamente considera que no siendo sujeto pasivo de la Ley N° 20.285, no tiene porqué entregar la información al Órgano Público, para que este a su vez la entregue a un particular, que la requiere sin expresión de causa? Entonces, ¿resulta posible como plantea el Profesor Aliaga que la información pedida se encuentre efectivamente al *“alcance potencial del Ente Público”*?

Esta interrogante genera en la práctica una seria dificultad para el Ente Público, y evidencia práctica de ello, la encontramos en el procedimiento de acceso a la información, en que se dictó la decisión de amparo C3109-17. En dicho procedimiento, el Consejo para la Transparencia exigió al Servicio Nacional de Menores *“a) Hacer entrega a la reclamante de copia de los comprobantes de egresos presentados por los órganos colaboradores respecto de los siguientes proyectos: 1131580, 1131300, 1131679, 1131298, 1131680, 1131230, 1131585, 1131494, 1130725, 1130627, 1130806, 1131129, 1131442, 1131652, 1131747, 1130726, 1131279, 1131340, 1130725, 1131272, 1131590, 1131648, 1131096. Lo anterior, debiendo tarjar, previamente, los datos personales de contexto que aquellos puedan contener, de conformidad a lo dispuesto en la ley N° 19.628.”*. Para tal decisión, el Consejo razonó:

⁷ Aliaga Medina, Vicente. “Acto Administrativo e Información Pública”. Thomson Reuters, Págs. 89 a 91.

“3) Que en cuanto a los comprobantes de pago a los que hace alusión el literal b) del requerimiento, cabe hacer presente que el artículo 65 del D.S. N° 841 establece que al Servicio Nacional de Menores, entre otras funciones, le corresponde la supervisión financiera del gasto de la subvención entregada a los organismos colaboradores acreditados para la ejecución de los proyectos que les sean adjudicados, en particular, señala que la "subvención fiscal deberá ser destinada por los colaboradores acreditados al financiamiento de aquellos gastos que origina la atención de los niños, niñas y adolescentes, tales como remuneraciones y otros beneficios legales del personal, alimentación, vestuario, educación, salud e higiene, deportes y recreación, consumos básicos, mantenciones y reparaciones de inmuebles e instalaciones y, en general, todos aquellos gastos de administración u otra naturaleza que se efectúen con motivo de las actividades que desarrollen para la atención de ellos y la ejecución de los proyectos aprobados por el SENAME”.

“5) Que, en atención a lo señalado en los considerandos anteriores, se concluye que los comprobantes de gastos solicitados son antecedentes del "Informe de Rendición de Cuentas" presentado por cada uno de los proyectos consultados, el que debe ser aprobado por el SENAME, además, que dichos comprobantes deben estar a disposición de los funcionarios del servicio mencionado, así como también, de la Contraloría General de la República. Por lo tanto, constituyen fundamento del acto administrativo mediante el cual el órgano reclamado aprueba la rendición de cuentas efectuada por sus distintos organismos colaboradores. En consecuencia, en virtud de lo establecido en los artículos 5 y 10 de la Ley de Transparencia, se trata de información de carácter pública.”

“6) Que, por otra parte, tras análisis de los antecedentes, especialmente, del marco normativo aplicable señalado en los considerandos anteriores, este Consejo concluye que aun cuando la reclamada ha señalado expresamente que la información requerida no obraría en su poder, atendidas las específicas facultades de supervisión financiera que le competen respecto de las entidades colaboradoras, particularmente, en lo relativo a la rendición del gasto de la subvención fiscal asignada a cada proyecto adjudicado, los antecedentes requeridos se trata de aquella información que debe obrar dentro de la esfera de control del Servicio Nacional de Menores.”

“7) Que, según el criterio sostenido por este Consejo, el alcance de la expresión "obrar en poder" no debe limitarse únicamente a la información existente físicamente en las dependencias de un órgano de la Administración del Estado, sino que también comprende aquélla que éste mantiene bajo su órbita de control o bajo su disposición. En este sentido, los antecedentes solicitados debieron ser revisados por el Servicio Nacional de Menores y tenidos en consideración al momento de aprobar el "Informe de Rendición de Cuentas" correspondiente a cada proyecto, los que posteriormente habrían sido devueltos a los órganos colaboradores. Sin perjuicio de lo cual, dichos órganos deben mantenerlos en sus dependencias permanentemente a disposición de los supervisores del SENAME, como también, de la Contraloría General de la República, cuestión que ratifica el hecho de que la información obra dentro de su esfera de control y se encuentra a su disposición, por lo

tanto, estaría habilitado para requerirla directamente a las entidades colaboradoras que ejecutan los proyectos consultados.”

Deducido reclamo de ilegalidad, fundado en que la información no obra en poder del Órgano requerido, sino que en favor de terceros (Colaboradores Acreditados), que ejecutan proyectos subvencionados por el Servicio, existiendo texto legal expreso que señala su tenencia de la documentación, este fue rechazado por Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 18-2018. De ello se genera el problema práctico de obtener la información de manos de dichos terceros, quienes no son sujetos pasivos de la Ley N° 20.285, pero deben mantener la información disponible para el SENAME y la Contraloría General de la República, para efectos de la supervisión financiera del gasto de la subvención, más no con fines diversos, como puede ser una solicitud de acceso a la información. De ello se sigue, que tal Organismo no cuente con posibilidades de compeler a un privado a la entrega de información, si no es con ocasión de ejercer la supervisión financiera del gasto de subvención, pudiendo el privado negarse ante una finalidad diversa, como lo sería una solicitud de acceso a la información, dejando a la Autoridad Superior del Servicio expuesta al régimen de responsabilidad emanado de la Ley de Transparencia.

Críticas a la teoría de la esfera de control pueden encontrarse en el caso en tratamiento. El que exista en el caso del Ente Público (SENAME) la facultad de acceder a la información consistente en los comprobantes de egreso, es con ocasión de la supervisión financiera, en conformidad a las disposiciones del Decreto Supremo N° 841, de 2005, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, los que deben encontrarse a su permanente disposición, así como a disposición de la Contraloría General de la República. En consecuencia, surge la interrogante de si resulta posible que por existir la teoría de la esfera de control, se pueda entender que tal documentación (comprobantes de egreso o de gasto) se encuentra disponible para fines diversos, o para que la soliciten entidades o personas diversas al SENAME o a la Contraloría General de la República, incluso, sin mediar expresión de causa en la pretensión, como es propio de las solicitudes de acceso a la información, en que no puede exigirse motivación alguna. Sin perjuicio que este ha sido uno de los argumentos opuestos por el Servicio Nacional de Menores para no entregar la información, la tesis del Servicio Público señalado fue desestimada por la Corte de Apelaciones de Santiago al resolver el reclamo de ilegalidad. No obstante ello, persiste la interrogante de si con ello no se estará utilizando una facultad normativa, para un fin diverso a aquel en que se encuentra concebida, contraviniendo con ello el principio de legalidad.

Se estima por tanto, que la teoría de la esfera de control puede tener aplicación en caso de que el Organismo Público pueda requerir información en poder de terceros a cualquier evento, es decir, ante la necesidad de fiscalizar, supervisar, investigar, ejercer funciones de control, entre otros motivos, caso en el cual podría encontrarse el satisfacer una solicitud de acceso a la información con arreglo a las disposiciones de la Ley N° 20.285, más ello resulta discutible ante la facultad de acceder a esta documentación con finalidades específicas, diversas a la satisfacción de una solicitud de acceso a la

información. Asimismo, esta teoría de la esfera de control, puede tener aplicación en caso de que la Entidad Pública se encuentre facultada para acceder de manera expedita a la información, recabándola dentro de los plazos contemplados por la Ley de Transparencia, y contando con facultades coercitivas para con el tercero, ante el evento de que este se niegue a la entrega. En caso contrario, la Administración se encuentra en la obligación de cumplir una obligación legal, emanada de la Ley N° 20.285, más no disponiendo de mecanismos que le permitan cumplir, no obstante lo cual, la Superioridad queda de todas formas expuesta al régimen de responsabilidad de la ley, más no el tercero que detenta materialmente la información, quien finalmente no es imputado de incumplimiento alguno.

Por ello, surge la interrogante de si es posible establecer algún mecanismo o solución para facilitar el acceso a la información por parte de las entidades públicas. Una forma sería el modificar la Ley N° 20.285, estableciendo de manera expresa la teoría de la esfera de control, es decir, estableciendo la facultad de acceder a la información que no solo obra en poder material, sino que además aquella que es posible obtener en ejercicio de otras atribuciones legales; sin embargo, debe dotarse al Órgano Público de facultades coercitivas para el acceso, de otra manera, el ejercicio del Derecho de Acceso a la Información se hace ilusorio. Otra forma sería constituir como sujetos pasivos de la Ley de Transparencia a los terceros (incluso privados), quienes quedarían afectos al régimen de Ley N° 20.285, incluido su régimen de responsabilidad, pero ello encuentra el impedimento del ejercicio de tal régimen de responsabilidad en contra de privados, atendida la ausencia de sujeción de estos a un régimen estatutario, que permita la imposición de sanciones disciplinarias, las cuáles puedan hacerse efectivas. Otra forma, sería extender las facultades de los Órganos Públicos para acceder a la información en sus propias normativas, lo cual resulta sumamente complejo, por la cantidad de normas que deben modificarse.

Debe tenerse en cuenta que la dificultad generada en la Administración de cumplir solicitudes de acceso a la información, que requieran información en manos de terceros, deriva de también de no consistir esta en actos y resoluciones de su propia autoría. Al respecto, el Tribunal Constitucional ponderó en la sentencia Rol N° 3974-17-INA⁸, lo siguiente:

“SEXTO: (...) La cuestión estriba, como se verá, en que no toda información que es producida o que corresponde a privados y que es entregada por estos a la autoridad encargada de su fiscalización resulta pública para otros particulares, al alero del artículo 8º, inciso 2º, de la Constitución.

DÉCIMO PRIMERO: Que, en primer lugar, cabe consignar que según se aprecia del tenor del artículo 8º, inciso 2º, constitucional, y tal como lo ha entendido ya esta Magistratura, aquel “no hace público todo lo que el estado tenga o posea, sino solo “los actos y

⁸ STC Rol N° 3974-17-INA, de 12 de marzo de 2019.

resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y procedimientos que utilicen” (entre otras, STC Rol N° 2097, c. 25º; STC Rol N° 3111, c. 21º). O dicho en otros términos, “son públicos sólo ciertos aspectos de la actuación administrativa: los actos y resoluciones, sus fundamentos y los procedimientos que utilicen” (C. 26º, STC Rol N° 2982);

DÉCIMO SEGUNDO: Que, igualmente, resulta pertinente considerar, tal como se hiciera entre otras, en las STC Roles N° 2907 (C. 24º) y 3111 (C. 21º), la evolución que ha tenido el acceso a la información sobre informes y antecedentes que las empresas privadas deben proporcionar a las entidades encargadas de su fiscalización.

Allí se asentó que nuestra primera ley de acceso a la información (artículo 13 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, incorporado por la Ley N° 19.653) establecía el acceso a la información de los informes y antecedentes de empresas privadas, si estos debían ser proporcionados a las entidades encargadas de su fiscalización, en la medida que fueran de interés público. Se recordó, además, que esta norma desapareció de la Ley de Transparencia.

Esta Magistratura enfatizó, enseguida, que “durante la tramitación de la reforma constitucional que dio origen al actual artículo 8º de la Constitución, se rechazó una indicación del Ejecutivo que hacía públicos “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”. Finalmente, es necesario considerar que en la misma reforma constitucional, en el texto de las mociones que le dieron origen, se hacían públicos no los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y procedimientos, como lo establece el texto vigente, sino que “las actuaciones de los órganos del Estado y los documentos que obren en su poder”. Pero eso no prosperó”

En los casos citados, esta Magistratura concluyó de lo anterioremente señalado que “Como se observa, la historia fidedigna de los preceptos apunta a restringir el acceso a la información que las empresas privadas sujetas a fiscalización entreguen a las entidades que las controlan” (STC Rol N° 2907, c. 24º; STC Rol N° 3111, c. 21º);”

Por ello, la teoría de la esfera de control si bien tiene reconocimiento en la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia, es en la práctica de difícil ejecución, a fin de garantizar el Derecho de Acceso a la Información Pública, lo que se sigue de su creciente extensión, en que los límites entre información pública e información privada, se van tornando difusos.

CONCLUSIÓN

En conclusión, se estima que el Derecho de Acceso a la Información Pública, si bien constituye una prerrogativa de amplia difusión, debe ejercerse con racionalidad, ya que bajo determinadas circunstancias puede tornarse de difícil concreción práctica, en atención a las limitadas capacidades de los Entes Públicos de dar satisfacción a numerosas presentaciones, algunas deducidas por una misma persona, lo que desnaturaliza el derecho mismo. Ello puede hacer suponer un ejercicio de carácter abusivo del Derecho de

Acceso a la Información, que no logra ser mitigado por parte de la Entidad Pública a través de la oposición de las causales de secreto o reserva, en especial la causal consignada en el artículo 21 N° 1, letra c), de la Ley N° 20.285, por cuanto su validez queda entregada a la calificación de las circunstancias de hecho que la funden, calificación que corresponde al Consejo para la Transparencia, sin ulterior recurso ante la Corte de Apelaciones, por la vía de interposición del Reclamo de Ilegalidad que consigna la ley. Debe tenerse en consideración que el Consejo para la Transparencia, se encuentra además en la obligación de cautelar el derecho al acceso a la información de los Órganos de la Administración del Estado, condición que lo coloca en una situación compleja al momento de ponderar el la publicidad de determinada información, y la oposición del Ente Público a la misma, en atención a causales de secreto o reserva legal⁹. Tal como se señaló en el presente trabajo, tanto en la Historia de la Ley, como en sentencias del Tribunal Constitucional, ha quedado de manifiesto la contraposición existente de intereses, emanados de las funciones propias, del Consejo para la Transparencia, quien debe velar por promover los principios de transparencia y probidad, y de la Administración, la que debe velar por el principio de eficiencia y eficacia.

Asimismo, la difícil concreción práctica del Derecho de Acceso a la Información puede verse acentuada por la imposibilidad práctica que afecta a algunos Órganos de acceder a información que no se encuentra bajo su posesión material, pero que se sitúa bajo su disposición en virtud de la teoría de la esfera de control, no obstante lo cual se carece de potestades coercitivas para su obtención en los plazos fijados por la Ley de Transparencia. En definitiva, vale la pena preguntarse si el Derecho de Acceso a la Información constituye una prerrogativa concretable en términos absolutos, tanto respecto del sujeto activo del mismo, quien puede abusar en su ejercicio, como del sujeto pasivo, quien puede no estar premunido de las facultades suficientes para satisfacerlo en tiempo y forma. Por ello, se estima que la complejidad de la extensión que se ha ido perfilando a través de la jurisprudencia, tanto del Consejo para la Transparencia, como de los Tribunales de Justicia, no ha sido proporcional a las potestades entregadas a los Entes Públicos para dar cumplimiento al derecho, atendida la disparidad existente entre ellos, tanto en recursos técnicos, como humanos.

Se concluye que, para un adecuado ejercicio del Derecho de Acceso a la Información Pública, debe existir un equilibrio entre su ejercicio racional y la capacidad de cumplimiento del Órgano Público, ponderándose en ello su dotación de personal, capacidad técnica para procesar la información, los términos legales y la facultad de

⁹ Así lo ha considerado también el Tribunal Constitucional, al consignar en el considerando vigésimo quinto, de su sentencia Rol N° 2997-16-INA: *“Que, enseguida, porque el órgano de la Administración que lo invocó para negar la información requerida es el único que velará por ese bien jurídico de rango constitucional. El Consejo tiene por misión “promover la transparencia” y “garantizar el derecho de acceso a la información” (artículo 32 de la Ley N° 20.285). Tiene, por tanto, un interés encontrado con el órgano de la Administración. Pero mientras la decisión del órgano de la Administración es revisable, administrativa o jurisdiccionalmente, no sucede lo mismo con la decisión del Consejo. La norma arte de la base de que si el Consejo revocó la decisión de la Administración, que había denegado el acceso a una determinada información, esa decisión es correcta y no admite equívocos, toda vez que la margina de toda impugnación judicial”*

ponderación y sanción por parte del Consejo para la Transparencia. Para este efecto, si bien la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia ha reconocido la posibilidad de un ejercicio abusivo del Derecho de Acceso a la Información, ello se ha plasmado de manera tímida, posiblemente en atención a la posición de garante del Consejo en el Derecho a acceder a la Información Pública. Evidencia de ello, es una reciente decisión del Consejo para la Transparencia (Decisión de Amparo Rol C1288-18), en que sin perjuicio de acoger parcialmente el amparo deducido, expresa en su considerando séptimo:

*“7) Que, finalmente, y sin perjuicio de lo resuelto en el presente amparo, teniendo en consideración lo señalado por el Servicio de Salud Coquimbo en presentación individualizada en el N° 5 de la presente decisión, en cuanto a que el reclamante ha en los últimos meses ha presentado 48 solicitudes de acceso y 25 amparos, que dicen relación con actos administrativos relacionados con la gestión del Hospital de Salamanca, todas las cuales versan, básicamente, sobre los mismos hechos. Además, de que una vez que le otorgan respuesta, presenta amparo ante este Consejo y sin esperar el pronunciamiento de éste, paralelamente ingresa igual requerimiento de acceso ante el órgano reclamado. Ante tal situación, esta Corporación hace presente al recurrente, **que si bien es cierto la ley otorga el derecho a los ciudadanos de requerir información de carácter público que obre en poder de los órganos de la Administración del Estado, ello no ampara "el abuso del derecho", ya que en este supuesto se podría solicitar a cualquier órgano información sin ningún tipo de limitaciones, torciendo con ello la finalidad y el espíritu del procedimiento de acceso a la información pública, cuyo propósito es que los ciudadanos puedan ejercer un control de las actuaciones de los órganos públicos sometidos a la Ley de Transparencia y no con fines propios.**”*

En tal sentido, el presente trabajo ha tenido por objetivo establecer la problemática existente en el cumplimiento de las solicitudes de acceso a la información, siendo necesario ahondar en esta realidad, en la necesidad de regular de mejor manera y de forma más equitativa el ejercicio del derecho mismo, ante la capacidad de cumplimiento de las Entidades Públicas. Para ello se estima que debe procederse a examinar más en profundidad medidas de equilibrio expuestas brevemente en el desarrollo del trabajo, es decir, si se modifica la Ley N° 20.285, facultando al organismo a exigir, bajo ciertas circunstancias expresión de causa ante solicitudes de acceso a la información que se estimen abusivas, ya sea, por su alto número, o bien, por su extensión, lo cual deberá ponderar el Consejo para la Transparencia, con ocasión de conocer la solicitud de acceso a la información, la respuesta del Ente Público y la causal de secreto opuesta, el amparo deducido y los descargos del mismo. Asimismo, debe estudiarse la posibilidad de que la causal de secreto o reserva que sea esgrimida en función del artículo 21 N° 1, en sus 3 literales, sea susceptible de ser revisada por la Corte de Apelaciones respectiva, vía interposición de reclamo de ilegalidad, debiendo asimismo estudiarse y ahondarse en las limitadas capacidades de ciertos órganos de acceder a la información que se encuentra “dentro de su esfera de control”, pero que a la que en términos prácticos no puede acceder con facilidad, por carecer de facultades para su obtención, por lo cual no puede estimarse que la información se encuentre efectivamente dentro de su esfera de control.

BIBLIOGRAFÍA

1. Aliaga Medina, Vicente. "Acto Administrativo e Información Pública". Ed. Thomson Reuters.
2. Bermúdez Soto, Jorge, Derecho Administrativo General, Ed. Thomson Reuters.
3. Jurisprudencia del Consejo para la Transparencia.
4. Arellano Gómez, Pilar, Jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca del artículo 8º de la Constitución Política: equilibrio entre el mandato constitucional de Publicidad y las causales de reserva y secreto". Revista de Derecho Público, Vol. 80, 1º Sem. 2014.
5. Historia de la Ley N° 20.285, Sobre Acceso a la Información Pública, Biblioteca del Congreso Nacional.

ANEXOS

1. Solicitud de Acceso a la Información CTOO1T0006707, de 7 de octubre de 2018.
2. Solicitud de Acceso a la Información CTOO1T0007331, de 8 de diciembre de 2018.