

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

CONSTITUTIONAL COURT AND THE RIGHT OF ACCESS TO PUBLIC INFORMATION

JOSÉ ANTONIO VIERA-GALLO QUESNEY¹

Resumen: En el presente artículo, se analiza la evolución histórica y consagración jurisprudencial del derecho de acceso a la información, especialmente en las decisiones del Tribunal Constitucional.

Palabras claves: Acceso a la información. Evolución histórica. Sentencias del TC.

Abstract: This article analyzes the historical evolution and jurisprudential recognition of the right of Access to information specially in the decisions of the Constitutional Court.

Key words: Access to information. Historical evolution. Constitutional Court decisions.

¹Ministro del Tribunal Constitucional.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, Chile ha avanzado mucho en materia de transparencia y probidad del sector público. La entrada en vigencia de la Ley sobre Acceso a la Información Pública, Ley N° 20.285, en el año 2008, marcó un hito en la modernización del Estado, pues obligó a racionalizar el proceso de toma de decisiones y archivos, y entregó a los ciudadanos un instrumento eficaz de control. Fue un cambio político, jurídico y cultural significativo, que influyó decisivamente en que Chile pasara a ser miembro en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en el año 2009.

Justo es, en esta ocasión, reconocer la labor pionera de la Comisión de Ética Pública creada durante el gobierno de Eduardo Frei R. y de los organismos de la sociedad civil que lucharon por hacer realidad la transparencia, como Pro Acceso y Chile Transparente, llevando casos emblemáticos ante los tribunales nacionales y ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. También fue decisiva la voluntad del gobierno de la presidenta M. Bachelet de impulsar la moción parlamentaria de los senadores H. Larraín y J. Gazmuri, hasta lograr su aprobación parlamentaria, para luego ponerla en práctica en un tiempo breve en pleno período pre-electoral.

Como todo proceso de cambio, el reconocimiento del derecho a acceso a la información pública y el uso de nuevas tecnologías han abierto nuevos horizontes a la participación ciudadana y a la posibilidad de una democracia más deliberativa, generando formas antes desconocidas de comunicación entre los ciudadanos y las instituciones estatales.

Así se ha ido elaborando jurídicamente el derecho de acceder a la información pública.

Desde el año 2009, el Consejo para la Transparencia y las Cortes de Apelaciones, conociendo de recursos de ilegalidad frente a la negativa de entregar información por parte de algún organismo de la Administración Pública, han ido precisando el contorno de ese derecho y el contenido de las causales de reserva o secreto, conforme lo establece el actual artículo 8° de la Constitución Política, fruto de la reforma del año 2005, en relación con el artículo 21 de la Ley 20.285. Al resolver tales reclamaciones, la jurisprudencia de las Cortes, por regla general, se ha inclinado por fortalecer el derecho de acceso a la información pública, consolidando los principios inspiradores de la reforma constitucional del 2005 y de la Ley de Acceso a la Información Pública, tanto en lo relativo a la transparencia activa como pasiva.

Al Tribunal Constitucional, le ha tocado una relevante participación en todo este proceso, cuya jurisprudencia pretendemos reseñar en este trabajo. Pese a que no son muchos los casos de los cuales ha conocido, esa Magistratura ha ido delineando criterios constitucionales de gran importancia sobre puntos que han sido y algunos siguen siendo controvertidos².

II. UN PRIMER PASO: EL DERECHO A SER INFORMADO

Durante la discusión de la actual Ley N° 19.733 sobre Libertades de Opinión e Información, en 1995, parlamentarios de la Alianza por Chile recurrieron al Tribunal Constitucional reclamando de la constitucionalidad de un conjunto de indicaciones que diputados de la Concertación habían formulado al proyecto, entre ellas una que garantizaba el derecho de todos los ciudadanos a ser informados.

El Tribunal Constitucional acogió el reclamo respecto de varias indicaciones que no inciden en la materia que nos ocupa, pero lo rechazó precisamente respecto de aquella que se refería al derecho a ser informado, sosteniendo que la libertad de información, garantizada por el Artículo 19 N° 12 de la Constitución Política, comprende el derecho a recibir información (STC 226/1995, C. 20°), para lo cual hizo referencia a la historia del debate de dicho precepto en las diversas instancias que dieron origen a la actual Constitución.

En esa ocasión, el Tribunal Constitucional estableció que el derecho a ser informado no comportaba la obligación correlativa de algún emisor a difundir cierto tipo de información, ni el deber del Estado para obligar a alguien a expresar y divulgar una determinada opinión, como pretendía la indicación cuestionada, para garantizar el pluralismo del sistema informativo.

Por eso, el Artículo 1° de la Ley N° 19.733 sostiene que la libertad de opinión e información comprende el derecho de “buscar y recibir informaciones”, y su inciso final sostiene: “Se reconoce a las personas el derecho a ser informadas sobre los hechos de interés general”. El pluralismo informativo

² Isense R., Carlos y Muñoz S., Jorge E. (2010). *Principio constitucional de transparencia y su materialización en el derecho de acceso a la información pública: análisis crítico de su regulación legal y administrativa*. Tesis de grado, Facultad de Derecho Universidad de Chile.

fue desvinculado de este derecho y pasó a formar parte del Artículo 3° de dicha ley como una suerte de principio de orden general: “El pluralismo en el sistema informativo favorecerá la expresión de la diversidad social, cultural, política y regional del país”. Respecto de la televisión, el pluralismo es un elemento de la definición de lo que la Constitución prescribe como “correcto funcionamiento”, encargando al Consejo Nacional de Televisión el deber de velar por su cumplimiento (Ley N° 18.836, Artículo 1° inciso final).

Pero lo más relevante es que la Ley N° 19.733 ligó el derecho a ser informado con el derecho a buscar la información, para lo cual, naturalmente, las personas deben poder acceder a las fuentes de la misma, entre las cuales se encuentra la llamada información pública.

III. ANTECEDENTES DEL SISTEMA INTERAMERICANO

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos había venido desarrollando de manera muy profusa el contenido del derecho de acceso a la información, su fundamentación y delimitando las posibles excepciones a tal derecho. Así se han impulsado reformas constitucionales y legales en los países del continente, en las cuales se ha reconocido expresamente el principio de publicidad de los actos de la administración del Estado o bien se ha hecho explícito el derecho de acceso a la información y se han regulado mecanismos para hacer efectivo su ejercicio.

Entre las sentencias más importantes en esta materia, encontramos tres casos seguidos justamente contra el Estado de Chile, referidos a la libertad de expresión y que inciden en la configuración del derecho de acceso a la información. El primero de ellos fue el caso de “La última tentación de Cristo”, de 5 de febrero de 2001, en que la Corte resolvió, entre otras cosas, que la censura cinematográfica previa establecida en la Constitución, violaba la libertad de expresión. El segundo caso fue “Palamara vs. Chile”, de 22 de noviembre de 2005, en el cual la Corte decidió que Chile atentaba contra la libertad de expresión al tipificar el delito de desacato. El tercer caso, y sin duda el más relevante, fue “Claude Reyes vs. Chile”, de 19 de septiembre de 2006, en que la Corte Interamericana por primera vez se refirió al derecho de acceso a la información pública, precisó su contenido y los principios que lo rigen.

Este último caso se inició luego que representantes de organizaciones medioambientales y parlamentarios solicitara al Comité de Inversión

Extranjera (CIE), en el año 1998, información relativa al Proyecto Río Cóndor, vinculado al denominado “caso Trillium”, donde dicha empresa forestal estadounidense se proponía explotar 250 mil hectáreas de bosque de lenga en la XI Región. Frente al rechazo a la solicitud de acceso, y luego de agotar las instancias en Chile, los peticionarios decidieron recurrir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En la sentencia, la Corte ordenó al Estado entregar la información solicitada por los requirentes, e instó a la creación de un mecanismo que asegurara el derecho de acceso a la información pública y la capacitación de funcionarios públicos en la materia. En diciembre de 2008, la Corte resolvió cerrar el caso, estimando que el Estado de Chile ya había dado cumplimiento a todas las observaciones formuladas en la sentencia condenatoria, pues se había reformado la Constitución Política y se había dictado la Ley 20.285.

La Corte reconoce que la Convención Americana, la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al proteger la libertad de expresión, no sólo asegura el derecho y libertad de expresar del propio pensamiento, sino también el derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole³. Con ello, la Corte identifica al derecho de acceso a la información pública como un derecho implícito o inmerso en la libertad de expresión.

El derecho de acceso a la información, al igual que la libertad de expresión en sentido amplio, se concibe como un atributo fundamental de la democracia. Sobre este punto, en el caso *Claude Reyes*, la Corte señaló:

“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,

³Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Claude Reyes*, párr. 76; *Caso López Álvarez*, párr. 163; *Caso Ricardo Canese*, párr. 77; y *Caso Herrera Ulloa*, párr. 108.

esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre (*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).

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 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 (*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). 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”.

Este mismo criterio ya había sido señalado por diversos organismos regionales, los cuales se citan en la sentencia. En 1999, se había emitido la Declaración Conjunta de los Relatores para la libertad de expresión de ONU, OSCE y OEA, en que declararon que “implícito en la libertad de expresión está el derecho de toda persona a tener libre acceso a la información y a saber qué están haciendo los gobiernos por sus pueblos, sin lo cual la verdad languidecería y la participación en el gobierno permanecería fragmentada”.

Por otra parte, la Corte ha enfatizado el principio de máxima divulgación conforme al cual se genera una presunción de que toda información en poder de la Administración es pública y accesible, sujeta a un sistema restringido de excepciones. Es decir, la publicidad es la regla y el secreto la excepción.

De este principio, se derivan las siguientes consecuencias: 1) el derecho de acceso a la información debe someterse a un régimen limitado de excepciones que debe interpretarse de forma restrictiva; 2) toda decisión negativa de dar acceso a una información requerida debe ser fundada, correspondiendo al Estado la carga de probar que ella no debe ser entregada por estar comprendida en una de las causales legales de reserva o secreto; y 3) ante una duda o vacío legal debe primar el derecho de acceso a la información⁴.

Respecto de las excepciones, la Corte señala que estas deben estar fijadas previamente por ley, en sentido formal, y obedecer a razones de interés general⁵. Tales restricciones deben responder a un objetivo permitido por la Convención Americana⁶. Además, dichas restricciones al derecho de acceso a la información deben ser necesarias en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo⁷. Luego, corresponde al Estado demostrar que las restricciones establecidas al acceso a la información han cumplido con los requisitos anteriores⁸.

Además, la Corte señaló que el Estado debe crear un mecanismo adecuado que garantice el ejercicio del derecho de acceso y también capacitar a sus funcionarios.

“163. Sin embargo, el Tribunal considera necesario reiterar que el deber general comprendido en el artículo 2 de la Convención implica la supresión tanto de las normas como de las prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violaciones a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías (supra párr. 64). Por ello, Chile debe adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección al derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, dentro de las cuales debe garantizar la efectividad de un procedimiento administrativo adecuado para la tramitación y resolución de las solicitudes de información, que fije plazos para resolver

⁴Relatoría Especial para la Libertad de Expresión: El derecho de Acceso a la Información en el marco jurídico interamericano. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2010, P. 3.

⁵Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Claude Reyes*, párr. 89.

⁶Ibíd, párr. 90.

⁷Ibíd, párr. 91.

⁸Ibíd, párr. 93.

y entregar la información, y que se encuentre bajo la responsabilidad de funcionarios debidamente capacitados”.

Sobre este punto, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que para garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso, es imprescindible que los funcionarios públicos actúen de buena fe, interpretando la ley de modo que sirva para cumplir los fines perseguidos por el derecho de acceso a la información⁹.

La Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, por su parte, ha dictado resoluciones que son de relevancia en la orientación de los Estados miembros hacia el desarrollo del derecho de acceso a la información como un mecanismo para fortalecer la democracia. Entre ellas, la resolución AG/RES. 2514, aprobada en sesión celebrada el 4 de junio de 2009, que reafirma el “derecho de buscar, recibir, acceder y difundir informaciones, y que el acceso a la información pública es requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia” (p.1), y alienta a los Estados a que “tomen las medidas necesarias, a través de sus respectivas legislaciones nacionales y otros medios apropiados, para hacer disponible la información pública a través de medios electrónicos o de cualquier otro medio que permita su fácil acceso” (p. 5).

También ha jugado un rol importante la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que a través de sus informes anuales ha venido sistematizando el estado de desarrollo y satisfacción del derecho de acceso a la información en los distintos países de la región, junto a una constante evaluación de los niveles de cumplimiento del derecho.

En América Latina, el país pionero ha sido México, con la ley de 2002, que sostiene el carácter público de toda información gubernamental, definiéndola como la contenida en documentos que la Administración genere, obtenga, adquiera, transforme o conserve a cualquier título. Dicha ley creó el Instituto Federal de Acceso a la Información (IFAI), como organismo encargado de velar por su correcta aplicación. Una ley análoga existe en el Perú desde 2003. En la actualidad, hay más de noventa países

⁹Relatoría Especial para la Libertad de Expresión: El derecho de Acceso a la Información en el marco jurídico interamericano. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2010, p. 5.

con leyes de acceso a la información pública. Un papel relevante tuvo en esta materia EE.UU, Canadá y el Reino Unido. Suecia fue el primer país en establecer en la Constitución de 1776 el derecho de acceso a los documentos oficiales.

IV. CONSOLIDACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

De gran importancia, resulta ser la STC rol N° 634, de 9 de agosto de 2007, mediante la cual el Tribunal Constitucional, resolviendo un recurso de inaplicabilidad planteado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso en contra del entonces artículo 13 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, decidió acogerlo desechando las alegaciones de la Dirección Nacional de Aduanas, que había invocado dicho precepto para denegar la información solicitada por un particular, aduciendo que ello perjudicaría los intereses de una determinada empresa. Entre los fundamentos de su sentencia, el Tribunal Constitucional reconoció la existencia de un derecho implícito en la Constitución, a saber, el derecho de acceso a la información pública. Con ello, el Tribunal reiteró lo resuelto en 1995, en la sentencia rol N° 226, en orden a declarar el derecho de acceder a la información pública como parte de la libertad de expresión que protege el artículo 19 N° 12 de la Constitución. Así, el Tribunal se hacía eco de la evolución del sistema interamericano en esta materia y de los avances legislativos a nivel nacional.

En primer lugar, cabe destacar el hecho que el Tribunal Constitucional haya reconocido la existencia de un derecho que no está expresamente consagrado en la Constitución, sino que se refiriera a un derecho “implícito”. El Artículo 5°, inciso segundo, del texto constitucional establece como límite a la soberanía el respeto a “los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, y consagra el deber de los órganos del Estado de respetarlos y promoverlos. Tales derechos se hallan garantizados por la Constitución y los tratados internacionales ratificados por Chile, que se encuentran vigentes.

Puede darse, sin embargo, que esos textos jurídicos no agoten la lista de los derechos fundamentales o bien que algunos de ellos puedan deducirse de la relación armónica que debe existir entre los diversos preceptos constitucionales. También incide la evolución del derecho internacional de

los derechos humanos, sea por la celebración de nuevos tratados, sea por la jurisprudencia de tribunales internacionales o bien por las resoluciones de los organismos de Naciones Unidas.

Así, destacados profesores de Derecho Constitucional admiten que la enumeración de derechos del Artículo 19 de la Constitución no es taxativa ni exhaustiva, abriendo la puerta para el reconocimiento de nuevos derechos. Tal es, por ejemplo, la opinión de los profesores Alejandro Silva Bascuñán, Humberto Nogueira y Lautaro Ríos, entre otros¹⁰. Esta posición ha sido asumida por el Tribunal Constitucional no sólo amparando el derecho de acceso a la información pública, sino también el derecho a la identidad personal (STC 1340/2009)¹¹. A nivel legislativo, se ha hablado explícitamente del derecho a conocer la verdad respecto de las violaciones a los derechos humanos y, en particular, en cuanto se refiere al paradero de las personas detenidas y luego desaparecidas, según lo prescribe el artículo 6° de la Ley 19.123¹².

El Tribunal Constitucional al declarar un nuevo derecho implícito, cual es el de acceder a la información pública, invoca como fundamento de esa decisión las siguientes normas constitucionales:

- a) Artículo 4°, que establece que Chile es una república democrática. Ello supone no sólo la responsabilidad política de las autoridades y la obligación de rendir cuenta de su gestión y la posible afectación de los derechos de las personas por acción u omisión del Estado, sino también el acceso a la información pública por parte de los ciudadanos, lo que es esencial para el control del desempeño de las autoridades;
- b) Artículo 19 N° 12, que garantiza la libertad de expresión. Dentro de tal libertad, como hemos visto, se encuentra la libertad de emitir opinión

¹⁰ Vial, Tomás (2010). *Constitucionalidad de la norma que dispone que es pública toda información que obra en poder de los órganos de la Administración*. Santiago. Informe en derecho acompañado por el Consejo de la Transparencia en la causa rol N° 2153-INA.

¹¹ García Barzelatto, Ana María (2012). “El derecho a la identidad personal: un nuevo derecho constitucional”. En *Derechos Fundamentales. Homenaje a Francisco Cumplido*. Santiago: Jurídica.

¹² Dicho artículo prescribe: “*Se declara que la ubicación de las personas detenidas desaparecidas, como igualmente la de los cuerpos de las personas ejecutadas y las circunstancias de dicha desaparición o muerte, constituyen un derecho inalienable de los familiares de las víctimas y de la sociedad chilena*”. Ver también: Galdames Zelada, Liliana (2012). “La Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación: su incidencia en la configuración de un derecho incipiente: el derecho a la verdad”. En *Derechos Fundamentales. Homenaje a Francisco Cumplido*, op. cit.

y de informar, la cual a su vez comprende el derecho a buscar y recibir información. El fallo cita jurisprudencia de los Tribunales de Justicia y los principios de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que consideran tal derecho de acceso como un elemento indispensable para el control ciudadano de la gestión pública y la participación ciudadana. Ello se encuentra en consonancia con lo establecido por la Ley de Prensa del año 2001.

c) Artículo 8°, que consagra desde el año 2005 el principio de publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, sus fundamentos y sus procedimientos, y estatuye en forma taxativa las causales de reserva o secreto que una ley de quórum calificado puede contemplar. Al respecto, el Tribunal se remite a un informe del Profesor Miguel Ángel Fernández sobre la historia del principio de publicidad a partir de la Comisión de Ética Pública creada durante el gobierno del presidente Eduardo Frei Ruiz Tagle, pasando por la reforma a la Ley Orgánica de Bases Generales de la Administración del Estado y la Ley de N° 19.880, de Bases Generales de los Procedimientos de los Órganos de la Administración del Estado, del 2003, que en su artículo 16 contempla el principio de transparencia y de publicidad, reiterando la norma constitucional sobre publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, sus fundamentos y documentos en que estos se contengan y los procedimientos utilizados para su elaboración o dictación. Consecuente con ello, prescribe 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”, y el artículo 17 consagra el derecho de las personas a “conocer en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados” y “acceder a los actos administrativos y sus documentos, en los términos previstos por la ley”.

Luego de analizar la reforma constitucional del año 2005 que dio origen al actual Artículo 8°, el Tribunal concluye que los fundamentos constitucionales directos del derecho de acceso a la información pública se encuentran tanto en el aludido precepto como en el Artículo 19 N°12, ambos de la Carta Fundamental, con una referencia más genérica al principio democrático del Artículo 4. El deber de publicidad de los actos del Estado es correlativo al derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública. El Tribunal sostuvo:

“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 iuspublicistas y tampoco a la jurisprudencia.

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 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...” (Pfeffer Urquiaga, Emilio (2005). Reformas constitucionales 2005. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pág. 29).

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 de la Carta Fundamental, que asegura a toda persona a 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 20º).

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. 55272001 y 57282001, considerando 9º).

A su turno, la Declaración de Principios de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de octubre de 2000, precisa que: “Sin esta

información (la que obra en poder del Estado) no puede ejercitarse plenamente el derecho a la libertad de expresión como un mecanismo efectivo de participación ciudadana ni de control democrático de la gestión gubernamental” (Principio N° 19).

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 y 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 este 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” (STC 634/2009, C. 9°).

Esta sentencia es de gran interés en términos de su desarrollo conceptual, así como también por constituir un núcleo jurisprudencial que se ha mantenido hasta la fecha, sin perjuicio de las inflexiones que analizaremos más adelante.

En esta materia, intervino también la Contraloría, construyendo a través de varios dictámenes el derecho de acceso a la información pública en torno al concepto de procedimiento administrativo concluido: los interesados en un procedimiento pueden tener acceso al conocimiento del mismo durante su tramitación, y los terceros sólo tienen una vez concluido. Así se daría cumplimiento al mandato constitucional del artículo 8°. Sin embargo, en el Dictamen N° 49.883 de 4 de abril del 2004, la Contraloría afirma que si

bien la ley de la época “no ampara a los interesados en obtener copia de documentos que no constituyen actos administrativos ni le sirven de fundamento, ello no significa que en virtud de esa disposición (Artículo 13 Ley N° 18.575), estos antecedentes sean secretos o reservados y no puedan o no deban darse a conocer a terceros interesados, toda vez que el principio de transparencia afecta a toda la gestión administrativa”. Al sostener esta interpretación amplia del principio de transparencia, el órgano contralor implícitamente estaba reconociendo el derecho de los ciudadanos de acceder a esa información.

En el mismo sentido, se orientó el instructivo enviado a todas las reparticiones públicas por el Ministerio Secretaría General de la Presidencia por Oficio N° 072 del 2006, luego de la reforma constitucional al Artículo 8°: “La expresión “actos” utilizada por el texto constitucional no es equivalente a “acto administrativo”, sino que abarca todo tipo de actuaciones, sean o no de las que ponen término a un procedimiento, sean o no de aquellas que contienen una decisión final. De este modo, ya no resulta procedente denegar el acceso porque la información solicitada no corresponda a un acto administrativo terminal ni a documentos que le sirvan de complemento o sustento directo o esencial”.

La posición del Tribunal Constitucional fue confirmada por la STC1732 y 1800 del 2011. A continuación, reproducimos algunos considerandos que ilustran y desarrollan ese criterio.

Noveno. Que, tal como se dejó constancia en la historia fidedigna de la reforma constitucional respectiva, la publicidad y la transparencia no son términos idénticos. En efecto, el profesor Rolando Pantoja ha señalado que *“en general la publicidad se entiende como el hecho de notificar o publicar un acto, pero el sentido que le asigna la Ley sobre Probidad Administrativa fue más bien el de dar a conocer y tener siempre a disposición de los ciudadanos los actos de la Administración. La publicidad, entonces, está estrictamente ligada a los actos de la Administración, en tanto que la transparencia está vinculada a los procedimientos, contenidos y fundamentos de estos actos”*. Por su lado, el profesor Humberto Nogueira indica 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". (En Pfeffer U., Emilio (2005). Reformas Constitucionales 2005. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, pp. 29 y 30). En el mismo sentido, el senador Larraín hizo presente que la publicidad "*consiste en dar a conocer los contenidos y fundamentos de las decisiones que se adoptan*", mientras que la transparencia "*significa que las personas puedan acceder a la información*" (En: Senado de la República (2006). Reformas Constitucionales 2005, historia y tramitación, p. 49);

Décimo. Que de este modo, como ha señalado un autor, la publicidad "*se configura más bien como una obligación de los órganos del Estado, ligada al imperativo de dar a conocer sus actos decisorios*", mientras que la transparencia "*se vincula a los procedimientos, contenidos y fundamentos de estos actos, tema que se asocia al derecho de las personas a ser informadas*" (Hernández E., Domingo (2005). "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". En *La Constitución reformada de 2005*. Ed. Humberto Nogueira A., p. 33);

Undécimo. Que, por otro lado, la Constitución Política también asegura el derecho de acceso a la información pública como una manifestación de la libertad de información contenida en el artículo 19, N° 12°, de la propia Carta. En efecto, tal como lo señalara este Tribunal Constitucional, la "*historia y la doctrina constitucional en general permiten afirmar que estas libertades –se refiere a las de opinión e información– comprenden también el derecho a recibir informaciones*" (Rol N° 226/1995, consid. 20);

Duodécimo. Que este mismo Tribunal ha concluido 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 este supone por parte de los órganos del Estado hacia la ciudadanía*". Al mismo tiempo, la publicidad de los actos de tales órganos, que se materializa, 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*" (Rol N° 634/2007, C. 9°.);

Decimotercero. Que a fines de los años noventa se modificó la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, incorporando

expresamente en su articulado el principio de transparencia en el ejercicio de la función pública, “*de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella*” (artículo 13 de la Ley N° 18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado, modificado por la Ley N° 19.653). De esta forma, como ha señalado este Tribunal Constitucional, “*el derecho de acceso a la información pública surgió primeramente a nivel legal para ser posteriormente recogido, en los términos que se han reseñado, por la reforma constitucional de agosto de 2005, en el artículo 8º, inciso segundo, de la Carta Fundamental*” (Rol N° 634/2007, C. 11º);

Decimocuarto. Que, por otro lado, es posible sostener que la publicidad de las actuaciones de los gobernantes se encuentra íntimamente vinculada con el régimen republicano y democrático que establece el artículo 4º de nuestro Código Político. Así por lo demás se dejó constancia en la discusión de la reforma constitucional de 2005 (Pfeffer U., Emilio (2005). *Reformas Constitucionales 2005*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, p. 29). Por lo mismo, como lo recuerda Bobbio, uno de los principios fundamentales del Estado Constitucional Democrático es que “*la publicidad es la regla; el secreto, la excepción*” (Bobbio, Norberto (1989). *El futuro de la democracia. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica*, p. 67). Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “*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 cumplimiento de las funciones públicas*” (Corte I.D.H., *Caso Claude Reyes y otros*, de 19 de septiembre de 2006, párr. 86). En este mismo sentido, la Carta Democrática Interamericana, en su artículo 6º, afirma que “[*l*]a participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo [*...es*] una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia”. Esto último, en concordancia por lo demás con lo que establece el inciso final del artículo 1º de la Constitución Política de la República, en cuanto impone al Estado el deber de asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional. Adicionalmente, debe tenerse presente que la Carta Fundamental asegura, en su artículo 19, N° 14º, el derecho de petición, conforme al cual se pueden 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;

Decimoquinto. Que la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado tiene excepciones que contempla la Constitución en el propio inciso segundo de su artículo 8°, las que dicen relación con los valores y derechos que la publicidad pudiere afectar: 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. Obviamente, según lo ha sentenciado esta Magistratura, la interpretación de dichas excepciones debe efectuarse restrictivamente. En tal sentido, el senador Larraín señaló durante la tramitación de la reforma constitucional que las excepciones “*deben interpretarse en sentido estricto, como toda excepción en el ámbito legal*” (En Senado de la República (2006). *Reformas Constitucionales 2005, historia y tramitación*, p. 55);

Sin embargo, el Tribunal Constitucional en un reciente fallo (STC1990/2012), acogiendo un recurso de inaplicabilidad que se analiza más adelante, fundamenta su decisión dando una interpretación más restrictiva de los preceptos constitucionales señalados, con lo cual relativiza la jurisprudencia anterior. Efectivamente, en ella se sostiene que el artículo 8° de la Carta Fundamental “establece una declaración genérica de publicidad de ciertos aspectos de la actuación de los órganos del Estado. No habla ni de acceso, ni de entrega, ni de transparencia. No los descarta; pero tampoco cierra posibilidad al legislador. Tampoco habla de información” (c.8°); ni siquiera se consagraría un principio general de publicidad (c.9°) y, mucho menos, el derecho correlativo de los ciudadanos de acceder a la información pública (c.25°). Tampoco contemplaría una obligación de regular por medio de la ley esta situación, como ha ocurrido con la Ley 20.289.

Esta sentencia constituye una inflexión respecto de lo sostenido precedentemente por el Tribunal Constitucional. Por ello, como Ministro del Tribunal que concurrí a lo resuelto en ese caso, hice presente que no compartía una serie de considerandos, con la siguiente prevención que estimo oportuno reproducir:

1. Que, la Constitución asegura el derecho de acceso a la información pública, según se desprende de lo dispuesto por los artículos 19, N° 12°, y 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 mismo se desprende del deber de publicidad que establece el artículo 8°, directamente en lo relativo a la transparencia activa e indirectamente a la pasiva. Ello ha sido reconocido por esta Magistratura en los precedentes sobre la materia (STC 634, 1732 y 1800);

2. Que, el deber de publicidad a que se encuentran sometidos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen, es una exigencia constitucional. No corresponde a la autoridad determinar la oportunidad de hacer públicos tales actos, documentos e informaciones. Su publicidad, por ende, no puede ser postergada u obstaculizada por los órganos del Estado, los que sólo pueden mantener reserva o secreto al respecto cuando una ley de quórum calificado lo autorice en los casos en que la propia Constitución lo prescribe expresamente;

3. Que, en el presente caso, el Tribunal ha declarado inaplicable los preceptos 5º, inciso segundo, y 21 N° 1º, de la Ley N° 20.285, Ley sobre Acceso a la Información Pública, en la gestión pendiente sub-lite, en razón de la magnitud de la afectación al derecho a la vida privada que su aplicación habría significado para el requirente, infringiéndose el artículo 19 N°4 de la Constitución, al no atenerse a una de las causales de excepción expresamente contemplada por el artículo 8º de la Constitución, cual es la afectación de los derechos de las personas;

4. Que, lo anterior, no merma el principio de publicidad que consagra el artículo 8º de la Constitución. La publicidad de las actuaciones de los órganos del Estado se encuentra íntimamente vinculada con el régimen republicano y democrático que establece el artículo 4º de la Constitución. El artículo 8º consagra el principio de publicidad, y con ello el deber de los órganos del Estado de dar acceso a todos los ciudadanos, dentro del marco constitucional que también comprende las excepciones del artículo 8º y, para el caso sub-lite, el artículo 19 N°4;

5. Que, en consecuencia, la decisión de este Tribunal de acoger el recurso de inaplicabilidad se justifica por considerar que el informe psico-laboral de una persona contiene un conjunto de datos que entran dentro de la esfera de la vida privada del afectado que, en virtud de lo dispuesto por el Artículo 8º de la Constitución en relación con el Artículo 19 N° 4, no puede ser puesto a disposición de terceros, salvo que mediara el consentimiento del requirente, cuyo no es el caso.

Queda por ver de qué modo se desarrollará la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en esta trascendental materia. Sin embargo, no se ha puesto en discusión la existencia de un derecho fundamental implícitamente reconocido en la Constitución relativo al acceso a la información pública. Lo que se discute es su alcance, sus fundamentos constitucionales y su

relación con el principio de publicidad y transparencia. También se debate el concepto mismo de “información pública”, partiendo de la base que ella consiste en la que obra en poder de la Administración del Estado, sea de su propia titularidad o de terceros, y que tenga una relevancia pública, contenida en registros y archivos públicos¹³.

V. EL CONTROL PREVENTIVO DE LA LEY 20.285, ROL 1051-2008

El análisis que el Tribunal Constitucional hizo del proyecto de ley que luego sería la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, no dio origen a mayor controversia. Dada la limitación de la competencia del Tribunal Constitucional cuando efectúa un control preventivo, su atención se centró en la naturaleza y funciones del organismo público creado para controlar que la Administración del Estado cumpla con sus obligaciones de transparencia activa y pasiva: el Consejo para la Transparencia (CPLT). Su creación surgió como una necesidad ineludible si se quería superar la ineficacia de la modificación anterior a la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado que había consagrado ese derecho y que, en la práctica, no tuvo ninguna aplicación concreta, pese a contemplar un recurso ante los tribunales de justicia en caso de denegación de la información solicitada.

El Consejo para la Transparencia se inspiró tanto en el órgano similar mexicano, el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos (IFAI), como en el inglés, el cual vela a la vez por la implementación de la transparencia y por la protección de los datos personales. Se pretendía contar con un organismo autónomo e independiente del Gobierno, para cumplir esas delicadas funciones.

Durante la discusión parlamentaria, se suscitó un debate sobre la naturaleza jurídica de tal organismo y si era posible crearlo por ley simple u orgánica constitucional, o si debía tener rango constitucional. Dada la dificultad de modificar la Constitución, se optó por la vía legal, sabiendo que se estaba explorando un área jurídicamente delicada sobre la cual existen diversas

¹³ Camacho C., Gladys (2010). “Algunas precisiones sobre el concepto de información pública”. En Letelier, Raúl y Rajevic, Enrique (coordinadores), *Transparencia en la Administración Pública*. Santiago: Universidad Alberto Hurtado, Legal Publishing.

posiciones en Derecho Administrativo¹⁴. Como el CPLT tendrá siempre que dirimir en única o primera instancia, según la causal de excepción que se invoque, conflictos que puedan suscitarse con organismos públicos, y siguiendo la experiencia internacional, parecía necesario dotarlo de la mayor autonomía posible.

Según Enrique Rajevic, el CPLT puede ser asimilado a lo que la doctrina denomina “Administraciones Independientes”¹⁵, pues se trata de un órgano de la Administración Pública, al cual la ley le asigna una autonomía reforzada para poder desempeñar servicios de interés general y funciones relevantes, que por su naturaleza exigen un estricto apego a criterios de neutralidad, sin sesgo partidista alguno. Lo homologa al Servicio Electoral, al Consejo de Alta Dirección Pública y al Instituto de Derechos Humanos. Se busca evitar la interferencia partidista o gubernamental. Por eso, la vinculación del CPLT con el Presidente de la República es débil. Este tipo de organismos públicos, que forma parte de la Administración del Estado, tiene su fundamento en el Artículo 65 inciso 4° N°s. 2 y 3 de la Constitución, que habla precisamente de los organismos autónomos. Por todo lo anterior, el Artículo 21 inciso 2° de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado excluye al CPLT de las normas de su Título II. Con ello, justamente se trata de establecer una institución con garantías suficientes de libertad para ejercer sus atribuciones, las cuales lo pueden llevar a contradecir posiciones del Gobierno que esté en funciones.

Un punto muy debatido fue la relación de tal organismo con la Contraloría General de la República. Luego de escuchar los planteamientos del contralor Ramiro Mendoza, durante la discusión legislativa del proyecto, la Comisión mixta y el Gobierno concordaron un texto que deja todavía muchos puntos por definir, pero que avanza lo más posible en la autonomía del Consejo para la Transparencia. En lo esencial, se estableció el CPLT como una corporación autónoma de derecho público (Art. 31), cuya función es “promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento

¹⁴ Otra institución recientemente creada, que sigue el mismo derrotero, es el Instituto Nacional de los Derechos Humanos, al cual también el legislador quiso dotar de la más amplia autonomía posible para cumplir con los denominados Principios de París, que estableció la Unesco para organismos de derechos humanos de esta naturaleza en diverso países.

¹⁵ Rajevic, Enrique (2010). “El Consejo para la Transparencia como Administración Independiente”. En *Transparencia en la Administración Pública*. Santiago: Abeledo Perrot, pp. 231 a 247.

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), para lo cual resuelve los reclamos por incumplimiento de los deberes de la transparencia activa o por denegación de información, dicta instrucciones generales, formula recomendaciones, debe velar por la debida reserva de los datos e informaciones que tengan carácter de secreto o reservado y por el adecuado cumplimiento de la Ley N° 19.628, sobre protección de datos de carácter personal, por parte de los órganos de la Administración del Estado. Por último, el Artículo 43 establece que el Consejo debe atenerse a las normas sobre administración financiera del Estado y queda sometido a la fiscalización de la Contraloría en lo concerniente a su personal y al examen y juzgamiento de sus cuentas. Sus resoluciones están exentas del trámite de toma de razón y sólo puede reclamarse de sus resoluciones por medio de un recurso de ilegalidad que se habrá de interponer ante la respectiva Corte de Apelaciones.

Justamente, sobre este punto, centró su atención el Tribunal Constitucional al efectuar el control preventivo del proyecto de ley.

En primer lugar, la sentencia Rol N°1051 establece que las facultades del CPLT tienen como límite las excepciones a la publicidad que determine el legislador de quórum calificado, según lo dispone el Artículo 8° de la Constitución. Es decir, la ley puede mediante un quórum especial, establecer secretos y reservas siempre que esas causales entren dentro de las que permite la Constitución.

Enseguida, el Tribunal Constitucional dictaminó que si bien la fiscalización de la Contraloría respecto del CPLT está delimitada por la ley, ello es sin perjuicio de su facultad de control amplio de legalidad, según lo prescribe el Artículo 98 de la Constitución Política. Hasta ahora, que sepamos, no se ha planteado un reclamo ante ese organismo contralor para que ejerza tan amplias atribuciones sobre el CPLT. La Contraloría, en todo caso, no podría conocer de reclamos ante las resoluciones del CPLT, pues para tal evento la ley ha dispuesto la intervención de la Corte de Apelaciones correspondiente. Ese criterio ha sido ratificado por la propia CGR en un conflicto suscitado entre Chilevisión y el Consejo Nacional de Televisión, que aunque tiene autonomía constitucional, sirve para ilustrar el punto.

Como contrapartida, el Tribunal Constitucional reafirmó la autonomía organizativa, institucional y normativa de la Contraloría General de la República, de rango constitucional, de la cual se deriva que el CPLT no tenga

ninguna tuición sobre ese organismo, ni respecto de transparencia activa, ni pasiva. Tampoco se le aplican sus instrucciones. Igual criterio reafirmó el Tribunal respecto de los demás órganos del Estado que tienen autonomía constitucional, tales como el Banco Central, el Tribunal Constitucional, Ministerio Público y Justicia Electoral, amén de los otros poderes del Estado.

Entre algunos votos particulares de interés, cabe destacar el de los ministros Bertelsen Repetto y Correa Sutil, que cuestionaron la facultad del CPLT de dictar instrucciones obligatorias para la Administración del Estado, por considerar se invadía las atribuciones del Presidente de la República. Por su parte, el ministro Mario Fernández Baeza, en un voto personal, cuestionó la constitucionalidad del proyecto en su totalidad.

En síntesis, se puede sostener que el Tribunal Constitucional reafirmó su jurisprudencia anterior en orden a reconocer y garantizar el derecho de acceso a la información pública, centrando su atención durante el control preventivo de esa iniciativa legal, en la naturaleza y atribuciones del CPLT y su relación con la Contraloría General de la República y otros órganos autónomos del Estado.

VI. DOS CASOS DE TRANSPARENCIA REFERIDOS AL ESTATUTO DE TVN Y LA UNIVERSIDAD DE CHILE

La reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha referido a casos en que se produce un conflicto entre el deber de publicidad y transparencia versus la privacidad de los sujetos que se sienten afectados por el conocimiento de ciertos datos que estiman privados. Estos recursos de inaplicabilidad fueron planteados por los altos ejecutivos de una empresa pública y por una universidad del Estado.

Un primer caso se refería a la transparencia activa de “Sueldos de Ejecutivos de TVN” (STC 1732 y 1800 del 2011). Acá se alegó que el conocimiento público de todas las remuneraciones percibidas en el año por cada director, presidente ejecutivo o vicepresidente ejecutivo y gerentes responsables de la dirección y administración superior de la empresa, afectaría el derecho a la vida privada de los ejecutivos y vulneraría la igualdad ante la ley con que deben funcionar las empresas públicas o aquellas en que el Estado tenga participación accionaria superior al 50%.

En esta sentencia, se reafirma el fundamento constitucional del derecho de acceso a la información pública, como hemos ya reseñado. Se recuerda el pensamiento de N. Bobbio según el cual en un régimen democrático la transparencia debiera ser la regla general y la reserva o secreto, la excepción (C. 14). Además, se hace referencia al inciso final del Artículo 1° de la Constitución al señalar como deber del Estado “asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”, como otro sustento del derecho de acceso a la información pública; lo mismo con el Artículo 19 N°14 que consagra el derecho de presentar peticiones a la autoridad sobre cualquier asunto de interés público o privado.

El Tribunal Constitucional resolvió que la Ley N° 20.285, al establecer en su artículo 10 la obligación de la transparencia activa en forma restringida para las empresas públicas creadas por ley, las empresas del Estado y aquellas en que este tiene una participación accionaria superior al 50%, se aviene a la Constitución, pues coloca a esas empresas una exigencia mayor que a las empresas privadas, debido a su carácter público, y que la letra h) que establece la publicidad de las remuneraciones de su plana directiva, no vulnera la privacidad garantizada por el Artículo 19 N°4 de la Constitución, visto que tales datos no son sensibles y la ley puede autorizar su conocimiento público por razones de bien común, como ocurre en numerosos casos análogos. La sentencia señala:

“Se encuentran fuera del ámbito protegido de la vida privada aquellos datos o aspectos que acarrearán repercusiones para la ordenación de la vida social y pueden afectar derechos de terceros e intereses legítimos de la comunidad. Por eso la Ley de Protección de Datos Personales prescribe que éstos pueden ser recolectados, almacenados y difundidos por terceros cuando una ley lo autorice, lo que ocurre en diversos y múltiples ámbitos de nuestro ordenamiento jurídico, o previa aquiescencia de su titular. La sociedad actual no podría funcionar sin el tratamiento legal de los datos personales, que se ve facilitado por la aplicación de la informática (C. 27).

“El legislador, cuando ha señalado ámbitos esenciales de la esfera privada que se encuentran especialmente protegidos, ha definido la información relativa a los mismos como datos sensibles, que, conforme a la Ley de Protección de la Vida Privada, son “aquellos datos personales que se refieren a características físicas o morales de las personas o a los hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y las opiniones políticas, las creencias y las convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual” (artículo 2°, letra g), Ley N° 19.628). Así, aquellas informaciones –según la ley– forman parte del núcleo esencial de la intimidad y su resguardo debe ser mayor.

Una intromisión en ese ámbito, si no está bien regulada por la ley, puede lesionar la libertad del individuo en cualquiera de sus ámbitos: libertad de pensamiento, de expresión, ambulatoria, de asociación, etcétera. Pero incluso en esa esfera particularmente delicada, la ley puede autorizar un conocimiento parcial o completo de ciertos datos, como ocurre por ejemplo cuando está en juego la salud pública o en procesos de investigación o juzgamiento de delitos, en el marco de un justo y racional procedimiento” (C. 28).

El Tribunal reconoce que ni el derecho de acceso a la información pública, ni la protección de la vida privada tienen un carácter absoluto. Sin embargo, la revelación de las remuneraciones que establece el artículo 10 h) de la Ley N° 20.285 no lesiona el núcleo central de la intimidad o de la vida privada, que está constituido principalmente por los datos sensibles tal como son definidos por la Ley N° 19.628, artículo 2, letra g), que tiene por finalidad protegerlos.

El segundo caso se refiere a un recurso de inaplicabilidad interpuesto por la Universidad de Chile, en el cual se alegaba que no le resultaba aplicable el estatuto de la Ley N° 20.285 toda vez que no desempeñaba una función administrativa, y que las obligaciones de transparencia activa y pasiva vulneraban su autonomía reconocida constitucionalmente¹⁶. Esta posición era seguida con mayor o menor entusiasmo por varios planteles universitarios pertenecientes al Estado.

El Tribunal Constitucional en sentencia rol N° 1892, del año 2011, reafirmó la vigencia de los principios de publicidad y transparencia y la doctrina de la Contraloría General de la República sobre la naturaleza de las universidades públicas como servicios descentralizados pertenecientes a la Administración del Estado. En tal calidad, están sometidas a lo dispuesto por el Artículo 8° de la Constitución y, por el principio de legalidad, a lo dispuesto por la Ley de transparencia y acceso a la información pública.

Conforme a dicha sentencia, no puede la Universidad de Chile ampararse en su autonomía para eximirse de cumplir la ley y determinar por sí misma qué información hace pública y bajo qué condiciones. Según el Artículo 8 de la Constitución, cualquier excepción debe estar fundada en una causal constitucional y establecida por una ley de quórum calificado.

¹⁶ Se impugnaba la parte final del inciso primero del artículo 2° de la Ley N° 20.285, en causa sobre recurso de queja interpuesto en contra de los Ministros Titulares y el abogado integrante de la Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago.

Respecto al papel que juega el Consejo para la Transparencia, el Tribunal Constitucional reiteró que autonomía no se opone a control dentro de los ámbitos que establezca la ley. El Tribunal volvió a insistir en el papel que, a su vez, tiene la Contraloría respecto del CPLT. Se señaló:

“Que, en razón de las consideraciones expuestas, es posible afirmar las siguientes conclusiones:

- 1) La Universidad de Chile, sin perjuicio de regirse por las normas específicas que imperan en el campo de su especialidad, reúne todas las condiciones que permiten reconocerla como un servicio público creado para el cumplimiento de la función administrativa estatal, para cualquier efecto legal. Alcanzándole, por ende, todas las normas constitucionales y legales que, al estatuir o desarrollar aquellos principios básicos atinentes al orden institucional de la República, deben acatarse unánimemente dentro de la Administración del Estado, con arreglo al principio de juridicidad recogido en los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental.*
- 2) Desde que entró en vigencia la reforma introducida por la Ley N° 20.050 al artículo 8° constitucional, con fuerza obligatoria directamente vinculante, ninguna autoridad administrativa pudo establecer como secretos o reservados los antecedentes a que ella se refiere y que existan en su poder, toda vez que esta determinación se radicó única, exclusiva y excluyentemente en leyes de quórum calificado. Por consiguiente, fue esta Ley N° 20.050, y no su posterior inclusión en las normas de la Ley N° 20.285, la que privó a dicha casa de estudios superiores de toda opción para regular a través de decretos internos qué materias concernientes a ella se pueden divulgar o retraer del conocimiento público.*
- 3) Contra lo que dice el recurso, no existe inconstitucionalidad de suyo por el hecho de que la Ley de Transparencia, aprobada por la Ley N° 20.285, haya incorporado en sus normas a los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, abarcando, de esta forma, a la Universidad de Chile, comoquiera que ello no significa privarla de alguna autonomía de índole constitucional que, en todo caso, únicamente puede desplegarse en el ámbito estrictamente educacional. Sostener lo contrario, implicaría otorgar a ese plantel universitario un estatus constitucional propio de un poder separado de la Administración del Estado, del que carece, amén de reconocerle posesión sobre una capacidad reglamentaria absoluta e ilimitada, que tampoco le ha sido otorgada.*
- 4) Tampoco dicho plantel universitario puede estimar lesionada su autonomía de gestión administrativa, para adoptar independientemente las decisiones que corresponda dentro de su competencia y especialidad, por la circunstancia de quedar*

afecto a la fiscalización del Consejo para la Transparencia. El eventual trastorno o peligro que la aplicación de esta ley pudiere ocasionar a la Universidad de Chile, a falta de mayores antecedentes, no puede ser considerado en esta oportunidad. Sin perjuicio de hacer notar, este Tribunal, los cauces institucionales que el ordenamiento vigente contempla a los efectos de resguardar la marcha normal” (C. 17).

VII. TENSIONES EN TORNO AL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

Durante este 2012, ha habido tres sentencias en materia de acceso a la información, una referida a la limitación de la Competencia del Consejo para la Transparencia y el establecimiento de regímenes especiales de acceso; y dos sentencias referidas a la tensión del derecho de acceso con el derecho a la vida privada.

1. Establecimiento de regímenes especiales de acceso

Controlando preventivamente la constitucionalidad de la Ley N°20.568, que Regula la Inscripción Automática, Modifica el Servicio Electoral y Moderniza el Sistema de Votaciones, el Tribunal Constitucional en sentencia rol N°2152/2012, debió pronunciarse sobre la publicidad del Registro Electoral en sus diversas fases de elaboración como base del padrón electoral que se usa en cada elección.

El Tribunal señaló, refiriéndose a la elaboración del Registro Electoral, que los límites al acceso a la información no pueden ser arbitrarios. El Tribunal declaró inconstitucional un precepto legal que restringía el conocimiento del Registro a los centros de investigación o de estudio y entregaba al Consejo del Servicio Electoral la atribución discrecional para denegar información, sin parámetro alguno. Lo mismo señaló respecto de la disposición que limitaba el acceso al Padrón Electoral Provisorio y la Nómina Provisoria de Inhabilitados a los partidos políticos. A juicio del Tribunal, tales restricciones a la publicidad del Registro y con ello al derecho a acceso a la información, vulneran el principio de igualdad ante la ley contemplado en el artículo 19, N° 2° de la Constitución Política y el carácter público del sistema electoral dispuesto por el artículo 18 de la misma (C. 36°).

Por otra parte, el Tribunal efectuó un entendido sobre el artículo 4° que establece que “*el conocimiento público del Registro Electoral procederá en la forma dispuesta en el Párrafo 1° del Título II*”. A juicio de la mayoría del Tribunal corresponde, en consecuencia, concluir que no obstante que el Servicio

Electoral está afecto a la Ley de Acceso a la Información Pública como todo órgano de la Administración del Estado, la publicidad del Registro Electoral no se rige por dicho cuerpo legal, sino por la misma ley electoral, concluyendo que esta contempla un sistema paralelo de acceso a la información pública distinto al de la Ley 20.285. Con ello, el Tribunal excluyó la intervención del CPLT y del sistema de reclamos que ese cuerpo legal establece en caso de denegación de la información solicitada. El Tribunal señaló, al respecto:

“Conforme a dicha disposición debe concluirse que, sin perjuicio de que el órgano público denominado Servicio Electoral se rija por la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, el acceso a la información contenida en el Registro Electoral se efectúa únicamente en la forma que el proyecto de ley establece, sin que quepa aplicar las disposiciones de la Ley N° 20.285. Por de pronto, porque el legislador orgánico constitucional ha establecido un mecanismo especial de acceso, dada la relevancia e importancia que contiene, para el sistema democrático, el Registro Electoral, excluyendo otros mecanismos. Enseguida, porque la normativa se enmarca dentro del artículo 18 de la Constitución, que obliga a establecer un “sistema electoral público”. No se trata, en consecuencia, de forzar la integración de dos mecanismos legales. El proyecto de ley estableció su propio mecanismo, su propio sistema. Además, la ley del artículo 18 de la Constitución exige que ese sistema se rija por una ley orgánica constitucional, lo que no ocurre con la mayoría de los preceptos de la Ley N° 20.285. En consecuencia, el nuevo artículo 4° de la Ley N° 18.556, con excepción de su inciso segundo, se declarará conforme con la Constitución, en el entendido de que el acceso a la información contenida en el Registro Electoral se regirá exclusivamente por las normas de esta ley orgánica constitucional” (C. 32°).

Esta posición del TC puede en el futuro entrabar el flujo de la información del Registro Electoral. Es de esperar que la hipótesis de rechazo a una solicitud de información no se produzca, y si ocurriere entonces entrarán en juego las diversas instituciones llamadas a resolver el problema.

2. Un caso de privacidad: STC 1990/2012

Una persona solicitó mediante acción de amparo, al Consejo para la Transparencia, el acceso a la información del Servicio Civil sobre el concurso público de reclutamiento de personal para el cargo de Director Nacional del FOSIS. A dicha solicitud, se opuso el tercero interesado que había sido seleccionado, invocando protección de datos personales y derecho a la vida privada, y el Servicio se negó a entregar dicha información fundado en la casual N°1 letra b) del art. 21 de la ley N° 20.285 (debido cumplimiento de las funciones del órgano) y N°2 del mismo artículo (afectación de derechos

de terceros). El 3 de mayo de 2010, el Consejo para la Transparencia accedió a la acción de amparo, señalando que debía entregarse toda información, salvo las referencias de terceros dentro del proceso. Se ordenó entregar la información referida al requirente, y respecto de los otros postulantes, se ordenó la elaboración de una versión pública de criterios en que se funda la calificación final, un informe curricular, la descripción de motivación, el puntaje asignado a cada atributo del perfil correspondiente a ese cargo.

De dicha resolución, el requirente y el Consejo de Alta Dirección Pública reclamaron de ilegalidad, en causa seguida ante la Corte de Apelaciones de Santiago, caratulada “Dirección Nacional de Servicio Civil con Consejo para la Transparencia”. Encontrándose pendiente dicha gestión, el requirente entabló acción de inaplicabilidad de los artículos 5º, inciso segundo, y 21, Nº1, letra b), de la Ley Nº 20.285, sobre Acceso a la Información Pública.

El Tribunal Constitucional resolvió que efectivamente el informe psicolaboral del requirente que había ganado el concurso, caía dentro de la excepción a la publicidad contemplada en la Constitución y en la Ley Nº 20.285, artículo 21 Nº 2. Además, la ley que estableció el sistema de Alta Dirección Pública contempla que ese tipo de antecedentes sean reservados y lo hace con el quórum constitucionalmente exigido. Se señaló entonces que:

“las evaluaciones personales se encuentran comprendidas en la vida privada de las personas. En primer lugar, porque así lo establece la ley. Ya señalamos en otra parte de esta sentencia que toda información relativa a los estados de salud, físicos o psíquicos, de las personas, constituye datos sensibles (artículo 2º, letra g, Ley Nº 19.628). Asimismo, la Ley Nº 19.882 así lo establece, al señalar que la nómina del concurso es reservada (artículo 50) y que el proceso de selección tiene carácter confidencial, debiendo la Dirección Nacional del Servicio Civil disponer las medidas necesarias para garantizar esta condición (artículo 55). Enseguida, los tribunales, en reclamos de ilegalidad contra decisiones del Consejo para la Transparencia, donde se discutía la publicidad de estos informes, así también lo han establecido. (Por ejemplo, roles 7938/2010; 436/2010; 3436/2010, todos de la Corte de Apelaciones de Santiago). A continuación, el propio Consejo para la Transparencia, hasta antes de la resolución que obligó a la Dirección del Servicio Civil a entregar la información del recurrente, así lo consideraba, tal como se reconoció en estrados por el abogado representante de dicho Consejo” (C. 39).

“Consideramos, por tanto, que la entrega de la evaluación personal y de los

documentos anexos a ella vulnera la vida privada del requirente, pues contiene información sensible, que no puede ser conocida por terceros ni difundirse. En nada obsta a lo anterior el que para fundar la constitucionalidad de la norma impugnada se haya sostenido en estrados que no se afecta la vida privada, porque la publicidad que manda el artículo 8° es base de la institucionalidad. Al respecto, cabe señalar que si bien el artículo 8° constitucional se encuentra inserto en las bases de la institucionalidad, este está estructuralmente limitado por el secreto o la reserva, el que procede, entre otras razones que debe tener en cuenta el legislador, por afectar derechos de las personas. La publicidad siempre debe armonizarse con esos derechos. Por lo demás, el artículo 19 de la Constitución, que se encuentra en el Capítulo III de la misma, donde se consagra la protección de la vida privada, no por eso tiene menor entidad o valor que las disposiciones contenidas en el Capítulo I. Más todavía si la Constitución garantiza, respecto de la vida privada, su “respeto y protección” (C. 40).

El Tribunal Constitucional desechó la alegación del CPLT en el sentido que esa reserva terminaba una vez concluido el proceso de selección del cargo por llenar. El fallo, como ya se indicó, innova en la jurisprudencia tradicional sobre el fundamento del derecho de acceso a la información pública.

Como la norma impugnada fue el Artículo 5° inciso 2° de la Ley de Acceso a la Información Pública, el asunto derivó hacia un tema de índole más general, a saber, si la información que debe estar a disposición de los ciudadanos se refiere sólo a los actos y resoluciones de los órganos del Estado, sus fundamentos y procedimientos según lo establece el artículo 8° de la Constitución, o, como señala el artículo 5 inciso 2° de la Ley 20.285, toda información elaborada con fondos públicos o que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato o soporte. Por su parte, el Artículo 10 de la ley reitera el concepto del inciso 2° del artículo 5° al precisar el derecho que asiste a toda persona a solicitar y recibir información, que 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 que sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales”; por su parte, el artículo 11 a) de la misma ley consagra el principio de relevancia, indicando que “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”.

Las opiniones sobre el verdadero alcance del inciso 2° del artículo 5° en relación con los artículos 10 y 11 a), a la luz de la Constitución, encuentran divididos a los especialistas. Algunos insisten en que debe primar una

interpretación restrictiva apegada a la letra de la Constitución¹⁷; otros, en cambio, afirman que la Constitución fijó un piso básico de publicidad, pero que nada impide a la ley ir más allá, consagrando como regla general el principio de la publicidad de la información que obre en poder de la Administración, salvo las excepciones que contempla la Constitución y las leyes de quórum calificado¹⁸. Esta última posición aduce en su favor la historia del debate parlamentario que llevó al texto del inciso 2° del artículo 5° y una interpretación sistemática de la ley, apelando a los principios consagrados en el artículo 11 en el sentido de que toda información en poder de la Administración se presume relevante y pública. Son dos ópticas contrapuestas.

La Corte de Apelaciones de Santiago, fallando un reclamo de la Fundación Futuro, terció en la polémica en octubre del 2010, sosteniendo que para determinar si una información que obre en poder de los órganos de la Administración es pública, hay que atenerse a su naturaleza, origen y destino, y tratándose de información proveniente de particulares, la Corte sostiene que *“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 esta o porque se ha expresado en actos administrativos directos”* (C.10°), criterio que no fue compartido en un voto de minoría de Regina Clarck, quien sostuvo una interpretación más amplia del principio de publicidad.

Este es un punto de crucial importancia para la transparencia del accionar del Estado. A nuestro juicio, debiera primar el principio de máxima divulgación contemplado por el artículo 11 d) de la Ley 20.285, excluyendo solo aquella información que esté sujeta a las excepciones de reserva establecidas por la ley, que es plenamente concordante con el espíritu de la reforma constitucional del 2005 que reformó el artículo 8° de la Carta Fundamental.

Volviendo ahora al tema de la relación entre transparencia y vida privada, conviene hacer presente que el CPLT ha recurrido al instrumento de los test de daño y de interés público para resolver los problemas que se suscitan

¹⁷ Cordero, Luis (2011). *Informe en Derecho sobre la Imprudencia del acceso a la información pública en el caso de correos electrónicos*. Santiago. En una línea de reflexión más general pero en igual sentido, ver Fernández G., Miguel Ángel (2012). “La defensa de los derechos de las personas y la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia”. En *Derechos Fundamentales. Homenaje a Francisco Cumplido*. Santiago: Jurídica.

¹⁸ Vial, Tomás, op.cit.

entre la transparencia y la causal de reserva relativa a la afectación de los derechos de las personas, realizando un ejercicio de ponderación para determinar si el beneficio público resultante de conocer la información es superior que el daño que podría causar su divulgación. Nuestra legislación no contiene alguna indicación directa sobre estándares para guiar esta ponderación, como ocurre en otras latitudes. El CPLT en sus decisiones cuando se refiere expresamente a estos test, muchas veces se remite a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en el sentido que una limitación a un derecho fundamental sólo se justifica cuando es estrictamente necesaria o conveniente para lograr un objetivo constitucionalmente válido¹⁹.

Como se observa, se trata de un debate en plena evolución, que incide también en los casos relativos a los correos electrónicos que veremos a continuación.

3. Correos electrónicos institucionales de funcionarios públicos (STC 2153/2012)

El segundo caso es el referido a la publicidad de los correos electrónicos intercambiados entre el Subsecretario del Interior y la Gobernación de Melipilla relativos al uso de los fondos de la reconstrucción de esa comuna, los que fueron solicitados por su alcalde. En este caso, el Tribunal acogió la acción de inaplicabilidad en que se alegó que la publicidad de los correos electrónicos afectaría el derecho a la privacidad de las comunicaciones de los funcionarios públicos y la protección de la vida privada. Queda por resolver un requerimiento análogo planteado por el Ministro Secretario General de la Presidencia, que el Tribunal ha declarado admisible.

Esta jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional recae en un tema particularmente delicado y sensible, en pleno desarrollo como lo demuestra un Informe en Derecho preparado por Ignacio Covarrubias C. y José Manuel Díaz de Valdés, acompañado al proceso constitucional en cuestión. En dicho Informe, concluyen que “en EE.UU., Inglaterra y Canadá se considera que los correos electrónicos de funcionarios públicos son documentos públicos

¹⁹ Rajevic, Enrique (2009). *La Jurisprudencia inicial del Consejo para la Transparencia*. Revista de Derecho, p.46.

si existe vinculación entre la información solicitada y el desempeño público del funcionario...el elemento decisivo para determinar la publicidad o privacidad es el contenido del e-mail”²⁰. Especial relevancia pública tuvo en los EE.UU. la revelación de parte importante de los correos electrónicos de Sarah Palin, quien fuera candidata a la vicepresidencia de ese país en las últimas elecciones.

En Canadá, todo mensaje electrónico que contenga información generada, obtenida, adquirida, transformada o conservada en el curso del desempeño de funciones públicas, es considerado un documento que hipotéticamente puede ser conocido por los ciudadanos. Los correos electrónicos institucionales entran dentro de esa categoría. En cambio, los mensajes de carácter personal no constituyen documentos del Gobierno de Canadá.

A nivel europeo, se discute una convención que recoge recomendaciones vigentes del Consejo de Europa, que permitiría el acceso a los correos electrónicos de los funcionarios públicos, siempre que no concurra una excepción legítima como la privacidad de la información contenida en los mismos o que ellos formen parte del proceso deliberativo para adoptar una resolución. Por su parte, la Corte de Justicia de la Unión Europea considera que los correos electrónicos de las autoridades son documentos públicos y que no estarían amparados por la excepción del proceso deliberativo, lo que quedó reflejado en el Tratado de Lisboa de 2009. En Suecia, la ley garantiza expresamente el acceso a la correspondencia oficial cuando una carta u otro medio de comunicación verse sobre el ejercicio de la autoridad de un servidor público, lo que se aplica también a los correos electrónicos.

La revisión del contenido de los correos electrónicos para determinar la naturaleza pública o privada de la información que contienen, en EE.UU. es de tipo judicial, mientras que en Canadá y el Reino Unido la realiza un organismo público similar al CPLT. El control del respeto del derecho de acceso a la información pública resulta ser un punto clave²¹. Hay diversas soluciones posibles: desde la vía judicial hasta la administrativa y una combinación de

²⁰ Covarrubias Cuevas, Ignacio y Díaz de Valdés, José Miguel (2012). *Informe en Derecho acompañado ante el Tribunal Constitucional en el caso en referencia*. Santiago. Ver también el Comentario escrito de la Asociación de Abogados de la ciudad de Nueva York, también acompañado al proceso constitucional en cuestión.

²¹ Allesch P., Joham y Obando C., Iván. (2010) “El control del derecho de acceso a la información administrativa: la ley chilena en perspectiva comparada”. *En Transparencia...*, op. cit.

ambas. La ley chilena se inclina por un sistema integrado en que salvo para el caso en que el organismo público invoque la causal de entorpecimiento de sus funciones, la última palabra siempre la tendrán los Tribunales de Justicia, y habiendo una gestión judicial pendiente, se podrá recurrir, como hemos visto, al Tribunal Constitucional mediante un recurso de inaplicabilidad.

Las Cortes de Apelaciones tendrán, sin embargo, la última palabra cuando resuelvan el fondo del asunto. En el caso del Subsecretario del Interior, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago puede tener en cuenta que existen otras normas legales que establecen principios y reglas similares a los del artículo 5° inciso 2°, que no fueron cuestionadas en el recurso de inaplicabilidad. En un proceso anterior (Rol N° 7932-2011, de 09.05.12), esa misma Corte rechazó una reclamación análoga en contra de una decisión del Consejo para la Transparencia que ordenaba dar acceso a todos los antecedentes vinculados con la Evaluación Técnica del Proyecto Hidroeléctrico de Aysén, entre los que se encontraban los correos electrónicos institucionales de los funcionarios vinculados al asunto. En esa sentencia, la Corte de Apelaciones resolvió que *“la sola lectura de dichos correos permite concluir que sólo hacen referencia a información de carácter pública... y que no existe en dichos correos electrónicos comunicación alguna que diga relación con la vida privada de quienes los intercambian”* (C. 5°).

Recientemente dos reparticiones públicas –el Servicio Agrícola y Ganadero y un Seremi de Aysén– han cumplido con la resolución del CPLT de permitir el conocimiento de algunos correos electrónicos sin recurrir a la justicia.

En efecto, la propensión es a hacer públicos los correos electrónicos institucionales de los funcionarios públicos, con exclusión de la información de carácter privado que pudieren contener. En la medida que la Ley de Procedimientos Administrativos permite que ellos se realicen por vía electrónica y dada la importancia y difusión de las nuevas tecnologías, en un próximo futuro gran parte de la actividad del Estado utilizará medios electrónicos. Por eso es que la tendencia mundial es a establecer la publicidad o reserva según la naturaleza de la información que se transmita y no el soporte en que ella quede registrada. La distinción que se hace en Canadá entre correos que constituyen documentos públicos y mensajes privados, será un buen parámetro para ir resolviendo el dilema.

Si bien por regla general no existe legislación específica en derecho comparado referida a los correos electrónicos de funcionarios públicos, lo normal es que las Cortes se atengan a ese criterio, analizando en cada

caso si la información es privada o pública. En México, se ha dictado una recomendación que hace públicos los correos electrónicos de los funcionarios (Diario Oficial 10.02.2009). La Corte Interamericana de Derechos Humanos no tiene ninguna sentencia al respecto todavía.

La sentencia del Tribunal Constitucional parte por afirmar que el régimen estatutario de los funcionarios públicos no suspende sus derechos como ciudadanos y reitera el concepto interpretativo restrictivo del artículo 8° de la Constitución Política, sosteniendo que el mandato de publicidad se refiere sólo a ciertos asuntos, tesis ya sostenida en la STC 1990/2012, y que ese precepto no consagra un derecho de acceso a la información. El fallo desarrolla el principio deliberativo, argumentando que “hay conversaciones, reuniones, llamados telefónicos, diálogos, órdenes verbales de los cuales no se lleva registro de ningún tipo. Y, por lo mismo, nunca serán públicos” (c.XIX), en contraposición a los elementos de los expedientes administrativos, según la Ley 19.880.

Continúa el TC razonando en el sentido que los correos electrónicos no son necesariamente actos administrativos, pues aquellos son básicamente un medio de comunicación digitalizado a través del cual se transmiten diversos tipos de mensajes. Acude a la Ley 19799 para definir lo que es un documento electrónico (artículo 2° d), y al Reglamento de la Ley 20.285 (D.S. 13, 2009, Minsejpres). Para que un documento pueda ser conocido, debe ser complemento directo o esencial de un acto administrativo.

En consecuencia, el artículo 5° inciso 2° de la Ley 20.285, impugnado en el caso sub lite, vulneraría el Artículo 19 N° 5 de la Constitución, pues los correos electrónicos caben dentro de la expresión “comunicaciones y documentos privados” que la Carta Fundamental utiliza. El TC considera que la Ley 20.285 no contiene ninguna autorización para inspeccionar tales comunicaciones como lo prescribe la Constitución. El artículo 5° de esa ley excede lo previsto en la Constitución, pues amplía la información a la que se tiene acceso al separarla completamente de los actos y resoluciones de los órganos del Estado o de documentos que consten en un procedimiento administrativo.

Por su parte, el voto de minoría de los ministros Fernández, García y el suscrito, reafirma la existencia del derecho a la información pública y descarta que en la especie esté en juego la garantía del artículo 19 N° 5 de la Constitución Política, remitiéndose al método de la ponderación para resolver una posible antinomia entre tal derecho y la protección de la vida

privada. Para lo cual reafirma la legitimidad del sistema establecido por la Ley 20.285 en orden a que el CPLT pueda definir cuales correos electrónicos o partes de ellos sean de dominio público y cuáles no, dependiendo de la naturaleza de la información que contengan, decisión que puede ser reclamada ante la Corte de Apelaciones correspondiente. Lo relevante para definir el carácter público de una información es su naturaleza y no su soporte o formato. Refiriéndose al caso sub lite, hacen mención del Decreto Supremo por el cual el Ministerio del Interior autorizó a las Gobernaciones, teniendo en cuenta la urgencia de la reconstrucción luego del terremoto, que las peticiones de fondos y las rendiciones de cuentas se hicieran por vía electrónica. En consecuencia, en la especie, la información solicitada por el alcalde de Melipilla era de relevancia pública y no interfería en nada con la vida privada de las autoridades involucradas, ni con sus comunicaciones personales.

Actualmente, el tema es debatido en la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, que analiza un proyecto de reforma a la ley 20.285. Sería auspicioso que en sede legislativa se establecieran criterios más claros y precisos que orientaran a los funcionarios públicos y a la magistratura, siempre en el respeto del marco constitucional.

VIII. CONCLUSIÓN

Estos son los principales lineamientos que se desprenden de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la publicidad de los actos y resoluciones del Estado, su transparencia y el acceso de los ciudadanos a los documentos públicos y, en general, a la información que obre en manos de la Administración. Hay muchos otros asuntos que se han suscitado a raíz de la aplicación de la Ley.20.285 que, sin embargo, no han llegado hasta ahora a conocimiento de esa magistratura. Por ejemplo, los conflictos relativos a información del área de la defensa o del accionar policial o de las relaciones internacionales del Estado, así como todo lo relativo a la situación de los archivos y los criterios existentes para desechar o mantener una información y los plazos para su desclasificación .

Lo importante es el avance experimentado por el país en esta materia en pocos años y el papel desempeñado por el Tribunal Constitucional en un proceso que no debiera tener vuelta atrás si queremos reforzar los principios democráticos, modernizar el Estado y favorecer la participación informada

de la ciudadanía en los asuntos públicos, manteniendo los valores y normas que dificultan o impiden la corrupción y las desviaciones de poder.

BIBLIOGRAFÍA CITADA:

Allesch P., Joham y Obando C., Iván (2010). “El control del derecho de acceso a la información administrativa: la ley chilena en perspectiva comparada”. En *Transparencia en la Administración Pública*. Santiago: Universidad Alberto Hurtado.

Camacho C., Gladys (2010). “Algunas precisiones sobre el concepto de información pública”. En Letelier, Raúl y Rajevic, Enrique (coordinadores), *Transparencia en la Administración Pública*. Santiago: Universidad Alberto Hurtado, Legal Publishing.

Cordero, Luis (2011). *Informe en Derecho sobre la Improcedencia del acceso a la información pública en el caso de correos electrónicos*. Santiago.

Covarrubias Cuevas, Ignacio y Díaz de Valdés, José Miguel (2012). *Informe en Derecho acompañado ante el Tribunal Constitucional en el caso en referencia*. Santiago.

Fernández G., Miguel Ángel (2012). “La defensa de los derechos de las personas y la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia”. En *Derechos Fundamentales. Homenaje a Francisco Cumplido*. Santiago: Jurídica.

Galdames Zelada, Liliana (2012). “La Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación: su incidencia en la configuración de un derecho incipiente: El derecho a la verdad”. En *Derechos Fundamentales. Homenaje a Francisco Cumplido*. Santiago: Jurídica

García Barzelatto, Ana María (2012). “El derecho a la identidad personal: un nuevo derecho constitucional”. En *Derechos Fundamentales. Homenaje a Francisco Cumplido*. Santiago: Jurídica.

Isense R., Carlos y Muñoz S., Jorge E. (2010). *Principio constitucional de transparencia y su materialización en el derecho de acceso a la información pública: análisis crítico de su regulación legal y administrativa*. Tesis de grado, Facultad de Derecho Universidad de Chile.

Rajevic, Enrique (2009). *La Jurisprudencia inicial del Consejo para la Transparencia*. En Revista de Derecho.

Rajevic, Enrique (2010). “El Consejo para la Transparencia como como

Administración Independiente”. En *Transparencia en la Administración Pública*. Santiago: Abeledo Perrot.

Vial, Tomás (2010). *Constitucionalidad de la norma que dispone que es pública toda información que obra en poder de los órganos de la Administración*. Santiago.

JURISPRUDENCIA CITADA:

Corte Interamericana de Derechos Humanos, casos Claude Reyes, López Álvarez, Ricardo Canese y Herrera Ulloa.

Tribunal Constitucional, Rol 1732-2011.

Tribunal Constitucional, Rol 1800-2011.