

BASES CONSTITUCIONALES DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA

CONSTITUTIONAL FOUNDATIONS OF THE TRANSPARENCY PRINCIPLE

ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN¹

Resumen: En el presente artículo, se analiza la evolución histórica del principio de transparencia en Chile y las principales decisiones de la judicatura constitucional.

Palabras claves: Transparencia. Evolución histórica. Derecho Comparado. Antecedentes de reforma de 2005. Decisiones de los tribunales de justicia.

Abstract: This article analyzes the historic evolution of the principle of transparency in Chile and the principal decisions of the constitutional jurisdiction.

Key words: Transparency. Historical evolution. Comparative Law. Data of the 2005 reform. Court judgements.

¹ Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Finis Terrae.

I. PRIMEROS TEXTOS CONSTITUCIONALES CHILENOS

Los antecedentes remotos del principio de transparencia en el Derecho chileno podemos encontrarlo en los primeros textos constitucionales dictados durante la primera mitad del siglo XIX.

Incluso, ya el Plan de Hacienda y Administración Pública, de 1817, se refiere a la publicidad de las cuentas, a través del Tribunal de Cuentas².

Por su parte, la Constitución Política de 1822 alude a la publicidad de la ley³ y de la Constitución⁴ como, asimismo, a la existencia de un Registro Público de Personas Privadas de Libertad⁵.

A su vez, la Constitución moralista de 1823 consagra el principio de publicidad de las actuaciones penales⁶.

Por su lado, la Constitución liberal de 1828 establece por primera vez la rendición anual de cuentas⁷.

La Constitución de 1833, además de reiterar el principio básico de la publicidad de las leyes y de la Constitución, prevé el secreto en materia de relaciones internacionales⁸.

² El Tribunal de Cuentas debía revisar todas las rentas y derechos pertenecientes al Estado. Así, dicho tribunal debía tomar razón “*de toda comisión que perciba caudales o intereses de la Hacienda pública*” (art. 94). Todo presupuesto de gastos de hacienda debía ser revisado, a objeto de representar “*cualquier exceso, dispendio o desarreglo que notaren respecto de lo propuesto, y su consiguiente ejecución*” (art. 95). En tal sentido, “*debe siempre este tribunal entender que toda cuenta y presupuesto no se le pasa para el simple examen del guarismo, sino para conocer sobre la veracidad y justicia de cada partida, a efecto de que jamás se dispendien los fondos públicos*” (art. 95). De modo que “*su objeto ha de ser evitar los fraudes que se maquinan contra éstos por el interés individual, y el velar principalmente que ninguno omita o retarde las debidas cuentas*” (art. 95).

³ El proyecto de ley aprobado por ambas Cámaras pasará al Director del Estado, “*para que lo suscriba y publique*” (art. 55 de la Constitución de 1822).

⁴ El Poder Ejecutivo debe determinar el modo “*como haya de publicarse*” la Constitución (art. 248).

⁵ El alcaide “*llevará un libro en que se asiente el día, hora y motivo de la prisión y nombre del juez que la decretó*” (art. 209).

⁶ El artículo 136 establece que “*en toda demanda se permite a las partes el acceso a sus jueces por juicios y procesos verbales*”.

⁷ Son deberes básicos del Poder Ejecutivo “*dar anualmente, al Congreso, luego que abra sus sesiones, razón del Estado de la Nación en todos los ramos del Gobierno*” (art. 84 N° 4).

⁸ “*Las discusiones y deliberaciones sobre estos objetos serán secretas, si así lo exige el Presidente de la República*” (art. 82 N° 19). Sobre la Constitución de 1833, vid. Carrasco A., Manuel (1958).

Por su parte, ya en el siglo XX, la Constitución Política de 1925 establece reglas muy generales, en particular relativas a la publicidad de los procesos electorales⁹, de las actuaciones de los órganos colegiados¹⁰ e igualmente ciertas garantías del proceso penal.

II. LA CONSTITUCIÓN DE 1980

El texto primitivo de la Constitución de 1980¹¹ establecía breves referencias al principio de publicidad.

En primer lugar, se alude a la existencia de un “*sistema electoral público*”¹².

Del mismo modo, se tutelaba la “*vida pública*”¹³, lo que se eliminó en la reforma de 2005.

Por su lado, la contabilidad de los partidos políticos también debe ser pública¹⁴.

En materia de relaciones internacionales, se reitera la disposición según la cual “*las discusiones y deliberaciones sobre estos objetos serán secretos si el Presidente de la República así lo exigiere*”¹⁵.

La publicación de la ley, la que deberá efectuarse “*dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que quede totalmente tramitado el decreto promulgatorio*”¹⁶.

Comentarios sobre la Constitución de 1833. Santiago. Sobre la Constitución de 1833, vid. Huneeus Z., Jorge (1879). *La Constitución ante el Congreso*, 2 vols. También sobre la carta de 1833, vid. Lastarria José V. (1856). *La Constitución Comentada*; y al final del período, Roldán, Alcibíades (1924). *Elementos de Derecho Constitucional*.

⁹ Se establece que los registros electorales “*serán públicos*” (art. 7).

¹⁰ Las dos ramas del Congreso “*reunidas en sesión pública*” tomarán conocimiento del escrutinio y procederán a proclamar al Presidente de la República (art. 64) Por su parte, respecto de la Constitución de 1925, vid. Guerra V., José G. (1929). *La Constitución de 1925*; Bernaschina G., Mario (1951). *Manual de Derecho Constitucional*; y Silva B., Alejandro (1963). *Tratado de Derecho Constitucional*, 3 vols.

¹¹ Vid. Navarro B., Enrique (2001). *20 años de la Constitución Chilena. 1981-2001*. Santiago.

¹² Constitución Política, artículo 18.

¹³ Constitución Política, artículo 19 N° 4.

¹⁴ Constitución Política, artículo 19 N° 15.

¹⁵ Constitución Política, artículo 32 N° 4.

¹⁶ Constitución Política, artículo 72.

Por último, el texto original de la Carta de 1980 expresaba que los acuerdos u opiniones del Consejo de Seguridad Nacional serían “*públicos o privados*”, según lo determinara para cada caso dicho órgano¹⁷.

III. REFERENCIA AL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO

Las clásicas constituciones europeas no se refieren mucho a este tópico, que no sea en relación a la publicidad de las actuaciones de los órganos del Estado y, en particular, de la ley.

En efecto, la Carta Fundamental italiana de 1947 establece que las sesiones del Parlamento serán públicas, sin perjuicio de que pueda acordarse reunirse en sesión secreta¹⁸. El Reglamento de las Cámaras debe especificar la forma de publicidad de los trabajos de sus comisiones¹⁹. Por último, se alude a la obligación de publicación de las leyes²⁰, de los decretos con fuerza de ley²¹ y de los reglamentos regionales²².

La Ley Fundamental alemana de 1949, además de reiterar normas similares en cuanto a que las sesiones del Bundestag son públicas²³ y la publicidad de las disposiciones jurídicas²⁴, agrega que los partidos políticos deben “*dar cuenta públicamente de la procedencia y uso de sus recursos, así como de su patrimonio*”²⁵.

La Constitución francesa de 1958 indica que las sesiones de las dos Cámaras serán públicas y que el acta integral de los debates se publicará en el boletín

¹⁷ Constitución Política, artículo 96. La actual normativa expresa que “*las actas del Consejo serán públicas, a menos que la mayoría de sus miembros determine lo contrario*” (artículo 107, inciso 3°).

¹⁸ Constitución Política de Italia, artículo 64.

¹⁹ *Ibíd.*, artículo 72.

²⁰ *Ibíd.*, artículo 73.

²¹ *Ibíd.*, artículo 77.

²² *Ibíd.*, artículo 123.

²³ Constitución Política de Alemania, artículo 42 N° 1. Vid. Hesse, Conrado (1996). Significado de los Derechos Fundamentales, en Benda, Maihofer; Vogel, Hesse; Heyde, *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons.

²⁴ *Ibíd.*, artículo 82.

²⁵ *Ibíd.*, artículo 21.

oficial. Del mismo modo, cada Cámara podrá reunirse en sesión secreta a petición del Primer Ministro o una décima parte de sus miembros²⁶.

Por último, la Constitución española de 1978 alude a la publicidad de las normas²⁷, de las sesiones de las Cámaras²⁸ y de las actuaciones judiciales²⁹, a la vez que preceptúa que la ley deberá regular “*el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas*”³⁰.

Cabe tener presente que la Constitución de los Estados Unidos de América expresa que “*cada una de las Cámaras llevará un diario de sus diligencias, el cual será publicado a intervalos regulares, salvo las partes que a juicio de aquellas deban permanecer en secreto*”³¹.

Tratándose de las constituciones iberoamericanas, la situación es disímil, de acuerdo a la época de las mismas. Algunas establecen principios muy generales acerca de la publicidad y transparencia.

Así, la de Paraguay, de 1992, sólo se refiere a la publicación de las leyes³² y al carácter público de los juicios³³. O, como en el caso de Puerto Rico, que las sesiones serán públicas³⁴. O la publicidad de las leyes, como expresan las de El Salvador, de 1983³⁵, Honduras, de 1982³⁶ o Nicaragua, de 1986³⁷.

En otros casos, existen regulaciones referidas a los partidos políticos. Por ejemplo, la Constitución argentina alude a la obligación de los partidos políticos de dar publicidad acerca del origen y destino de sus fondos y

²⁶ Constitución Política de Francia, artículo 33.

²⁷ Constitución Política de España, artículo 9 N° 3.

²⁸ *Ibíd.*, artículo 80.

²⁹ *Ibíd.*, artículo 120. Además, las sentencias del Tribunal Constitucional deben publicarse en los boletines oficiales.

³⁰ *Ibíd.*, artículo 105 b). Vid. Fernández Segado, Francisco (1992). *El sistema constitucional español*. Madrid: Dykinson.

³¹ Constitución de Estados Unidos de América, sección 5, N° 3.

³² Constitución de Paraguay, artículo 213.

³³ *Ibíd.*, artículo 256.

³⁴ Constitución de Puerto Rico, artículo III, sección 11.

³⁵ Constitución de El Salvador, artículo 140.

³⁶ Constitución de Honduras, artículo 221.

³⁷ Constitución de Nicaragua, artículo 141.

patrimonio³⁸. En Uruguay, la Carta de 1967 establece que los partidos políticos deben “*dar la máxima publicidad a sus cartas orgánicas y programas de principios, en forma tal que el ciudadano pueda conocerlos ampliamente*”³⁹. La de Costa Rica, de 1949, alude a la publicidad en relación a las contribuciones privadas a los partidos políticos⁴⁰, aunque también garantiza “el libre acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público”, exceptuando los secretos de Estado⁴¹.

La reciente aprobada Constitución de República Dominicana alude a la transparencia y publicidad, dentro de los principios que debe orientar la actuación de la Administración Pública⁴².

La Carta Fundamental de Colombia, además de las referencias generales acerca de la publicidad de las sesiones de las Cámaras y de las leyes y actuaciones judiciales, consagra también el derecho de todas las personas a “*acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley*”⁴³.

Cabe destacar que la Constitución mexicana incorporó expresamente una serie de principios y bases que deben regir el derecho de acceso a la información, conforme a los cuales:

I. Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo federal, estatal y municipal, es pública y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público en los términos que fijen las leyes. En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad.

II. La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes.

III. Toda persona, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, tendrá acceso gratuito a la información pública, a sus datos personales o a la rectificación de estos.

³⁸ Constitución de Argentina, artículo 38. Vid. Sagües, Néstor (1999). *Elementos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea.

³⁹ Constitución de Uruguay, artículo 77, N° 11.

⁴⁰ Constitución de Costa Rica, artículo 96.

⁴¹ *Ibíd.*, artículo 30.

⁴² Constitución de República Dominicana, artículo 138.

⁴³ Constitución de Colombia, artículo 74. Vid. Pérez Escobar, Jacobo (2004). *Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá.

IV. Se establecerán mecanismos de acceso a la información y procedimientos de revisión expeditos.

Estos procedimientos se sustanciarán ante órganos u organismos especializados e imparciales, y con autonomía operativa, de gestión y de decisión.

V. Los sujetos obligados deberán preservar sus documentos en archivos administrativos actualizados y publicarán a través de los medios electrónicos disponibles, la información completa y actualizada sobre sus indicadores de gestión y el ejercicio de los recursos públicos.

VI. Las leyes determinarán la manera en que los sujetos obligados deberán hacer pública la información relativa a los recursos públicos que entreguen a personas físicas o morales.

VII. La inobservancia a las disposiciones en materia de acceso a la información pública será sancionada en los términos que dispongan las leyes”⁴⁴.

La Constitución de Perú de 1993 consagra el derecho a “solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional”⁴⁵. Del mismo modo, se alude a la transparencia en relación al origen de los recursos económicos de los partidos políticos⁴⁶.

La Ley Fundamental de Venezuela tutela el derecho a ser informado “por la Administración Pública, sobre el estado de las actuaciones en que estén directamente interesados e interesadas, y a conocer las resoluciones definitivas que se adopten sobre el particular. Asimismo, tienen acceso a los archivos y registros administrativos, sin perjuicio de los límites aceptables dentro de una sociedad democrática en materias relativas a seguridad interior y exterior, a investigación criminal y a la intimidad de la vida privada, de conformidad con la ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto. No se permitirá censura alguna a los funcionarios públicos o funcionarias públicas que informen sobre asuntos bajo su responsabilidad”⁴⁷.

⁴⁴ Constitución Política de México, artículo 6. Vid. Burgoa, Ignacio (2009). *Derecho Constitucional Mexicano*. México.

⁴⁵ Constitución Política de Perú, artículo 2 N° 1.

⁴⁶ *Ibid.*, artículo 35.

⁴⁷ Constitución de Venezuela, artículo 143.

La Constitución ecuatoriana de 2008 consagra expresamente el derecho de las personas a “*acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas*”. A la vez que, agrega, “*no existirá reserva de información excepto en los casos expresamente establecidos en la ley. En caso de violación a los derechos humanos, ninguna entidad pública negará la información*”⁴⁸. Para tal efecto, se prevé expresamente una acción de acceso a la información pública⁴⁹. A la vez que se crea una Función de Transparencia y Control Social⁵⁰.

La Constitución boliviana de 2009 consagra la publicidad y transparencia con motivo de la jurisdicción⁵¹, de la administración⁵² y de la política fiscal⁵³.

Finalmente, cabe citar el caso de Panamá, en la que se consagra el acceso a las bases de datos o registros⁵⁴.

IV. EL DERECHO A RECIBIR INFORMACIÓN Y LOS ANTECEDENTES PREVIOS DEL ARTÍCULO OCTAVO

Como se sabe, la Comisión de Ética Pública, en 1994, instó a legislar sobre acceso a la información. En tal sentido, se estimó conveniente incorporar en la Constitución Política de la República los principios de probidad funcionaria y de transparencia en la función pública.

Así, se consideró necesario que en un nuevo artículo, octavo, además de incorporar el principio de probidad, “*debiera expresarse que toda función pública*

⁴⁸ Constitución de Ecuador, artículo 18 N° 2.

⁴⁹ Ibid. artículo 91. La acción de acceso a la información pública tendrá por objeto garantizar el acceso a ella cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, o cuando la que se ha proporcionado no sea completa o fidedigna. Podrá ser interpuesta incluso si la negativa se sustenta en el carácter secreto, reservado, confidencial o cualquiera otra clasificación de la información. El carácter reservado de la información deberá ser declarado con anterioridad a la petición, por autoridad competente y de acuerdo con la ley.

⁵⁰ Ibid. artículo 204. La Función de Transparencia y Control Social estará formada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las superintendencias. Estas entidades tendrán personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa.

⁵¹ Constitución de Bolivia, artículo 180.

⁵² Ibid., artículo 232.

⁵³ Ibid., artículo 323.

⁵⁴ Constitución de Panamá, artículo 43.

se ejercerá con transparencia, de manera que se permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en el ejercicio de ellas, sin perjuicio de las materias que, por razones de seguridad o de interés nacional, deban mantenerse en secreto”⁵⁵.

Del mismo modo, cabe recordar que a fines de los noventa se modifica la Ley de Bases de la Administración del Estado, incorporando expresamente 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”⁵⁶.*

De esta forma, como ha señalado el 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”⁵⁷.*

De igual modo, debe destacarse la sentencia dictada por la Corte Interamericana, en el 2006, en el caso Marcel Claude Reyes y otros contra la República de Chile, en el que se resalta que *“el valor del acceso a la información comprende la promoción de los objetivos más importantes en las Américas, incluida una democracia transparente y efectiva, respeto por los derechos humanos, la estabilidad de los mercados económicos y la justicia socioeconómica. Es ampliamente reconocido que, sin acceso público a la información en poder del Estado, los beneficios políticos que derivan de un clima de libre expresión no pueden realizarse plenamente. El acceso a la información promueve la rendición de cuentas y la transparencia dentro del Estado y permite un debate público sólido e informado. De esta manera el acceso a la información habilita a los ciudadanos para asumir un papel activo en el gobierno, que es condición de una democracia sana. Un mecanismo transparente que brinda acceso a información en poder del Estado es también esencial para fomentar un clima de respeto por todos los derechos humanos. El acceso a la información en poder del Estado es igualmente necesario para evitar futuros abusos de los funcionarios*

⁵⁵ Informe de la Comisión Nacional de Ética Pública sobre probidad pública y la prevención de la corrupción, creada por Decreto N° 423, publicado en el Diario Oficial el 18 de abril de 1994. Una década después, se propusieron diversas medidas para fortalecer la transparencia.

⁵⁶ Artículo 13 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, modificado por la Ley 19.653.

⁵⁷ Tribunal Constitucional, Rol 634, consid. 11.

*gubernamentales y para asegurar la garantía de contar con recursos efectivos contra tales abusos*⁵⁸.

Cabe sí señalar que, en la misma decisión, la Corte Interamericana si bien se destaca la nueva legislación dictada a fines de los noventa, la estima insuficiente por considerar que sólo se aplica a los actos administrativos y por la amplitud y vaguedad de las excepciones previstas⁵⁹.

Ahora bien, el derecho a recibir la información forma parte de la libertad de expresión tutelada en el artículo 19 N° 12 de la Constitución Política de la República. En efecto, tal como lo señalara el 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”*⁶⁰.

El 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, 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”*⁶¹.

V. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2005 Y LA CONSAGRACIÓN DE LA PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA

La reforma constitucional de 2005 consagra expresamente la publicidad, en el inciso segundo del artículo octavo⁶², al indicar que *“son públicos*

⁵⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 8 de julio de 2005, cap. VII, N° 48.

⁵⁹ *Ibid.*, cap. VII, N° 90.

⁶⁰ Tribunal Constitucional, Rol 226, 30.10.1995, consid. 20.

⁶¹ Tribunal Constitucional, Rol 634, 9.08.2007, consid.

⁶² La moción de los senadores de la Alianza por Chile (Boletín N° 2526-07), que sirvió de base al texto aprobado, proponía: *“Las actuaciones de los órganos del Estado y los documentos*

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

Tal como se dejó constancia en la historia fidedigna de la reforma constitucional, la publicidad y la transparencia no son términos idénticos⁶³.

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*”⁶⁴.

Durante la tramitación de la reforma constitucional, se recordó por el profesor Rolando Pantoja que la publicidad se “*entiende que es una norma*

que obren en su poder son públicos, sin perjuicio de la reserva o secreto que se establezca con arreglo a la ley en casos en que la publicidad afecte el debido cumplimiento de las funciones de tales órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”. Por su parte, la moción de los senadores de la Concertación (Boletín N° 2534-07) expresaba que “*toda función pública deberá desempeñarse de modo intachable, dando preeminencia al interés general sobre el particular, y de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella*”. En el debate producido en la Comisión del Senado, se incorporó no sólo las “*resoluciones*” sino también los “*actos*” de la Administración.

⁶³ El profesor Rolando Pantoja hace presente 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 indicó 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, Emilio (2005). *Reformas Constitucionales 2005*. Santiago: 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)).

⁶⁴ 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. Humberto Nogueira A., p. 33

*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*⁶⁵.

Efectivamente, es posible sostener que la publicidad de las actuaciones de los gobernantes se encuentra íntimamente vinculada con el régimen republicano y democrático que establece nuestro artículo octavo. 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”*⁶⁶.

Adicionalmente, debe tenerse presente que la Carta Fundamental asegura, en su artículo 19 N° 14, 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.

Por último, no debe olvidarse que las excepciones sólo pueden establecerse por ley de quórum⁶⁷ y que estas deben interpretarse restrictivamente⁶⁸.

⁶⁵ Pfeffer U., Emilio (2005). *Reformas Constitucionales 2005*. Santiago: Jurídica de Chile, p. 29.

⁶⁶ Bobbio, Norberto (2001). *El futuro de la democracia*. México: FCE.

⁶⁷ Este punto fue resaltado por la diputada señora Guzmán, enfatizando que *“los problemas que actualmente genera la aplicación de la ley de probidad en lo que concierne a la transparencia de los actos de Gobierno se deben a que cada servicio, incluso mediante un reglamento, puede decretar el secreto y la confidencialidad de los actos propios de sus funciones. Eso, obviamente, lleva a que nada sea transparente”* (En Senado de la República (2006). *Reformas constitucionales 2005*, historia y tramitación, p. 60). Como señala un autor, *“debe descartarse, desde luego, toda alternativa de restringir el principio por medio de actos reglamentarios o, incluso, a través de decretos con fuerza de ley”* (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* (p.36). Ed. Humberto Nogueira A.). Otro autor, en el mismo sentido, sostiene que *“es inconstitucional –y siempre lo ha sido– declarar la reserva o secreto de los actos estatales, los documentos y antecedentes en que se fundan o de los procedimientos de los cuales son su resultado, mediante disposiciones infralegislativas”*. Por lo mismo, se habría producido la *“derogación de todos los preceptos reglamentarios que, en la actualidad, declaran confidencialidad de actos del Estado, así como las disposiciones legales que remiten o reenvían el ejercicio de esa potestad a los reglamentos o a disposiciones, incluso de inferior jerarquía que estos”* Fernández G., Miguel Ángel A. (2005). “El principio de publicidad de los actos estatales en el nuevo artículo 8, inciso 2°, de la Constitución”. En Zúñiga, Francisco (coordinador), *Reforma Constitucional*, pp. 200 y 205). Con matices, por último, se ha afirmado que el texto constitucional vigoriza la publicidad *“al elevarla a rango constitucional como regla general, definiendo los objetivos que autorizan su restricción y entregando a un legislador especial –de quórum calificado– el desarrollo de estos casos de excepción, minimizando la potestad*

En tal sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que al referirse a los derechos de las personas, dicha expresión “*está siendo utilizada en el mismo sentido amplio que en el artículo 1º, inciso cuarto, de la Carta Fundamental, comprendiendo tanto la protección de derechos subjetivos o derechos en sentido estricto cuanto de intereses legítimos*”⁶⁹. Concluyendo que una disposición que permite que el jefe superior del órgano requerido deniegue, por resolución fundada, la entrega de determinada información que se le solicita, en base a una supuesta “*afectación sensible de intereses de terceras personas*”, *no resulta compatible con el artículo 8º, inciso segundo, de la Constitución. En efecto, y como se recordó, desde la vigencia de la Ley N° 20.050 sólo corresponde a una ley de quórum calificado la determinación del contenido y alcance de las causales de secreto o reserva previstas en la Carta Fundamental. Así, la autoridad administrativa debe sujetarse a los parámetros fijados por aquella a la hora de denegar la entrega de documentación pública que le haya sido solicitada, por estar afectada a secreto o reserva*”⁷⁰.

En cumplimiento del mandato constitucional, se dictó la Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública y que fuera publicada en el Diario Oficial con fecha 20 de agosto del 2008⁷¹.

De acuerdo a la misma, en virtud del principio de transparencia de la función pública, “*los actos y resoluciones de los órganos del Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que le sirven de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado*”⁷². 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*”⁷³.

reglamentaria” (Ramírez A., José A. (2005). “Principio de probidad y transparencia en el ejercicio de las funciones públicas: alcances de la nueva Constitución de 2005”. En Zúñiga, Francisco (coordinador), *Reforma Constitucional*, p. 244).

⁶⁸ En tal sentido, el senador Larraín señaló 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).

⁶⁹ Tribunal Constitucional Rol 634, consid, 23.

⁷⁰ *Ibid.*, consid. 28.

⁷¹ El Reglamento de la misma se contiene en el Decreto N° 13, publicado en el Diario Oficial el 13 de abril del 2009.

⁷² Artículo 5, inciso 1º de la Ley N° 20.285.

⁷³ Artículo 5, inciso 2 de la Ley N° 20.285.

Para efectos de lo anterior, se regulan los antecedentes actualizados que deben mantenerse a disposición del público en los sitios electrónicos por parte de los órganos de la administración, principio conocido como “transparencia activa”⁷⁴. Del mismo modo, se regula el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, específicamente los principios que lo informan⁷⁵, el procedimiento ante la autoridad, el amparo ante el Consejo de Transparencia y el reclamo de legalidad ante la Corte de Apelaciones⁷⁶. Obviamente, también se contiene la normativa que regula el régimen jurídico del Consejo para la Transparencia, corporación autónoma de derecho público⁷⁷.

VI. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y NUEVO CONTENCIOSO

1. Sentencia del TC y órganos autónomos

Al Tribunal Constitucional, le correspondió revisar la constitucionalidad de algunas disposiciones de la Ley N° 20.285⁷⁸. Especialmente, en relación a leyes orgánicas constitucionales de ciertas instituciones.

Así, por ejemplo, debe destacarse que dicho tribunal dejó expresamente a salvo el control amplio de legalidad que le corresponde a la Contraloría General de la República⁷⁹. De igual forma, señaló que no le resulta aplicable a dicho órgano el reclamo ante el Consejo de Transparencia⁸⁰ y, por lo mismo, no son vinculantes las normas generales que dicte dicho consejo⁸¹.

⁷⁴Título III de la Ley N° 20.285.

⁷⁵ Particularmente, los principios de relevancia, libertad de información, apertura o transparencia, máxima divulgación, divisibilidad, facilitación, no discriminación, oportunidad, control, responsabilidad y gratuidad (artículo 11).

⁷⁶Título IV de la Ley N° 20.285.

⁷⁷Título V de la Ley N° 20.285. Sobre el primero año de labor de dicho órgano, vid. Rajevic M., Enrique (2009). *La jurisprudencia inicial del Consejo para la Transparencia*. Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, pp. 31 y ss.

⁷⁸Tribunal Constitucional, Rol N° 1051.

⁷⁹Ibíd., consid. 34.

⁸⁰Ibíd., consid. 37.

⁸¹Ibíd., consid. 38.

En relación al Banco Central, como órgano autónomo, se declara que tampoco le resulta aplicable el artículo octavo en cuanto establece un reclamo ante el referido Consejo para la Transparencia⁸².

Idéntico razonamiento se efectúa respecto de Ministerio Público⁸³, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Calificador de Elecciones, *“por cuanto la autonomía que la Constitución ha asignado a ciertos órganos del Estado, como los recién mencionados, y que se proyecta en una triple dimensión –organizativa, institucional y normativa– implica, precisamente, que cada uno de estos ámbitos de acción no puede estar supeditado, en su ejercicio a órganos que se relacionen, aunque sea en forma indirecta, con las labores de gobierno y administración propias de la función ejecutiva”*⁸⁴. Por lo mismo, tampoco resultan aplicables a dichos órganos las normas generales que dicte el Consejo para la Transparencia⁸⁵.

Adicionalmente, se establece que no resulta procedente el reclamo de legalidad respecto del Tribunal Constitucional y de los tribunales electorales, *“toda vez que dichos órganos jurisdiccionales especializados se rigen por sus propios estatutos constitucionales, contenidos en los capítulos VIII y IX de la Constitución, respectivamente, por lo cual, de acuerdo a lo previsto en el artículo 82 de la Carta Fundamental, están al margen de la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema”*. Por consiguiente, *“no resultaría constitucionalmente admisible que sus resoluciones o determinaciones queden sujetas al escrutinio de un tribunal ordinario de justicia, subalterno de la Corte Suprema, como es una Corte de Apelaciones”*. Por lo demás, se concluye *“el debido acatamiento de ellos al principio de publicidad y transparencia consagrado en el artículo 8° de la Constitución se satisface adecuadamente con la divulgación de sus resoluciones jurisdiccionales y de otros antecedentes relevantes de su quehacer, en los términos que contempla el artículo 7° de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, que el mismo ARTÍCULO NOVENO del proyecto en examen hace aplicable a esos órganos”*⁸⁶.

⁸² *Ibíd.*, consid. 41. Cabe tener presente que se declaró inconstitucional la normativa que obligaba al Banco Central a “adoptar” las normas generales que dicte el Consejo para la Transparencia, al estimar que dichos términos imperativos afectaban su autonomía constitucional (consid. 54).

⁸³ La Corte Suprema, en reciente queja, acogida, ha señalado que respecto del Ministerio Público debe reclamarse directamente ante la Corte de apelaciones respectiva (Rol N° 6787-2010, 6 de diciembre del 2010).

⁸⁴ *Ibíd.*, consid. 44.

⁸⁵ *Ibíd.*, consid. 48.

⁸⁶ *Ibíd.*, consid. 46.

Debe destacarse una sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en la que se declaró la inconstitucionalidad de un Auto Acordado dictado por la Corte de Apelaciones de Santiago, que regulaba el procedimiento disciplinario, que se estimó infringía la garantía de publicidad prevista en el artículo octavo constitucional⁸⁷.

2. Contencioso administrativo

Resulta interesante analizar algunos pronunciamientos que ya han ido efectuando las Cortes de Apelaciones, tanto desde el punto de vista formal como de fondo.

a) Aspectos procesales

Así, por ejemplo, en cuanto a aspectos procedimentales, se ha señalado que la reclamación no sólo procede respecto de la resolución que deniega el acceso a la información⁸⁸. No es viable el reclamo respecto de entidad administrativa que ha rechazado acceso basado en el número 1º del artículo 21 de la Ley 20.285⁸⁹.

La Corte Suprema, a su turno, ha estimado improcedente el recurso de apelación respecto de sentencias interlocutorias dictadas por la Corte de Apelaciones conociendo del reclamo⁹⁰. Del mismo modo, existen decisiones sobre contiendas de competencia del máximo tribunal⁹¹.

De igual manera, destacan pronunciamientos acerca de la extemporaneidad de la presentación⁹² y cosa juzgada⁹³.

⁸⁷ En tal sentido, se cuestiona el carácter reservado de la investigación sumarial, concluyendo que *“la contradicción de la norma impugnada con la Carta Fundamental se hace evidente con el solo contraste de la literalidad de ambos preceptos, pues mientras el de rango inferior, la letra d) del número 4º del Auto Acordado establece una reserva absoluta del sumario administrativo –el que se compone de actuaciones y resoluciones de un órgano del Estado–, reserva que alcanza incluso al funcionario sujeto a investigación, el precepto de mayor jerarquía, contenido en el artículo 8º de la Carta Fundamental, dispone la publicidad de los procedimientos y resoluciones de los órganos del Estado, salvo que el secreto sea dispuesto por una ley de quórum calificado, fundada en las razones que la propia Constitución establece, lo que no ocurre en la especie”* (Rol 783, consid. 17).

⁸⁸ ICA de Santiago, Rol 943-2010. En el mismo sentido, Rol 2080-2010.

⁸⁹ ICA de Santiago, Rol 5975-2010, 20 de mayo de 2011. También en ICA de Iquique, Rol 199-2010, 24 de mayo de 2011.

⁹⁰ Corte Suprema, Rol 5799-2010, 29 de octubre del 2010. En igual sentido, Rol 2874-2011, 1 de julio del 2011.

⁹¹ Corte Suprema, Rol 6693-2010, 28 de marzo del 2011.

⁹² ICA de Santiago, Rol 4625-2009, 23 de octubre del 2009. Igualmente, vid. Roles 4039-2011, del 26 de octubre del 2011, y 7732-2010, del 16 de septiembre del 2011.

También se ha analizado la naturaleza jurídica de las resoluciones que disponen la entrega de documentos, diferenciando entre aquellas que causan ejecutoria y ejecutoriadas⁹⁴.

Igualmente, se ha referido a la forma de notificación por parte de la administración para que terceros hagan valer sus derechos⁹⁵.

Cabe señalar que se ha insistido que el reclamante debe ser afectado en sus derechos⁹⁶, tener interés legítimo⁹⁷ e invocar información objetiva y determinada⁹⁸. Del mismo modo, la presentación debe contener fundamentos y peticiones⁹⁹. Además, en el proceso, deben allegarse antecedentes para acreditar existencia de acto, resolución, acta, contrato o acuerdo en poder del servicio¹⁰⁰.

También se ha sentenciado que el proceso de amparo no debe suplantar otros procesos específicos, como el minero¹⁰¹, sin perjuicio que se ha aceptado como mecanismo de información para los concejales, independiente de la Ley Orgánica Municipal¹⁰². A su vez, no corresponde otorgar más de lo solicitado por peticionario¹⁰³ o aquello que ha estado “en la mente” del funcionario¹⁰⁴. La Corte Suprema ha puntualizado que el haberse solicitado información como medio de prueba en un juicio es diferente del proceso de amparo¹⁰⁵.

En cuanto a las atribuciones del Consejo, se ha sentenciado que no le corresponde solicitar modificaciones de ordenanza municipal¹⁰⁶.

⁹³ ICA de Santiago, Rol 7390-2009, 9 de mayo del 2011.

⁹⁴ Corte Suprema, Rol 7351-2012, 31 de diciembre del 2012.

⁹⁵ ICA de Punta Arenas, Rol 131-2012, 4 de diciembre del 2012.

⁹⁶ ICA de Santiago, Rol 2143-2011, 19 de octubre del 2011.

⁹⁷ ICA de Santiago, Rol 6143-2010, 28 de enero del 2011.

⁹⁸ ICA de Temuco, Rol 825-2011, 9 de noviembre del 2012.

⁹⁹ ICA de Valparaíso, Rol 288-2011, 17 de junio del 2011.

¹⁰⁰ ICA de Valparaíso, Rol 2173-2011, 16 de octubre del 2012.

¹⁰¹ ICA de Santiago, Rol 885-2011, 15 de febrero del 2012.

¹⁰² ICA de Chillán, Rol 446-2010, 26 de abril del 2011.

¹⁰³ ICA de Santiago, Rol 3496-2010, 4 de enero del 2011.

¹⁰⁴ ICA de Santiago, Rol 2442-2010, 20 de septiembre del 2011.

¹⁰⁵ Corte Suprema, Rol 4000-2011, 16 de septiembre del 2011.

¹⁰⁶ ICA de Santiago, Rol 1187-2010, 23 de noviembre del 2011.

b) Aspectos de fondo

En cuanto al fondo, se han revocado decisiones del Consejo para la Transparencia respecto de la información sobre procesos de selección realizados por la Dirección Nacional del Servicio Civil¹⁰⁷. Igualmente, ha ocurrido, en materia laboral, respecto de registro de participantes de sindicato¹⁰⁸ y en relación a información de Superintendencia de Banco, correspondiente a detalle anual de sanciones aplicadas a instituciones¹⁰⁹. La Corte Suprema ha acogido recursos de queja respecto de antecedentes recabados por el Consejo de Defensa del Estado para la procedencia de ciertas acciones, estimando afectado el secreto profesional¹¹⁰.

Además, se ha determinado que debe excluirse actas de directorio de una fundación, limitándose la entrega de antecedentes a la memoria y balances de dicho ente, modificándose en parte lo resuelto en sede de amparo¹¹¹.

A su vez, se han confirmado decisiones referidas a la información y antecedentes que debe entregar una universidad estatal¹¹², la obligación de un municipio de otorgar información educacional¹¹³ y nómina de patentes¹¹⁴ e igualmente bases de datos para emitir boletas de cobro de extracción de basura¹¹⁵, como a su vez la individualización de actuarios de un sumario¹¹⁶ o la información que debe contenerse en un sitio electrónico¹¹⁷.

¹⁰⁷ ICA de Santiago, Rol 943-2010, 3 de septiembre del 2010. Una decisión diversa, en Rol 2080-2010, 22 de noviembre del 2010, donde se obliga a entregar la información. Vid. también, Rol 7514-2010, 26 de julio del 2012.

¹⁰⁸ ICA de Santiago, Rol 5086-11, 21 de agosto del 2012. Igualmente, respecto de convenio colectivo que tenga Dirección de Trabajo (ICA de Santiago, Rol 989-2011, 8 de mayo del 2012) e instrumentos colectivos firmados entre empresa y sindicato (ICA de Santiago, Rol 806-2011, 31 de mayo del 2011). En cambio, se ha estimado que no es público la nómina de trabajadores de empresa que participan en elección de delegados sindicales (ICA de Santiago, Rol 7329-2011, 4 de abril del 2012).

¹⁰⁹ ICA de Santiago, Rol 1344-12, 23 de agosto del 2012.

¹¹⁰ Roles 2582-2012, 2788-2012 y 2423-2012, todos del 28 de noviembre del 2012. Similar razonamiento en ICA de Santiago, Rol 9314-2011, 12 de noviembre del 2012.

¹¹¹ ICA de Santiago, Rol 950-2010, 7 de octubre del 2010.

¹¹² ICA de Santiago, Rol 1803-2010, 1º de octubre del 2010. En el mismo sentido, respecto de USACH (Rol 1349-2011, 3 de enero del 2012) y U. A. Prat (Rol 279-2011, 17 de noviembre del 2011).

¹¹³ ICA de Valparaíso, Rol 294-2010, 29 de junio del 2010. En el mismo sentido, ICA de Santiago, respecto de los antecedentes de concurso público para docente en una corporación municipal, Rol 8131-2009, 10 de agosto del 2010.

¹¹⁴ ICA de Santiago, Rol 2619-2012, 28 de diciembre del 2012.

¹¹⁵ ICA de Santiago, Rol 710-2012, 1 de octubre del 2012.

¹¹⁶ ICA de Santiago, Rol 2335-2010, 1 de diciembre del 2010. También en materia municipal (ICA de Concepción, Rol 367-2012, 24 de septiembre del 2012).

¹¹⁷ ICA de Valparaíso, Rol 2361-2009, 14 de junio del 2010.

Se ha exigido a las corporaciones municipales cumplir también con el principio de transparencia¹¹⁸.

Del mismo modo, se ha sentenciado que debe entregarse ciertos informes en procesos de postulación realizados por el Servicio de Impuestos Internos¹¹⁹, la documentación que dispone la Subsecretaría de Minería respecto de un paso fronterizo de un proyecto minero¹²⁰, el sumario administrativo efectuado por la PDI¹²¹, la información sobre sustancias tóxicas de que dispone la Subsecretaría de Salud¹²², diversos antecedentes respecto de actos de la Superintendencia de Valores y Seguros¹²³ o de Ministerio de Justicia¹²⁴ y la individualización de las personas que desempeñan la función de capellanes en el Ejército¹²⁵.

Deben destacarse que no se han estimado como públicos correos electrónicos de funcionarios¹²⁶ –aunque no ha sido unánime la

¹¹⁸ ICA de Puerto Montt, Rol 395-2010, 27 de enero del 2011. También ICA de Santiago, Rol 906-2011, 13 de febrero del 2012.

¹¹⁹ ICA de Santiago, Rol 8067-2009, 25 de mayo del 2010. También respecto de oficios internos (ICA de Santiago, Rol 8806-2011, 30 de agosto del 2012), cartilla del sistema de información integrada de contribuyente (ICA de Santiago, Rol 879-2012, 29 de agosto del 2012) y antecedentes vinculados a procedimiento aplicado a funcionario que se aplicó descuento (ICA de Santiago, Rol 5856-2011, 1 de junio del 2012). En cambio, se ha sentenciado que no es público el catastro de información sobre contribuciones (ICA de Santiago, Rol 7804-2011, 20 de abril del 2012. En sentido contrario, Rol 1019-2011, 17 de abril del 2012). Del mismo modo, se ha estimado que no es público los antecedentes de fiscalización tributaria (ICA de Santiago, Rol 7319-2010, 24 de agosto del 2011) e igualmente formularios de declaración sobre enajenación de bienes (ICA de Santiago, Rol 6143-2010, 28 de enero del 2011).

¹²⁰ ICA de Santiago, Rol 8405-2009, 4 de octubre del 2010.

¹²¹ ICA de Santiago, Rol 2267-2010, 25 de octubre del 2010. También orden de aprehensión (ICA de Santiago, Rol 6252-2011, 28 de noviembre del 2011).

¹²² ICA de Santiago, Rol 1103-2010, 6 de diciembre del 2010.

¹²³ Por ejemplo, en relación a funcionarios que tengan acciones de empresas que fiscalizan (ICA de Santiago, Roles 5619-2012 y 5119-2012, ambos del 23 de noviembre del 2012). Igualmente, respecto de resoluciones en procedimientos de fiscalización por uso de información privilegiada (ICA de Santiago, Rol 5186-2012, 11 de diciembre del 2012) e informes internos (ICA de Santiago, Rol 3746-2011, 15 de mayo del 2012).

¹²⁴ Respecto de información de corporación (ICA de Santiago, Rol 841-2012, 7 de diciembre del 2012).

¹²⁵ ICA de Santiago, Rol 2275-2010, 23 de noviembre del 2010. También se estima como pública antecedentes de licitación efectuada por Estado Mayor Conjunto (ICA de Santiago, Rol 7497-2011, 24 de mayo del 2012).

¹²⁶ ICA de Santiago, Rol 6704-2011, 17 de diciembre del 2012.

jurisprudencia¹²⁷, información sobre ingreso y salida de funcionario de edificio público¹²⁸, antecedentes sobre acreditación universitaria¹²⁹, nómina de profesionales médicos que participación en decisión que motiva oficio de Superintendencia de Seguridad Social¹³⁰, audios de sesiones de Consejo Nacional de Cultura y de las Artes¹³¹, antecedentes de denuncia presentada ante Aduana¹³², carpeta de indulto de Ministerio de Justicia¹³³, investigación sumaria de servicio de salud¹³⁴, antecedentes de evaluadores de concurso de CONICYT¹³⁵ e informes sobre campaña pública de salud¹³⁶.

Se ha sentenciado que infringe la seguridad nacional cierta información en poder de las fuerzas armadas¹³⁷.

A su vez, se ha considerado que afecta el funcionamiento del órgano, por ejemplo, cierta información sobre planes de manejo de CONAF¹³⁸, estudios de la Subsecretaría de Telecomunicaciones¹³⁹.

¹²⁷ Por ejemplo, respecto de MIDEPLAN (ICA de Santiago, Rol 7932-2011, 9 de mayo del 2012) e igualmente en relación al Consejo Nacional de Cultura y de las Artes (ICA de Valparaíso, Rol 125-2011, 12 de julio del 2011).

¹²⁸ ICA de Santiago, Rol 1002-2011, 2 de abril del 2012.

¹²⁹ ICA de Santiago, Rol 2742-2011, 22 de septiembre del 2012.

¹³⁰ ICA de Santiago, Rol 6189-2010, 10 de noviembre del 2011.

¹³¹ ICA de Valparaíso, Rol 529-2011, 27 de octubre del 2011. Igualmente, respecto de antecedentes de funcionamiento interno (ICA de Valparaíso, Rol 2067-2010, 7 de julio del 2011).

¹³² ICA de Valparaíso, Rol 78-2011, 29 de julio del 2011.

¹³³ ICA de Santiago, Rol 6190-2010, 30 de junio del 2011.

¹³⁴ ICA de Valparaíso, Rol 1238-2010, 27 de mayo del 2011.

¹³⁵ ICA de Santiago, Rol 320-2011, 31 de mayo del 2011.

¹³⁶ ICA de Santiago, Rol 5955-2009, 17 de enero del 2011.

¹³⁷ Por ejemplo, respecto de número de bombas lacrimógenas empleadas por Carabineros (ICA de Santiago, Rol 4366-2012, 30 de octubre del 2012), proceso de calificación de miembros de la Armada (ICA de Santiago, Rol 1007-2011, 29 de junio del 2011) o antecedentes de lista de retiro de Fuerza Aérea (ICA de Santiago, Rol 1948-2010, 8 de marzo del 2011). También se rechaza solicitud de información sobre conducta de postulante a Carabineros (ICA de Talca, Rol 891-2011, 22 de mayo del 2012).

¹³⁸ ICA de Santiago, Rol 2617-2012, 3 de diciembre del 2012. Igualmente, respecto de antecedentes que originaron causa de policía local por tala ilegal de bosque (ICA de Santiago, Rol 5979-2010, 7 de julio del 2011). En relación a CONAF, vid. también sentencias de ICA de Santiago (Rol 8131-2009) y de San Miguel (Rol 132-2010).

¹³⁹ ICA de Santiago, Rol 3289-2012, 30 de octubre del 2012.

La afectación de derechos comerciales de terceros también ha sido invocada, respecto de exportación de minerales¹⁴⁰. Se ha protegido identidad de denunciante en sumario, fundado en derechos de terceros¹⁴¹.

3. Decisiones del TC en materia de inaplicabilidad

Por último, debe señalarse que al Tribunal Constitucional le ha correspondido conocer de algunas presentaciones de inaplicabilidad dirigidas en contra de determinados preceptos contenidos en la Ley N° 20.285 sobre acceso a la información.

Así, desechó recursos dirigidos contra el artículo 2º, en el marco de un juicio en que se reclamaba la publicidad de los profesores de la Universidad de Chile¹⁴² e igualmente respecto del artículo décimo, letra h), referido a las remuneraciones de ciertos directores superiores de TVN¹⁴³.

Mientras, se acogieron dos acciones de inaplicabilidad. La primera, respecto del inciso 2º, del artículo 5º, y de la letra b), del numeral 1º del artículo 21 de la referida ley, al estimarse que afectaba la vida privada del recurrente, como consecuencia de que se faculta al Consejo para la Transparencia para disponer la exhibición de evaluaciones personales, en relación a informes sicolaborales¹⁴⁴. La segunda, dirigida contra el aludido inciso 2º del mismo artículo 5º, al considerarse que se infringe la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, al obligarse a exhibir correos electrónicos de funcionario público¹⁴⁵.

¹⁴⁰ ICA de Santiago, Rol 6032-2010, 30 de junio del 2011.

¹⁴¹ ICA de Iquique, Rol 551-2010, 20 de mayo del 2011.

¹⁴² Tribunal Constitucional, Rol 1892-2011, 17 de noviembre del 2011. La ICA de Santiago acoge en parte requerimiento de U. de Chile (Rol 6248-2011, 7 de junio del 2012). También se acoge requerimiento en relación a documento que no está en su poder (ICA de Santiago, Rol 6624-2011, 16 de mayo del 2012).

¹⁴³ Tribunal Constitucional, Roles 1732-2010 y 1800-2010, 21 de junio del 2011.

¹⁴⁴ Tribunal Constitucional, Rol 1990-2011, 5 de junio del 2012. Vid. en tal sentido, respecto del sistema de la alta dirección, diversas sentencias de la ICA de Santiago (Roles 7938-2010, 17 de junio del 2011; 3436-2010, 15 de junio del 2011; 6344-2010, 3 de mayo del 2011 y 3547-2010, 4 de marzo del 2011).

¹⁴⁵ Tribunal Constitucional, Rol 2153-2011, 11 de septiembre del 2012.

VII. REFLEXIONES FINALES

Junto con las leyes son importantes también, las buenas costumbres. Como afirmara la Carta de 1822, “*la felicidad general se cifra en la observancia de las leyes y estas son vanas sin costumbres y espíritu público*”¹⁴⁶. La publicidad de las actuaciones ha adquirido tal importancia que un autor la ha calificado como la tercera regla de oro de derecho público, después de la separación de poderes y el principio de juridicidad¹⁴⁷.

Sin embargo, el principio es nuevo de puro viejo. Tanto que para algunos ya se puede encontrar en Kant, quien sostuviera que “*sin publicidad no habría justicia, pues la justicia no se concibe oculta, sino públicamente manifiesta; ni habría por tanto derecho, que es lo que la justicia distribuye y define. La capacidad de publicarse debe, pues, residir en toda pretensión de derecho*”. De modo que la fórmula trascendental del derecho público sería: “*las acciones referentes al derecho de otros hombres son injustas, si su máxima no admite publicidad*”¹⁴⁸. Lo cierto es que ya en el evangelista San Juan –hace dos mil años– se encuentra una referencia a la publicidad y transparencia, puesto que “*el que obra mal odia la luz y no se acerca a ella, por temor de que sus obras sean descubiertas*”¹⁴⁹.

En todo caso, ya algunos sostienen que los antecedentes remotos normativos se encuentran en la legislación sueca de 1766 que otorga acceso a las actas públicas, aparentemente inspirada en la cultura oriental¹⁵⁰.

De este modo, la publicidad y transparencia son valores fundamentales en un Estado Democrático, aunque obviamente ello no deba llevarse a extremos absurdos como hemos visto estos meses en relación a la información contenida en un sitio electrónico respecto de las relaciones internacionales de una potencia mundial, lo que ha motivado una controversia universal¹⁵¹.

¹⁴⁶ Constitución de 1822, Parte Preliminar.

¹⁴⁷ Cea E., José Luis (2009). “Tercera regla de oro del Derecho Público”. En *Estado Social y Justicia Constitucional*, Cuadernos del TC N° 41, pp. 41 y ss.

¹⁴⁸ Kant, Immanuel (1957). *Lo bello y lo sublime. La paz perpetua*. Buenos Aires, p. 150. Citado en Cea E., ob. cit., p. 46.

¹⁴⁹ San Juan, 3, 14-21.

¹⁵⁰ Ackerman, John M. y Sandoval, Irma E. (2005). *Leyes de acceso a la información en el mundo*. México.

¹⁵¹ Wikileaks.

Por último: la motivación constituye ahora también un principio fundamental reconocido a nivel constitucional¹⁵². De esta forma, todo acto emanado de un órgano del Estado, debe ser fundado. Se trata, por lo demás, como recordara sabiamente don Andrés Bello, de una “*práctica tan conforme al principio de responsabilidad general, que es el alma del gobierno republicano, o mejor decir, de todo gobierno*”¹⁵³. Y es que, como afirmara Unamuno, antes que vencer hay que convencer.

BIBLIOGRAFÍA CITADA:

- Ackerman, John M. y Sandoval, Irma E. (2005). *Leyes de acceso a la información en el mundo*. México.
- Bello, Andrés (1979). *Escritos jurídicos, políticos y universitarios*. Santiago: Edeval.
- Bernaschina G., Mario (1951). *Manual de Derecho Constitucional*.
- Bobbio, Norberto (2001). *El futuro de la democracia*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Burgoa, Ignacio (2009). *Derecho Constitucional Mexicano*. México.
- Carrasco A., Manuel (1958). *Comentarios sobre la Constitución de 1833*. Santiago.
- Cea E., José Luis (2009). “*Tercera regla de oro del Derecho Público*”. En *Estado Social y Justicia Constitucional*. Cuadernos del TC, N°.41.
- Fernández G., Miguel Ángel (2005). “El principio de publicidad de los actos estatales en el nuevo artículo 8, inciso 2º, de la Constitución”. En Zúñiga, Francisco, (edit.) *Reforma Constitucional*. Santiago: LexixNexis.
- Fernández Segado, Francisco (1992). *El sistema constitucional español*. Madrid: Dykinson.
- Guerra V., José G. (1929). *La Constitución de 1925*.

¹⁵² Así lo ha señalado el Tribunal Constitucional respecto de las sentencias judiciales (Rol 1373, 22 de junio del 2009).

¹⁵³ Necesidad de fundar las sentencias, artículo publicado en *El Araucano*, 1834; en Bello, Andrés (1979). *Escritos jurídicos, políticos y universitarios*. Edeval, selección de A. Squella, p. 112.

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*. Nogueira, Humberto, (coordinador) Santiago: Librotecnia.

Hesse, Conrado (1996). “Significado de los Derechos Fundamentales”. En Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde, *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons.

Huneeus Z., Jorge (1879). *La Constitución ante el Congreso*.

Kant, Immanuel (1957). *Lo bello y lo sublime. La paz perpetua*. Buenos Aires.

Lastarria, José Victorino (1856). *La Constitución Comentada*.

Navarro B., Enrique (2001). *20 años de la Constitución Chilena. 1981-2001*. Santiago.

Pérez Escobar, Jacobo (2004). *Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá.

Pfeffer U., Emilio (2005). *Reformas Constitucionales 2005*. Santiago: Jurídica de Chile.

Rajevic M., Enrique (2009). *La jurisprudencia inicial del Consejo para la Transparencia*. Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado.

Ramírez A., José A. (2005). “Principio de probidad y transparencia en el ejercicio de las funciones públicas: alcances de la nueva Constitución de 2005”. En Zúñiga, Francisco, (coordinador) *Reforma Constitucional*.

Roldán, Alcibíades (1924). *Elementos de Derecho Constitucional*.

Sagües, Néstor (1999). *Elementos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea.

Silva B., Alejandro (1963). *Tratado de Derecho Constitucional*. Santiago: Editorial jurídica de Chile.

NORMAS CITADAS:

Constitución Política de Chile, artículos 18, 19, 32, 72, 96.

Constitución Política de Alemania, artículos 21, 42.

Constitución Política de Argentina, artículo 38.

Constitución Política de Bolivia, artículo 180, 232, 323.

Constitución Política de Colombia, artículo 74.

Constitución Política de Costa Rica, artículo 30, 96.
Constitución Política de Ecuador, artículo 18, 91, 204.
Constitución Política de El Salvador, artículo 140.
Constitución Política de España, artículo 9, 80, 105, 120.
Constitución Política de Estados Unidos de América, sección 5.
Constitución Política de Francia, artículo 33.
Constitución Política de Honduras, artículo 221.
Constitución Política de Italia, artículos 64, 72, 73, 77, 123.
Constitución Política de México, artículo 6.
Constitución Política de Nicaragua, artículo 141.
Constitución Política de Panamá, artículo 43.
Constitución Política de Paraguay, artículo 213, 256.
Constitución Política de Perú, artículo 2, 35.
Constitución Política de Puerto Rico, artículo III.
Constitución Política de República Dominicana, artículo 138.
Constitución Política de Uruguay, artículo 77.
Constitución Política de Venezuela, artículo 143.

JURISPRUDENCIA CITADA:

Corte Suprema, Rol 5799-2010, 29 de octubre del 2010.
Corte Suprema, Rol 6693-2010, 28 de marzo del 2011.
Corte Suprema, Rol 2874-2011. 1 de julio del 2011.
Corte Suprema, Rol 4000-2011, 16 de septiembre del 2011.
Corte Suprema, Rol 7351-2012, 31 de diciembre del 2012.
ICA de Santiago, Rol 4625-2009, 23 de octubre del 2009.
ICA de Santiago, Rol 8067-2009, 25 de mayo del 2010.
ICA de Valparaíso, Rol 2361-2009, 14 de junio del 2010.
ICA de Valparaíso, Rol 294-2010, 29 de junio del 2010.

ICA de Santiago, Rol 8131-2009, 10 de agosto del 2010.
ICA de Santiago, Rol 943-2010, 3 de septiembre del 2010.
ICA de Santiago, Rol 1803-2010, 1 de octubre del 2010.
ICA de Santiago, Rol 8405-2009, 4 de octubre del 2010.
ICA de Santiago, Rol 950-2010, 7 de octubre del 2010.
ICA de Santiago, Rol 2267-2010, 25 de octubre del 2010.
ICA de Santiago, Rol 2080-2010, 22 de noviembre del 2010.
ICA de Santiago, Rol 2275-2010, 23 de noviembre del 2010.
ICA de Santiago, Rol 2335-2010, 1 de diciembre del 2010.
ICA de Santiago, Rol 1103-2010, 6 de diciembre del 2010.
ICA de Santiago, Rol 3496-2010, 4 de enero del 2011.
ICA de Santiago, Rol 5955-2009, 17 de enero del 2011.
ICA de Puerto Montt, Rol 395-2010, 27 de enero del 2011.
ICA de Santiago, Rol 6143-2010, 28 de enero del 2011.
ICA de Santiago, Rol 3547-2010, 4 de marzo del 2011.
ICA de Santiago, Rol 1948-2010, 8 de marzo del 2011.
ICA de Chillán, Rol 446-2010, 26 de abril del 2011.
ICA de Santiago, Rol 6344-2010, 3 de mayo del 2011.
ICA de Santiago, Rol 7390-2009, 9 de mayo del 2011
ICA de Iquique, Rol 551-2010, 20 de mayo del 2011.
ICA de Santiago, Rol 597-2010, 20 de mayo del 2011.
ICA de Iquique, Rol 199-2010, 24 de mayo del 2011.
ICA de Valparaíso, Rol 1238-2010, 27 de mayo del 2011.
ICA de Santiago, Rol 806-2011, 31 de mayo del 2011.
ICA de Santiago, Rol 320-2011, 31 de mayo del 2011.
ICA de Santiago, Rol 3436-2010, 15 de junio del 2011.
ICA de Santiago, Rol 7938-2010, 17 de junio del 2011.
ICA de Valparaíso, Rol 288-2011, 17 de junio del 2011.

ICA de Santiago, Rol 1007-2011, 29 de junio del 2011.
ICA de Santiago, Rol 6032-2010, 30 de junio del 2011.
ICA de Santiago, Rol 6190-2010, 30 de junio del 2011.
ICA de Valparaíso, Rol 2067-2010, 7 de julio del 2011.
ICA de Santiago, Rol 5979-2010, 7 de julio del 2011.
ICA de Valparaíso, Rol 125-2011, 12 de julio del 2011.
ICA de Valparaíso, Rol 78-2011, 29 de julio del 2011.
ICA de Santiago, Rol 7319-2010, 24 de agosto del 2011.
ICA de Santiago, Rol 2442-2010, 20 de septiembre del 2011.
ICA de Santiago, Rol 2143-2011, 19 de octubre del 2011.
ICA de Valparaíso, Rol 529-2011, 27 de octubre del 2011.
ICA de Santiago, Rol 6189-2010, 10 de noviembre del 2011.
ICA de Santiago, Rol 279-2011, 17 de noviembre del 2011.
ICA de Santiago, Rol 1187-2010, 23 de noviembre del 2011.
ICA de Santiago, Rol 6252-2011, 28 de noviembre del 2011.
ICA de Santiago, Rol 1349-2011, 3 de enero del 2012.
ICA de Santiago, Rol 906-2011, 13 de febrero del 2012.
ICA de Santiago, Rol 885-2011, 15 de febrero del 2012.
ICA de Santiago, Rol 1002-2011, 2 de abril del 2012.
ICA de Santiago, Rol 7329-2011, 4 de abril del 2012.
ICA de Santiago, Rol 1019-2011, 17 de abril del 2012.
ICA de Santiago, Rol 7804-2011, 20 de abril del 2012.
ICA de Santiago, Rol 989-2011, 8 de mayo del 2012.
ICA de Santiago, Rol 7932-2011, 9 de mayo del 2012.
ICA de Santiago, Rol 3746-2011, 15 de mayo del 2012.
ICA de Santiago, Rol 6624-2011, 16 de mayo del 2012.
ICA de Talca, Rol 891-2011, 22 de mayo del 2012.
ICA de Santiago, Rol 7497-2011, 24 de mayo del 2012.

ICA de Santiago, Rol 5856-2011, 1 de junio del 2012.
ICA de Santiago, Rol 6248-2011, 7 de junio del 2012.
ICA de Santiago, Rol 7514-2010, 26 de julio del 2012.
ICA de Santiago, Rol 5086-11, 21 de agosto del 2012.
ICA de Santiago, Rol 1344-12, 23 de agosto del 2012.
ICA de Santiago, Rol 879-2012, 29 de agosto del 2012.
ICA de Santiago, Rol 8806-2011, 30 de agosto del 2012.
ICA de Santiago, Rol 2742-2011, 22 de septiembre del 2012.
ICA de Concepción, Rol 367-2012, 24 de septiembre del 2012.
ICA de Santiago, Rol 710-2012, 1 de octubre del 2012.
ICA de Valparaíso, Rol 2173-2011, 16 de octubre del 2012.
ICA de Santiago, Rol 4366-2012, 30 de octubre del 2012.
ICA de Santiago, Rol 3289-2012, 30 de octubre del 2012.
ICA de Temuco, Rol 825-2011, 9 de noviembre del 2012.
ICA de Santiago, Rol 9314-2011, 12 de noviembre del 2012.
ICA de Santiago, Rol 5619-2012, 23 de noviembre del 2012.
ICA de Santiago, Rol 5119-2012, 23 de noviembre del 2012.
ICA de Santiago, Rol 2582-2012, 28 de noviembre del 2012.
ICA de Santiago, Rol 2788-2012, 28 de noviembre del 2012.
ICA de Santiago, Rol 2423-2012, 28 de noviembre del 2012.
ICA de Santiago, Rol 2617-2012, 3 de diciembre del 2012.
ICA de Punta Arenas, Rol 131-2012, 4 de diciembre del 2012.
ICA de Santiago, Rol 842-2012, 7 de diciembre del 2012.
ICA de Santiago, Rol 5186-2012, 11 de diciembre del 2012.
ICA de Santiago, Rol 6704-2011, 17 de diciembre del 2012.
ICA de Santiago, Rol 2619-2012, 28 de diciembre del 2012.
Tribunal Constitucional, Rol 1732-2010, 21 de junio del 2011.
Tribunal Constitucional, Rol 1800-2010, 21 de junio del 2011.

Tribunal Constitucional, Rol 1892-2011, 17 de noviembre del 2011.

Tribunal Constitucional, Rol 1990-2011, 5 de junio del 2012.

Tribunal Constitucional, Rol 2153-2011, 11 de septiembre del 2012.