



**UNIVERSIDAD DE SALAMANCA  
FACULTAD DE DERECHO**

**Programa: Estado de Derecho y Gobernanza Global**

**TESIS DOCTORAL  
EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. CONSTRUCCIÓN  
DE BASES TEÓRICAS A PATIR DEL CASO CHILENO Y ESPAÑOL**

**AUTOR:  
JORGE LUIS ASTUDILLO MUÑOZ**

**DIRECTORES:  
DR. RAFAEL BUSTOS GISBERT  
DR. MARIO HERNÁNDEZ RAMOS**

**SALAMANCA, 2017**



UNIVERSIDAD DE SALAMANCA  
FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, FINANCIERO Y PROCESAL  
PROGRAMA DE DOCTORADO ESTADO DE DERECHO Y GOBERNANZA GLOBAL

**EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. CONSTRUCCIÓN  
DE BASES TEÓRICAS A PATIR DEL CASO CHILENO Y ESPAÑOL**

Memoria de tesis doctoral presentada por Jorge Luis Astudillo Muñoz para obtener el grado académico de Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España), dirigida por el Dr. D. Rafael Bustos Gisbert, Profesor Titular Universidad de Salamanca, acreditado para Catedrático y el Dr. D. Mario Hernández Ramos, Profesor Contratado Universidad de Salamanca, acreditado para profesor titular.

Vº Bº Director

Fdo. Jorge Astudillo Muñoz

Fdo. Rafael Bustos Gisbert

Fdo. Mario Hernández Ramos

*A Evelyn...*

## **AGRADECIMIENTOS**

Una tarea ardua y laboriosa como es la redacción de una tesis doctoral no puede ser posible sin el apoyo y ayuda de muchas personas. Mi gratitud a Rafel Bustos Gisbert por sus valiosas enseñanzas y por haber confiado en mis capacidades desde el momento en que fui su alumno el año 2009 en el Master de Corrupción y Estado de Derecho. Del mismo modo agradezco todo el apoyo, compañía y generosidad de mi co-director de tesis Mario Hernández Ramos. Su guía, observaciones y críticas han sido fundamentales para la configuración de este trabajo.

Tampoco puedo ni quiero omitir el reconocimiento a la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, especialmente a todos los académicos y compañeros que cursaron conmigo el Master en Corrupción y Estado de Derecho, en el curso 2009-2010.

También valga mi gratitud a la Facultad de Derecho de la Universidad Andrés Bello por todo el apoyo y confianza depositada en mi persona, en especial a mis amigos y compañeros de trabajo y al Señor Decano Profesor Juan David Terrazas.

Finalmente no puedo de dejar de dar las gracias a mi compañera Evelyn Vicencio, por tantos momentos compartidos que han hecho que esta vida sea mucho mejor.

Jorge Astudillo Muñoz, Salamanca, 2017.



## ÍNDICE

|   |    |
|---|----|
| <b>ABREVIATURAS</b>   | 1  |
| <b>INTRODUCCIÓN</b>   | 3  |
| <br>  |    |
| <b>CAPÍTULO PRIMERO: MARCO TEÓRICO Y CONCEPTUAL DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA</b>                                  | 15 |
| I.- Consideraciones preliminares  | 15 |
| II.- El principio de transparencia en el ejercicio de la función pública  | 24 |
| 1.- Hacia un concepto de transparencia en el ejercicio de la función pública  | 24 |
| 2.- La transparencia activa y la transparencia pasiva   | 31 |
| 3.- Transparencia y publicidad  | 34 |
| III.- Democracia, corrupción y transparencia. La transparencia como mecanismo para combatir la corrupción                           | 36 |
| IV.- El derecho de acceso a la información pública  | 46 |
| 1.- Ideas generales   | 46 |
| 2.- Sobre la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública   | 50 |
| a.- Ideas preliminares. Aproximación al concepto de derecho fundamental   | 50 |
| b.- El derecho de acceso a la información pública es parte de la libertad de expresión  | 53 |
| c.- El derecho de acceso a la información pública es parte del derecho fundamental de petición                                      | 63 |
| d.- El derecho de acceso a la información pública es un derecho autónomo y a la vez el supuesto para el ejercicio de otros derechos | 64 |

|   |    |
|---|----|
| fundamentales   |    |
| i.- Autonomía del derecho de acceso a la información pública  | 64 |
| ii.- El derecho de acceso resulta esencial para el ejercicio del derecho de participación ciudadana                 | 67 |
| iii.- El derecho de acceso a la información pública como supuesto para el ejercicio de otros derechos fundamentales | 69 |
| 3.- Principales características del derecho de acceso a la información pública                                      | 71 |
| a.- Carácter preferente   | 72 |
| b.- El derecho de acceso a la información pública es un derecho autónomo pero también instrumental                  | 73 |
| c.- Es un derecho que reconoce una doble dimensión, tanto pública como privada                                      | 74 |
| d.- El derecho de acceso a la información es un derecho fundamental de desarrollo legal                             | 75 |
| 4.- Bases para una adecuada regulación del derecho de acceso a la información pública                               | 77 |
| a.- El principio de presunción de publicidad y de máxima divulgación  | 77 |
| b.- Una legitimación activa amplia  | 80 |
| c.- Ausencia de motivación  | 82 |
| d.- Amplitud de la información que se puede solicitar y no solo la que se encuentra en la Administración del Estado | 82 |
| e.- Acceso a las copias en cualquier soporte  | 86 |
| f.- Un procedimiento claro y preciso, con plazos breves. Ausencia de discriminación                                 | 87 |
| g.- Taxatividad en las causales que permitan denegar la información solicitada                                      | 88 |
| h.- Sanciones eficaces para quien vulnere el derecho  | 93 |

|  |     |
|--|-----|
| i.- Recurso jurisdiccional efectivo ante la negativa de entrega de la información  | 94  |
| j.- Mecanismos de seguimiento idóneos para verificar el cumplimiento de la normativa que reconoce el derecho de acceso a la información pública  | 94  |
| k.- Existencia de un órgano autónomo e independiente encargado de velar por el cumplimiento de la normativa de acceso a la información           | 96  |
| l.- Establecimiento de medidas integrales que refuercen la efectividad del derecho de acceso a la información y la transparencia                 | 97  |
| 5.- La reserva o secreto como excepción a la regla general del acceso a la información pública   | 98  |
| 6.- Propuesta final de un concepto de derecho de acceso a la información pública   | 107 |
| <b>CAPÍTULO SEGUNDO: LAS BASES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN EL DERECHO CHILENO</b>                         | 111 |
| I.- Introducción   | 111 |
| II.- Los principios constitucionales sobre los que se sustenta el derecho de acceso a la información pública a la luz de la Constitución chilena | 115 |
| 1.- El principio de subsidiariedad   | 115 |
| 2.- El principio de servicialidad  | 117 |
| 3.- El principio republicano y democrático   | 118 |
| a.- El principio republicano   | 118 |
| b.- El principio democrático   | 119 |
| 4.- El principio de limitación de la soberanía   | 121 |



|  |     |
|--|-----|
| 5.- El principio de responsabilidad  | 123 |
| 6.- El principio de probidad, transparencia y publicidad   | 124 |
| III.- Los derechos fundamentales y el acceso a la información pública  | 135 |
| 1.- Introducción   | 135 |
| 2.- Los principales derechos fundamentales con los que se conecta el derecho de acceso a la información pública              | 136 |
| a.- Igualdad ante la ley y el derecho a no ser discriminado  | 136 |
| b.- La igual protección en el ejercicio de los derechos  | 137 |
| c.- El respeto y protección a la vida privada  | 138 |
| d.- La libertad de expresión   | 139 |
| e.- El derecho constitucional de petición  | 139 |
| f.- La libertad de trabajo   | 140 |
| g.- La libertad de emprendimiento  | 141 |
| IV.- El derecho de acceso a la información pública en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno                  | 141 |
| 1.- Introducción   | 141 |
| 2.- Casos relevantes en donde se ha ido configurando el derecho de acceso a la información pública                           | 142 |
| a.- Primera etapa de reconocimiento constitucional   | 142 |
| b.- Giro de la jurisprudencia constitucional a partir del año 2012 y proyecto de reforma constitucional                      | 144 |
| V.- El derecho de acceso a la información pública en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) | 150 |
| 1.- La vinculación de Chile a la Corte Interamericana de Derechos Humanos  | 150 |
| 2.- Doctrina fundamental de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derecho de acceso a la información     | 151 |

|  |     |
|--|-----|
| pública  |     |
| VI.- A modo de conclusión  | 158 |
| <b>CAPÍTULO TERCERO: EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN EL SISTEMA CHILENO</b> | 161 |
| I.- Situación en Chile antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.285                   | 161 |
| II.- La Ley N° 20.285 sobre acceso a la información pública                                  | 173 |
| 1.- Factores que influyeron en su aprobación   | 173 |
| a.- Escándalos de corrupción   | 173 |
| b.- Ingreso de Chile a la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico                 | 175 |
| c.- Caso “Claude Reyes y otros contra Chile” en la Corte Interamericana de Derechos Humanos  | 178 |
| III.- Algunos aspectos básicos de la Ley N° 20.285   | 179 |
| 1.- Aclaración previa sobre la estructura formal de la Ley N° 20.285                         | 179 |
| 2.- Ámbito de aplicación de la ley de Acceso (LAIP)  | 180 |
| 3.- Transparencia y publicidad en la Ley de acceso a la información pública (LAIP)           | 181 |
| 4.- La Transparencia activa  | 184 |
| IV.- El derecho de acceso a la información pública en la Ley N° 20.285                       | 190 |
| 1.- El concepto de acceso a la información pública   | 190 |
| 2.- Los principios que informan en derecho de acceso a la información pública en Chile       | 191 |
| a.- El principio de relevancia   | 191 |
| b.- El principio de libertad de información  | 192 |
| c.- El principio de apertura o transparencia   | 193 |

|  |     |
|--|-----|
| d.- El principio de máxima divulgación                                   | 194 |
| e.- El principio de divisibilidad  | 195 |
| f.- El principio de facilitación   | 195 |
| g.- El principio de no discriminación                                    | 199 |
| h.- El principio de oportunidad  | 199 |
| i.- El principio de control  | 200 |
| j.- El principio de responsabilidad                                      | 201 |
| k.- El principio de gratuidad  | 201 |
| 3.- La solicitud de acceso a la información pública                      | 202 |
| a.- La solicitud de información  | 204 |
| b.- El derecho de oposición  | 209 |
| c.- Las causales de reserva o secreto                                    | 211 |
| d.- El amparo ante el Consejo para la Transparencia                      | 211 |
| e.- El reclamo ante la Corte de Apelaciones                              | 215 |
| 4.- Sanciones previstas en la ley  | 216 |
| 5.- Causales de reserva o secreto contempladas en la ley                 | 218 |
| a.- La regulación legal de las causales de reserva o secreto             | 218 |
| i.- Ideas preliminares   | 218 |
| ii.- Causales de reserva o secreto previstas en la ley                   | 218 |
| b.- La extensión de la reserva o secreto                                 | 220 |
| 6.- Conclusión   | 223 |
| <b>CAPÍTULO CUARTO: EL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA</b>                 | 224 |
| I.- Introducción   | 224 |
| II.- El Consejo para la Transparencia. Organización y estructura interna | 228 |
| 1.- Sobre su naturaleza jurídica   | 228 |
| 2.- Organización y estructura del Consejo para la Transparencia          | 235 |
| III.- El Consejo para la Transparencia. Aspectos funcionales             | 239 |

|  |     |
|--|-----|
| IV.- El rol adquirido por el Consejo para la Transparencia en el éxito de la legislación sobre acceso a la información pública en Chile                    | 242 |
| 1.- Introducción   | 242 |
| 2.- Ámbito de aplicación de la ley   | 243 |
| a.- Consideraciones generales  | 243 |
| b.- Casos universidades estatales  | 245 |
| c.- Casos organismos autónomos   | 250 |
| d.- Casos empresas públicas, empresas y sociedades del Estado  | 251 |
| e.- Casos instituciones de Derecho Privado   | 256 |
| 3.- El desarrollo e interpretación de las causales de reserva o secreto realizado por el Consejo para la Transparencia. Exposición de casos más relevantes | 265 |
| a.- El debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido: Artículo 21 N° 1 letra a) LAIP   | 265 |
| b.- Antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución: Artículo 21 N° 1 letra b) LAIP  | 269 |
| c.- Debido cumplimiento de las funciones del Órgano: Artículo 21 N° 1 letra c) LAIP  | 274 |
| d.- Los derechos de las personas: Artículo 21 N° 2 LAIP  | 276 |
| e.- Seguridad de la Nación: Artículo 21 N° 3 LAIP  | 290 |
| f.- El interés nacional: Artículo 21 N° 4 LAIP   | 293 |
| g.- Documentos, datos o informaciones declaradas secretas según ley de quórum calificado, artículo 21 N° 5 LAIP  | 298 |
| 4.- Un caso emblemático: acceso a correos electrónicos   | 299 |
| 5.- La carga probatoria y la aplicación del llamado “test de daños” en la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia                                 | 307 |
| a.- La carga de la prueba para la configuración de las causales de reserva o secreto   | 307 |

|  |     |
|--|-----|
| b.- El Consejo para la Transparencia y la utilización del test de daño y el test de interés público  | 309 |
| 6.- Conclusiones finales   | 312 |
| <b>CAPÍTULO QUINTO: EL DERECHO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA</b>  | 315 |
| I.- Introducción   | 315 |
| II.- Breve análisis de la regulación del derecho de acceso a la información pública en España antes de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre       | 317 |
| 1.- Regulación constitucional  | 317 |
| 2.- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC) | 321 |
| a.- Presentación y aclaración  | 321 |
| b.- Principales aspectos de la LRJAP-PAC   | 323 |
| i.- Legitimación activa  | 323 |
| ii.- Legitimación pasiva   | 325 |
| iii.- El objeto del derecho de acceso  | 327 |
| iv.- Los límites al ejercicio del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos   | 328 |
| v.- Algunos aspectos procedimentales relevantes  | 330 |
| vi.- Reclamación ante la negativa de entrega de la información solicitada  | 333 |
| 3.- Legislaciones sectoriales  | 334 |
| 4.- Conclusiones   | 336 |
| III.- La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno                                     | 338 |
| 1.- Ideas introductorias   | 338 |

|   |     |
|---|-----|
| 2.- Principales aspectos y estructura general de la LTAIBG  | 341 |
| 3.- Ámbito subjetivo de aplicación de la LTAIBG   | 343 |
| 4.- La publicidad activa  | 352 |
| a.- Concepto  | 352 |
| b.- Principios que informan esta materia  | 353 |
| c.- Información objeto de publicidad activa   | 358 |
| d.- Control de la obligación de la publicidad activa  | 363 |
| e.- El portal de la transparencia y la publicidad activa  | 366 |
| 5.- El derecho de acceso a la información pública   | 368 |
| a.- Concepto  | 368 |
| i.- Construcción de un concepto a partir de la Ley 19/2013  | 368 |
| ii.- Problemas asociados al concepto de información pública de la LTAIBG  | 369 |
| iii.- Sujeto activo del derecho   | 371 |
| b.- Límites al ejercicio del derecho de acceso a la información pública   | 373 |
| i.- Concepto  | 374 |
| ii.- Los límites al derecho de acceso a la información pública. Principio de divisibilidad  | 375 |
| iii.- Protección de datos personales  | 379 |
| iv.- Primeras aproximaciones del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno en relación al sentido y alcance de las normas de la Ley de Transparencia sobre límites al derecho de acceso a la información pública y su operatividad | 384 |
| c.- Sobre el ejercicio del derecho  | 386 |
| i.- Solicitud   | 386 |
| ii.- Inadmisión   | 389 |
| iii.- Sobre la tramitación y resolución de la solicitud de acceso   | 392 |
| iv.- Régimen de impugnaciones   | 399 |

|  |     |
|--|-----|
| 6.- Consejo de Transparencia y Buen Gobierno   | 404 |
| a.- Régimen jurídico aplicable al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno   | 404 |
| b.- Estructura orgánica y funcional del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno                                   | 406 |
| i.- Fines y funciones  | 406 |
| ii.- Aspectos orgánicos  | 408 |
| c.- Breve balance crítico sobre la configuración orgánica y funcional del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno | 409 |
| 7.- Consideraciones finales en relación a la LTAIBG  | 418 |
| a.- Principales aspectos positivos de la LTAIBG  | 418 |
| b.- Otras consideraciones críticas a la LTAIBG   | 419 |
| c.- Sobre la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública en la LTAIBG                       | 432 |
| <b>CAPÍTULO SEXTO: ANÁLISIS COMPARATIVO DE LAS LEYES DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA CHILENA Y ESPAÑOLA</b>     | 438 |
| I.- Presentación   | 438 |
| II.- Sobre la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública en la ley chilena y española      | 438 |
| III.- Transparencia activa   | 440 |
| IV.- Sobre el derecho de acceso a la información pública propiamente tal   | 447 |
| 1.- Concepto de información pública  | 447 |
| 2.- Sobre la legitimación activa en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública                    | 449 |
| 3.- Sobre la titularidad pasiva del derecho de acceso a la información pública                                     | 450 |
| 4.- Consagración de principios sobre los que se sustenta el  | 454 |

|  |            |
|--|------------|
| ejercicio del derecho de acceso a la información pública                           |            |
| 5.- Procedimiento de acceso a la información pública                               | 454        |
| 6.- Ausencia de motivación   | 460        |
| 7.- Mecanismos de reclamo ante la negativa de entrega de la información solicitada | 463        |
| 8.- Sanciones  | 467        |
| 9.- Límites al ejercicio del derecho de acceso a la información pública            | 470        |
| V.- El Consejo para la Transparencia y el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno | 473        |
| 1.- Presentación   | 473        |
| 2.- En cuanto a su estructura orgánica   | 474        |
| 3.- En cuanto a su estructura funcional  | 477        |
| VI.- Consideraciones finales   | 480        |
| <b>CONCLUSIONES</b>  | <b>484</b> |
| <b>BIBLIOGRAFÍA</b>  | <b>499</b> |



*“Un gobierno del pueblo, en la ausencia de toda información del pueblo o de los medios que le permitan acceder a ella, no es más que el prólogo de una farsa o de una tragedia, es decir, de una tragicomedia”.  
(Madison, 1822).*

## ABREVIATURAS

|   |        |
|---|--------|
| Asamblea General de la Organización de Estados Americanos.  | AG/OEA |
| Comisión Nacional de Ética Pública (Chile)  | CNEP   |
| Comité Jurídico Interamericano  | CJI    |
| Consejo de Transparencia y Buen Gobierno  | CTBG   |
| Consejo de Europa   | CE     |
| Consejo para la Transparencia (Chile)   | CPT    |
| Contraloría General de la República (Chile)   | CGR    |
| Convención Americana de Derechos Humanos  | CADH   |
| Convenio Europeo de Derechos Humanos  | CEDH   |
| Corte Interamericana de Derechos Humanos  | CIDH   |
| Decreto Supremo (Chile)   | DS     |
| Ley N° 20.285, de Acceso a la Información Pública chilena (Chile)                                 | LAIP   |
| Ley N° 18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado (Chile)                         | LBGAE  |
| Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno | LTAIBG |

(España)

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (España)

LRJAP-PAC

Organización de Estados Americanos

OEA

Organización de Cooperación y Desarrollo Económico

OCDE

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TEDH

## INTRODUCCIÓN

Las leyes de acceso a la información pública han dejado de ser una excentricidad y han pasado a ser parte del panorama cotidiano de las actuales democracias representativas y aunque sus primeros antecedentes se remontan a Suecia en el año 1766<sup>1</sup>, solamente en las últimas décadas las sociedades occidentales han ido entendiendo la importancia que tiene para su desarrollo incrementar la participación ciudadana en la adopción de las decisiones sociales fundamentales, estableciendo mecanismos que apunten en dicha dirección, dentro de los cuales se encuentra el reconocimiento del derecho de acceso a la información pública.

A partir de la década de los setenta, y especialmente en la de los noventa, van surgiendo en el panorama internacional diversas leyes de acceso a la información pública que se alzan como una concreción del principio de transparencia, entendido éste como una necesidad fundamental derivada de la forma democrática de gobierno y del combate al flagelo de la corrupción.

La mayor parte de los esfuerzos por instalar la transparencia, ya sea como principio constitucional o simplemente legal, corresponden a intentos institucionales de afrontar la profunda desconfianza ciudadana hacia la actividad política, la que trasunta en el fondo una preocupante y peligrosa pérdida de legitimidad del sistema democrático.

Nos nos equivocamos en señalar que uno de los principales problemas que en la actualidad enfretan las democracias representativas es el quiebre

---

<sup>1</sup> La primera ley formal de la que se tiene conocimiento en Occidente es fue la *Freedom of press and the right of access to public records act* (Ley para la libertad de prensa y del derecho de acceso a las actas públicas) aprobada en Suecia en el año 1776.

de la confianza ciudadana en sus autoridades. El debilitamiento de la democracia como forma de gobierno y como filosofía de vida es muy grave toda vez que una democracia débil puede dar lugar a tiranías y con ello las personas quedarían a merced de abusos y vulneraciones a sus derechos.

Es en este contexto en que se encuentra la génesis de las leyes de acceso a la información pública chilena y española. Ellas son el resultado de una sociedad convulsionada y profundamente afectada por actos de corrupción y por una ciudadanía cada vez más empoderada y exigente con sus mandatarios.

La presente tesis doctoral surge de una reflexión profunda sobre el fenómeno de la corrupción y las consecuencias que de ésta se derivan, especialmente en relación con la democracia y los derechos humanos. No existiendo dudas del enorme daño que la corrupción infiere a nuestras sociedades, es preciso plantearse herramientas y estrategias adecuadas para enfrentarla.

En relación a los diversos mecanismos que se han propuesto en la lucha contra la corrupción, la transparencia y publicidad han de jugar un papel fundamental. La mayor visibilidad posible de los actos de las autoridades públicas y de cualquier ente que de alguna manera preste servicios públicos o sea receptor de recursos de todos, impedirá o al menos dificultará el secretismo tan propicio para el desarrollo de la corrupción. Una de las manifestaciones directas de la transparencia y la publicidad en el ejercicio de la función pública es el derecho de acceso a la información que obra en poder de los órganos del Estado.

Entendemos el derecho de acceso a la información pública como un

derecho fundamental que tiene sus raíces y fundamentos en la democracia, cuyo contenido puede ser formulado tanto por medio de construcciones doctrinales como por fuentes internacionales (documentos y jurisprudencia) aprobadas sobre el tema. A pesar de lo anterior, este derecho no suele estar reconocido en fuente constitucional y en aquellos casos en que existe este reconocimiento, lo es en forma parcial y sin la autonomía suficiente que le permita ampararse en la garantías normativas y jurisdiccionales propias de los derechos fundamentales.

Dado lo anterior, el derecho de acceso a la información pública tiene la mayor de las veces un rango y desarrollo meramente legal, teniendo con ello el legislador un amplio espacio de configuración y regulación del derecho, alejándose muchas veces de los estándares mínimos que este tipo de normativa debe contemplar para que el derecho de acceso cumpla realmente su finalidad en el marco de la democracia y el combate a la corrupción.

En esta investigación hemos querido presentar una aproximación al derecho de acceso a la información pública dentro del contexto precedentemente descrito, pero también llevar a cabo un análisis de la legislación que consagra este derecho tanto en Chile como en España. El estudio del caso chileno se justifica tanto por la nacionalidad como la realidad práctica en que el tesista desempeña su labor profesional y académica. La razón de abordar el estudio del caso español tiene su origen en los estudios llevados a cabo por el tesista en el Master de Corrupción y Estado de Derecho de la Universidad de Salamanca durante el curso 2009-2010, en virtud de los cuales se produjo un acercamiento a la realidad jurídica española y por la influencia que tiene el derecho público español en el derecho latinoamericano.

Dentro de este escenario consideramos interesante, además del estudio del derecho de acceso a la información pública en ambos sistemas jurídicos, constatar si la norma española, más tardía en su nacimiento, aprovechó o no de recoger la experiencia de otros contextos sociales y jurídicos al momento de configurar su contenido.

La presente tesis doctoral se estructura en base a cuatro partes generales, a saber: la presentación de un marco teórico que sirve de soporte conceptual a la investigación, el estudio y análisis del derecho de acceso a la información en el sistema jurídico chileno, el estudio y análisis del derecho de acceso en la legislación española y por último, la formulación de un análisis comparativo entre ambas legislaciones.

El Capítulo Primero se denomina “Marco teórico y conceptual del derecho de acceso a la información pública”. Este capítulo comienza con una exposición general respecto de la que se ha denominado “crisis de la democracia representativa”, posteriormente se aborda la transparencia como principio rector del ejercicio de las actuaciones públicas, presentando a continuación un análisis de las relaciones que existen entre los conceptos de democracia, corrupción y transparencia, destacando especialmente la importancia de esta última en la lucha contra la corrupción.

También en este capítulo se aborda con meridiana profundidad el derecho de acceso a la información pública como manifestación directa del principio de transparencia. En esta parte de la investigación se presenta un estudio sobre la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública, categorizándolo como un verdadero derecho fundamental. Además, considerando, su naturaleza y el rol que debe cumplir en el seno de una sociedad democrática, en este capítulo se proponen las bases esenciales que

cualquier legislación que desarrolle este derecho debe considerar, especialmente el régimen de reserva o secreto que limite su ejercicio.

Finalmente, a la luz de todas las consideraciones llevadas a cabo en el Capítulo Primero, ya el terminar el desarrollo del mismo, se presenta al lector un concepto de derecho de acceso a la información pública.

Los Capítulos Segundo, Tercero y Cuarto han sido destinados al estudio del derecho de acceso a la información en Chile.

El Capítulo Segundo se titula “Las bases constitucionales del derecho de acceso a la información pública en el derecho chileno”. En esta parte de nuestro trabajo presentamos el derecho de acceso a la información vinculado a la Constitución y a los principios contenidos en ésta. Vincular el derecho de acceso a la información pública a la Constitución, es un esfuerzo que tiene por objeto potenciar el derecho, revistiéndolo de la fuerza de la supremacía constitucional. En la medida que se entienda que el derecho de acceso a la información pública tiene un sustrato constitucional éste estará mejor resguardado, no solo respecto del ejecutivo y el legislativo, sino también del órgano jurisdiccional que debe pronunciarse sobre conflictos de acceso.

Esta labor de vinculación del derecho de acceso a la información pública a la norma suprema la hemos realizado por tres vías. En primer lugar, se identifican los principios constitucionales que dan sustento al derecho de acceso (subsidiariedad, servicialidad, etc.) y se relata de qué manera éstos se vinculan al mismo; en segundo lugar, hemos identificado la estrecha relación que existe entre el derecho de acceso a la información pública con los derechos fundamentales consagrados en el texto fundamental. A pesar de postular la naturaleza jurídica de derecho fundamental del derecho de



acceso, de todas maneras, hemos considerado importante vincularlo con otros derechos cuya naturaleza iusfundamental no se discute como son el derecho a la igualdad ante la ley, el derecho a no ser discriminado, entre otros; y en tercer lugar, se presenta la forma en la que ha sido entendido el derecho de acceso a la información pública tanto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno como en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El Capítulo Tercero se denomina “El derecho de acceso a la información pública en el sistema chileno”. Este capítulo comienza relatando la situación del derecho de acceso en el sistema jurídico chileno antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública, de 20 de agosto de 2008, para luego entrar en un detallado análisis de ésta.

Se presenta en este Capítulo Tercero la estructura formal de la Ley N° 20.285, su ámbito de aplicación, su vinculación con el principio constitucional de publicidad y la manera como ésta incorpora a su articulado normas de transparencia activa, complemento imprescindible, a nuestro entender, para instalar en una sociedad una verdadera cultura de la transparencia.

Posteriormente se analiza el derecho de acceso a la información pública propiamente tal, comenzando por el estudio del concepto legal y sus alcances. Especial importancia tiene el estudio de los principios que informan el derecho de acceso a la información pública en el sistema chileno, ya que éstos han sido esenciales en la labor llevada a cabo por el Consejo para la Transparencia en la aplicación de la ley. En efecto, se constata un importante número de principios de consagración legal que han servido en muchas

oportunidades como el soporte principal para dar lugar a la liberación de información pública solicitada ante la negativa del órgano requerido.

Además, en esta parte de la investigación aparece desarrollado el procedimiento legal para hacer efectivo el derecho de acceso a la información pública, desde la presentación de la solicitud de acceso al órgano administrativo requerido hasta la intervención eventual final de la justicia ordinaria.

El Capítulo Cuarto se titula “El Consejo para la Transparencia”. Comienza este capítulo con una reflexión que da cuenta de uno de los aspectos cardinales de cualquier legislación sobre acceso a la información pública, con independencia del modelo elegido por los diferentes estados, a saber: la necesidad de contar con un órgano dotado de la autonomía y facultades necesarias para llevar a cabo la implementación de la normativa sobre acceso. El secretismo como práctica en el ejercicio del poder ha sido la regla general durante décadas, esta forma de entender el servicio público no se revertirá solo con leyes, por lo mismo, es fundamental que existan mecanismos efectivos que puedan combatir estas prácticas y costumbres en el seno de la función estatal.

La Ley N° 20.285 ha optado por la creación de un órgano especial denominado Consejo para la Transparencia para llevar a cabo la implementación de su normativa. En esta parte de nuestra investigación hacemos un estudio sobre su organización y estructura interna y de sus principales aspectos funcionales. Especial importancia hemos asignado a reflexionar sobre el rol adquirido por el Consejo para la Transparencia en el éxito de esta legislación en el derecho chileno. De esta forma, a través del estudio y análisis de la jurisprudencia emanada de este órgano,

especialmente en sus primeros meses de funcionamiento, hemos pretendido demostrar el rol fundamental que ha cumplido. En esta línea hemos analizado la forma como el Consejo ha ido determinando el ámbito de aplicación de la ley, el desarrollo de las causales de reserva o secreto, la configuración del test de daños y su uso al momento de resolver solicitudes de acceso, etc.

Los capítulos segundo, tercero y cuarto, tal como se puede apreciar, han sido destinados al estudio del derecho de acceso a la información pública en el derecho chileno. El Capítulo Quinto contiene el análisis del derecho de acceso en el derecho español a partir de la entrada en vigencia de la Ley 19/2013, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Este capítulo se denomina “El derecho a la información pública en España”.

Es preciso advertir que el estudio contenido en este Capítulo Quinto se centra exclusivamente en el análisis de la Ley 19/2013, evitando el autor, presentar un estudio detallado del derecho autonómico, no dejando de destacar en todo caso, lo interesante que puede resultar un estudio más profundo del derecho de acceso a la información en el derecho autonómico y sus relaciones con la legislación general.

Esta parte de la investigación comienza con una breve presentación del panorama existente en el derecho español respecto del derecho de acceso a la información pública antes de la entrada en vigencia de la Ley 19/2013. Se analiza la regulación constitucional del derecho y su desarrollo por parte de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Con el objeto de poder llevar a cabo una mejor constatación de los avances de la

nueva legislación en materia de derecho de acceso, se hace referencia en este Capítulo Quinto a los principales aspectos de la Ley 30/1992, para luego hacer un análisis crítico sobre la misma, aclarando desde ya que las referencias a esta normativa son meramente metodológicas ya que su finalidad es fijar un marco comparativo que permita apreciar de mejor manera los avances en materia de acceso a la información introducidos por la actual norma. También conviene precisar desde ya que la Ley 30/1992 ha quedado derogada por expresa disposición de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

A continuación el lector encontrará un análisis de la Ley 19/2013, partiendo por el estudio de su estructura general, para luego continuar con su ámbito de aplicación y la forma como se regula en ella la llamada publicidad activa.

Posteriormente se realiza un análisis del derecho de acceso a la información pública propiamente tal, partiendo por el concepto legal y algunos problemas asociados a éste. Además se encontrará en esta parte de la investigación un breve análisis del procedimiento para hacer efectivo el derecho de acceso, procurando desnudar en el desarrollo de esta tarea las falencias detectadas por doctrina.

Un apartado especial ha sido destinado al estudio y análisis crítico del estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, como órgano crucial en el desarrollo de esta legislación en el Reino de España.

Concluye este Capítulo Quinto con la presentación de algunas consideraciones finales en relación a la Ley 19/2013, de Transparencia,

Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, tanto en sus aspectos positivos como deficitarios.

El Capítulo Sexto se denomina “Análisis comparativo de las leyes de acceso a la información pública chilena y española”. Este Capítulo tiene como objetivo presentar un estudio comparado entre los principales aspectos de la normativa chilena y española, destacando principalmente las semejanzas y diferencias entre una y otra legislación y sobre todo, dar cuenta del respectivo estado en que cada una de ellas se acerca o se aleja del estándar básico de una adecuada ley de acceso a la información pública a la luz del principio democrático y la lucha contra la corrupción.

En las conclusiones finales, y a partir del soporte conceptual construido en el Capítulo Primero, el estudio del derecho de acceso a la información pública en el Derecho chileno, el análisis de la ley española, estaremos en condiciones de reflexionar sobre los siguientes tópicos: en primer lugar, si la norma chilena y española se ajustan en términos generales al estándar fijado en el Capítulo Primero; y en segundo lugar, sobre las principales fortalezas y debilidades de ambas legislaciones; para finalmente sostener si en estas legislaciones sobre acceso a la información se reconoce o no, con carácter de derecho fundamental, un real derecho de acceso a la información pública, como corolario del sistema democrático.

En cuanto a la metodología utilizada en la presente investigación, el lector podrá apreciar que en primer lugar se trata de presentar un marco conceptual y teórico que permita construir un estándar apropiado para el reconocimiento del derecho de acceso a la información pública en relación con la sociedad democrática, el respeto a los derechos de las personas y la lucha contra la corrupción. A fin de construir este marco conceptual y teórico

hemos utilizado diversas fuentes doctrinarias y formales, especialmente hemos considerado el trabajo de diversas organizaciones internacionales cuyo ámbito de acción e investigación es el fortalecimiento de la democracia y la instalación de la transparencia y el acceso a la información como herramientas para lograr mejorar la calidad de la democracia en los distintos estados.

En los capítulos segundo, tercero y cuarto, analizamos el derecho de acceso a la información pública en el derecho chileno. La construcción de los contenidos de esta parte de la investigación se ha realizado a la luz del estudio de fuentes formales del derecho chileno, partiendo de la Constitución y principalmente de la Ley N° 20.285. También ha resultado esencial para la redacción de estos capítulos la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional chileno como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y especialmente de la jurisprudencia emanada del Consejo para la Transparencia. Además hemos utilizado la escasa doctrina generada en el ámbito público chileno sobre la materia.

El Capítulo Quinto destinado al análisis del caso español ha pretendido mostrar un panorama general e inicial de la legislación contenida en la Ley 19/2013. Justamente es esta normativa la principal fuente formal del derecho utilizada para dar configuración a este Capítulo. También hemos querido utilizar alguna doctrina inicial emanada del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, advirtiendo en todo caso, que por el tiempo, pero especialmente, por las atribuciones de este órgano, esta jurisprudencia no ha sido tan fructífera como la que se constata en el Consejo para la Transparencia chileno. También nos ha resultado fundamental para la construcción de este capítulo la doctrina española, la cual, desde la publicación de la Ley 19/2013 se ha mostrado mucho más interesada y

prolífica en el estudio del derecho de acceso a la información pública.

El Capítulo Sexto, de un claro contenido comparativo, ha sido elaborado sobre la base de constatar si las leyes de acceso a la información chilena y española se ajustan o no, y en qué medida a los principales estándares básicos de una adecuada regulación de este tipo de materias. Para ello se señala uno de los supuestos esenciales de la regulación que debe tener una ley de acceso coherente con el principio democrático y la lucha contra la corrupción, se plantea el análisis de cada una de las legislaciones a la luz de este supuesto, para luego determinar si éstas se acercan o no efectivamente al mismo, para finalmente concluir qué aspectos de una pueden ser un aporte en la otra y viceversa.

En las conclusiones se ofrece al lector una reflexión final respecto de la actual situación del derecho de acceso a la información pública tanto en el ordenamiento chileno como español, destacando el hecho, de que a pesar de la importancia que tiene la consagración de estas normativas en los respectivos sistemas, queda mucho camino por recorrer y muchos ajustes que llevar a cabo, partiendo por el reconocimiento constitucional expreso del derecho de acceso como un derecho fundamental.

## **CAPÍTULO PRIMERO: MARCO TEÓRICO Y CONCEPTUAL DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA**

### **I.- Consideraciones preliminares**

El acceso a la información pública significa de alguna manera democratizar la información, “hacerla accesible a todos, implica fragmentar el poder-posición y acortar la distancia entre el Estado y la sociedad; sin embargo, tiene a su vez un efecto amplificador del poder-autoridad, en tanto es interpretado por los habitantes como un poder que atiende los requerimientos de la sociedad a la cual administra, al mostrar una real capacidad para identificar sus necesidades y objetivos a fin de brindarles una respuesta”<sup>2</sup>.

Resulta evidente que “una ley que instrumente el procedimiento de acceso a la información se erige como una excelente oportunidad para fortalecer la imagen y el comportamiento de las instituciones y acercarlas a la gente, a quien en definitiva pertenecen. El acceso a la información es un puente entre la sociedad y el Estado. Un Estado que brinda información, genera confianza en sus ciudadanos”<sup>3</sup>. Un Estado que genera confianza se encuentra dotado de un mayor grado de legitimidad, lo que redundará en un fortalecimiento de la democracia y en la protección de la dignidad humana y los derechos que de ella emanan.

El Consejo de Europa (en adelante CE), ha señalado expresamente que tomando en consideración la importancia de la transparencia en una

---

<sup>2</sup> LAVALLE COBO, D. *Derecho de acceso a la información pública*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2009, p. 3.

<sup>3</sup> LAVALLE COBO, D. *Derecho de acceso...*, ob. cit., p. 5.



sociedad democrática y pluralista, el derecho de acceso a los documentos públicos (entendamos este razonamiento en sentido amplio y no solo como documento sino como información que se encuentra en poder de la autoridad estatal) proporciona una fuente de información para el público; le ayuda a formarse una opinión sobre el estado de la sociedad y sobre las autoridades públicas; fomenta la integridad, la eficacia, la eficiencia y la responsabilidad de autoridades públicas, ayudando así que se afirme su legitimidad<sup>4</sup>.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) ha señalado “que el libre acceso a la información es un medio para que, en un sistema democrático, la ciudadanía ejerza sus derechos políticos; en efecto, el pleno ejercicio del derecho de acceso a la información es necesario para evitar abusos de los funcionarios públicos, promover la rendición de cuentas y la transparencia en la gestión estatal, y permitir un debate público sólido e informado que asegure la garantía de recursos efectivos contra los abusos gubernamentales y prevenga la corrupción”<sup>5</sup>.

La Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (en adelante AG/OEA) en reiteradas oportunidades<sup>6</sup> ha señalado enfáticamente la necesidad de “reafirmar que toda persona tiene el derecho de buscar, recibir, acceder y difundir informaciones, y que el acceso a la información pública es requisito indispensable para el fortalecimiento de la democracia” y de “instar a los Estados Miembros a que respeten y hagan respetar el acceso de todas las personas a la información pública y promuevan la adopción de

---

<sup>4</sup> CONSEJO DE EUROPA. Convenio del Consejo de Europa Núm. 205, sobre “*Acceso a los documentos públicos*”, Tromsø, 18 de junio de 2009.

<sup>5</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Claude Reyes y otros contra Chile, sentencia de 19 de noviembre de 2006, considerando N° 151.

<sup>6</sup> ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA). Resoluciones AG/RES. 1932 (XXXV-O/03), AG/RES. 2057 (XXXIV-O/04), AG/RES. 2121 (XXXV-O/05), AG/RES. 2252 (XXXV-O/06), AG/RES. 2288 (XXXVII-O/07), AG/RES. 2418 (XXXVIII-O/08) sobre “*Acceso a la información pública y fortalecimiento de la democracia*”.

las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para asegurar su reconocimiento y aplicación efectiva”.

Las decisiones informadas mediante el debido acceso a la información pública constituyen un requisito indispensable e irrenunciable para el efectivo ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos y por ello se alzan como una condición esencial para el funcionamiento de la democracia y una mejor y más estable gobernabilidad del sistema político y social. “En tal sentido, el derecho de acceso a la información se constituye en un derecho primario, autónomo, de naturaleza instrumental, puesto que constituye una herramienta de construcción política, derivado del derecho de las personas de elegir sus gobernantes, y el consecuente derecho a conocer cómo ejercen su mandato”<sup>7</sup>.

Ya superados los paradigmas de la democracia liberal, con una ciudadanía que cada vez exige una mayor participación en la adopción de las grandes decisiones públicas, el derecho de acceso a la información es un presupuesto fundamental para una adecuada participación ciudadana<sup>8</sup>.

Las actuales democracias representativas se encuentran atravesando una profunda crisis de legitimidad pues los ciudadanos y ciudadanas no se

---

<sup>7</sup> ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA). Resolución AG/RES.2288 (XXXVII-O/07), aprobada en sesión de 21 de abril de 2008, sobre “*Recomendaciones sobre acceso a la información*”.

<sup>8</sup> Explicando el concepto de ciudadanía en el jurista italiano Stefano Rodotà, el profesor JOSÉ LUIS CASCAJO, plantea que desde el prisma de la teoría democrática “el concepto de ciudadanía implica incluir cada vez más personas y situaciones en la lógica de las reglas del juego democrático, a través de estas propias reglas”. CASCAJO CASTRO J.L. Breves notas sobre el concepto de ciudadanía. En ASENSI SABATER, J. *Ciudadanos e instituciones en el constitucionalismo actual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, pp. 623-635, p. 626. Partiendo de la base de esta afirmación, que desde luego compartimos, tenemos que entender que el concepto de ciudadanía va mucho más allá y no solo debe ser reducido a los clásicos derechos a elegir y ser elegido. En este orden de cosas, el concepto de ciudadanía confiere una serie mayor de derechos, dentro de los cuales se incluye el derecho de acceso a la información pública.

sienten “representados” por sus representantes<sup>9</sup>. No debemos olvidar que a fin de cuentas el principio de la representación desde sus orígenes ha dejado al margen a grandes sectores de la sociedad en la adopción de las cuestiones sociales y políticas fundamentales. En otras palabras, la democracia representativa no es una forma que permita compatibilizar el crecimiento poblacional, el aumento explosivo de la masa ciudadana con el efectivo ejercicio del poder. La democracia representativa “no es una forma de adaptación de la democracia a los tiempos modernos y a los vastos espacios. Es, de pleno derecho, una forma oligárquica, una representación de minorías poseedoras de título para ocuparse de los asuntos comunes”<sup>10</sup>. Tal como sostiene GARGARELLA “los padres fundadores del sistema representativo rechazaban drásticamente todo tipo de democracia directa; desconfiaban de toda intervención activa de la ciudadanía en política; y, fundamentalmente, temían a las asambleas y las discusiones mayoritarias. De allí que se procurase separar y dotar de enorme autonomía al cuerpo de representantes. De allí, en buena medida, que hoy contemos con un sistema político más sensible a las presiones de los grupos de interés que a la voluntad de la ciudadanía”<sup>11</sup>.

En otras palabras, a través de la representación “no se trataba de hacer operativa una forma de gobierno basada en la participación de los ciudadanos, sino de establecer un sistema de mediaciones políticas que convirtiera en actuante la soberanía de la Nación o, por otro nombre, la voluntad efectiva de unos representantes que eran tales gracias a la fractura

---

<sup>9</sup> Solo a modo de ejemplo en España tuvo lugar el año 2011 el “Movimiento 15-M” o también denominado “Movimiento de los Indignados” formado luego de las protestas ciudadanas llevadas a cabo en Madrid el 15 de mayo. Este movimiento ciudadano alzaba como bandera de lucha el reconocimiento de una democracia más participativa que pusiera fin al bipartidismo PSOE-PP y con ello integrar a la toma de decisiones sociales fundamentales a todos los sectores de la sociedad.

<sup>10</sup> RANCIÈRE, J. *El odio a la democracia*. Buenos Aires: Editorial Amorrortu, 2006, p. 77.

<sup>11</sup> GARGARELLA, R. *Crisis de la representación política*. México D.F.: Fontamara, 1997, p. 93.

de los vínculos que pudieran unirlos a las voluntades desarticuladas de quienes los elegían”<sup>12</sup>.

Por lo mismo, estamos seguros de no equivocarnos al afirmar que la actual democracia (exigida por la ciudadanía) ha superado la lógica de la democracia representativa liberal y ha venido a complementar la idea de democracia participativa para transformarse en una democracia deliberativa o de diálogo. Esta nueva forma de entender la democracia es el resultado de la conjunción de varios factores<sup>13</sup>: la globalización, la multiculturalidad, el crecimiento urbano imparable y la complejidad social, económica, tecnológica y cultural, entre otros.

Sin embargo, “hoy día es pacíficamente aceptado que la forma de gobierno directa es impracticable, no solo por la extensión territorial y la densidad de la población de los Estados modernos, sino, además, porque la complejidad de la vida moderna hace necesario que los órganos estatales tomen decisiones rápidas y altamente tecnificadas, las cuales, como es obvio deducirlo, no pueden estar sometándose constantemente a la deliberación y aprobación de los ciudadanos. Por esas y otras razones es que todos los Estados modernos, sin excepción, se han organizado políticamente bajo el principio representativo”<sup>14</sup>. No obstante, lo anterior, no es ni puede ser una razón válida para que los ciudadanos se desvinculen totalmente de la cosa pública, por ello, consideramos que la única forma de salvar la democracia de la falta de legitimidad que hoy en día se encuentra sumida en varios Estados,

---

<sup>12</sup> REVENGA SÁNCHEZ, M. La participación política en la actualidad. En *Derechos y Libertades*, Nº 18, Época II, 2008, pp. 53-66, p. 57.

<sup>13</sup> CANALES ALIENDE, J. M. Algunas reflexiones sobre el papel de la sociedad civil en la democracia actual. En CHEYRE, J. E. y otros (eds.) *Fortalecimiento institucional: transparencia y accountability para un buen gobierno*. Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile, Centro de Estudios Internacionales, 2011, pp. 19-29, p. 21.

<sup>14</sup> HERNÁNDEZ VALLE, R. De la democracia representativa a la democracia participativa. En *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Nº 6, 2002, pp. 199-220, p. 201.

y con ello de caudillismos demagógicos, es potenciar la participación ciudadana a través de diversos mecanismos que faciliten cada vez más su intervención no solo decidiendo a través de referendos y plebiscitos cuestiones que vienen dadas desde arriba sino también en los asuntos que se pondrán sobre la mesa de discusión.

Tal como sostiene BAÑOS, a pesar de la sólida tradición que precede a la democracia liberal, muchas experiencias democráticas presentan serios y profundos problemas reales. “Entre las grandes deficiencias que se encuentran en los regímenes democráticos está indudablemente la actuación de los partidos políticos que, sujetos a la dinámica de los intereses y combinados con una franca apatía por parte de amplios sectores de la ciudadanía, han devenido en la imposibilidad para afectar intereses enquistados o desigualdades sociales profundas. Así, han quedado sin ser consideradas voces diversas de la sociedad, especialmente aquellas de los grupos más marginados”<sup>15</sup>.

Dejar la democracia en manos de los partidos y de la clase política en general, trae consigo que, entre otras cosas, el ejercicio del poder político deje de estar al servicio de toda la comunidad, destinándose, no pocas veces, a satisfacer los intereses y finalidades de ciertos grupos dotados de mayor influencia y poder. Lo que se discute y lo que se resuelve no mira el interés general sino el de unos pocos. Estas razones explican porque desde los años setenta comienzan a aparecer nuevas teorías que postulan mejorar la democracia, acercándola a los ciudadanos, fomentando un mayor grado de participación de los mismos en el proceso del ejercicio del poder.

---

<sup>15</sup> BAÑOS, J. Teorías de la democracia. Debates actuales. En *Andamios: Revista de Investigación Social*, Nº 4, 2006, pp. 35-58, p. 46.

En buenas cuentas, la sola presencia de elecciones libres y equitativas dentro de un determinado sistema político, si bien, es fundamental, no resulta del todo suficiente para asegurar una buena democracia y sobre todo la rendición de cuentas por parte de los que ejercen poder. “Las elecciones no obligan a los funcionarios públicos o a los miembros del poder judicial a someterse a escrutinio público y en general, ofrecen señales de rendición de cuentas muy débiles. Además las señales que las elecciones pueden llegar a transmitir son en muchas ocasiones más negativas que benéficas para la gobernabilidad. Por ello, no es de extrañarse que tantas democracias hayan caído en la trampa de la democracia delegativa, en la cual los líderes de un gobierno democráticamente electo actúan como si fueran dictadores de corto plazo”<sup>16</sup>.

Es por ello que las nuevas tendencias, respecto a la idea de democracia que debe imperar en las sociedades occidentales, a fin de superar los vicios de la clásica democracia liberal, ha traído consigo la aparición cada vez más constante de legislaciones sobre acceso a la información en el mundo. Al respecto informa la Oficina Regional de Ciencia para América Latina y el Caribe de la UNESCO que “en los últimos diez años, el derecho a la información ha sido reconocido por un cantidad cada vez mayor de países, incluidos países en desarrollo, a través de la adopción de numerosas leyes sobre libertad de información. En 1990 solo 13 países habían adoptado leyes nacionales sobre libertad de información, mientras que en la actualidad hay más de 90 leyes aprobadas en la materia en países de todo el mundo y hay otras 20 o 30 en estudio”<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> ACKERMAN, J. & SANDOVAL, I. *Leyes de acceso a la información en el mundo*. México D.F.: Cuadernos de Transparencia, N° 7, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI), 2005, p. 11.

<sup>17</sup> Disponible en: <http://www.unesco.org/new/es/office-in-montevideo/comunicacion-e-informacion/libertad-de-expresion/acceso-a-la-informacion-publica/> (consulta 24/02/2015).

Y dentro de tal contexto, “el acceso a la información es un requisito indispensable para alentar la participación ciudadana pues para que las personas puedan valorar la gestión de su gobierno deben contar con la mayor cantidad de información que les permita participar en el debate público, intercambiar ideas y opiniones y emitir juicios sobre el desempeño de sus gobiernos. Para esto, es necesario disponer de información amplia y suficiente que permita elaborar éstos juicios para que además puedan ser divulgados y contrastados con aquellos de otros ciudadanos”<sup>18</sup>.

Pero además, el derecho de acceso a la información pública no solo lo debemos vincular a la democracia y al ejercicio de los derechos políticos, también su reconocimiento y efectividad se relaciona, tal como tendremos la oportunidad de demostrar, con el ejercicio de otros derechos fundamentales en la medida que se configura como supuesto o instrumento de facilitación de los mismos.

Lo anterior es de suma importancia, porque el fin último del Estado es y debe ser la persona humana, su protección y su pleno despliegue material y espiritual y en la medida que el derecho de acceso a la información pública tenga una consagración real, otros derechos fundamentales estarán mejor protegidos y si ello es así, ese sistema político, gozará de una mayor legitimación ciudadana, y el Estado donde se desarrolla se acercará mucho más a su finalidad.

En definitiva, el derecho de acceso a la información incide fundamentalmente en tres dimensiones que desembocan en el respeto de la

---

<sup>18</sup> ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA). Resolución AG/RES.2288 (XXXVII-O/07), aprobada en sesión de 21<sup>a</sup> de abril de 2008, sobre “Recomendaciones sobre acceso a la información”.

dignidad humana en última instancia: “La política, la económica y la administración pública”<sup>19</sup>.

“En el ámbito político se contribuye a que los ciudadanos despierten políticamente y se involucren de forma más proactiva en las actividades gubernamentales. Esto permite que los ciudadanos se transformen de una población generalmente pasiva que solo acude a las urnas en momentos específicos a actores que llamen a rendir cuentas a sus gobernantes y que participen en el diseño de las políticas públicas”<sup>20</sup>. Como se puede concluir, el logro de ciudadanos más activos y más empoderados en su papel mejora definitivamente el nivel de la discusión política y permite hacer más eficiente el proceso de elaboración de políticas públicas y con ello inevitablemente se mejorará la calidad de vida de las personas.

En materia económica, la transparencia y el acceso a la información pública “genera un clima de inversión más confiable al permitir a los actores económicos calcular dónde y cuándo podrán invertir con mayor seguridad. No es fortuito que el mercado viva y muera con base en la información. Aunque la opacidad y en general la información desleal pueda resultar altamente rentable para algunos pocos, en realidad la salud del mercado en el largo plazo depende de un continuo y confiable flujo de información”<sup>21</sup>. Así como la transparencia redundan en importantes beneficios para el desarrollo económico de las naciones, la corrupción produce efectos negativos que deben evitarse a fin de no afectar la calidad de vida de las personas<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> ACKERMAN, J. & SANDOVAL, I. *Leyes de acceso...*, ob. cit., p. 18.

<sup>20</sup> *Ídem*.

<sup>21</sup> *Ídem*.

<sup>22</sup> En relación con los efectos de la corrupción sobre la economía véase: MURIEL PATINO, M.V. El fenómeno de la corrupción: consideraciones desde la macroeconomía. En GARCÍA RODRÍGUEZ, N. y FABIÁN CAPARROS, E., (coord.) *Corrupción y delincuencia económica*. Salamanca: Ratio Legis, 2008, pp. 35-54; MURIEL PATINO, M.V. Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción. En GARCÍA RODRÍGUEZ, N. y FABIÁN



Por último, en el ámbito de la administración pública la transparencia y el acceso a la información pública constituyen una importante mejoría en la toma de decisiones de los funcionarios públicos, pues al ser expuestos al escrutinio público, deberán conducirse con un mayor grado de responsabilidad, lo que genera, en definitiva mayores controles aumentando con ello la legitimidad y confianza de la ciudadanía en sus instituciones.

Tal como se indicó en la Cumbre Extraordinaria de las Américas de Monterrey el año 2004 “el fortalecimiento y respeto del Estado de Derecho, la defensa de los derechos humanos y las libertades fundamentales, el progreso económico, el bienestar y la justicia social, la transparencia y la rendición de cuentas en los asuntos públicos, la promoción de diversas formas de participación ciudadana y la generación de oportunidades para todos son fundamentales para promover y consolidar la democracia representativa”<sup>23</sup>.

## **II.- El principio de transparencia en el ejercicio de la función pública**

### **1.- Hacia un concepto de transparencia en el ejercicio de la función pública**

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española transparencia es “*cualidad de transparente*” y transparente es lo “*dicho de un cuerpo: A través del cual pueden verse los objetos claramente*” (1), también significa “*claro, evidente, que se comprende sin duda ni ambigüedad*” (4).

---

CAPARROS, E., (coord.) *La corrupción en el mundo globalizado: análisis interdisciplinar*. Salamanca: Ratio Legis, 2004, pp. 27-39.

<sup>23</sup> CUMBRE EXTRAORDINARIA DE LAS AMÉRICAS. *Declaración de Nueva León*. Monterrey, México, 12-13 de enero de 2004.

En relación con la función pública, la transparencia es un atributo o cualidad que permite tener más información clara y precisa sobre una persona o algo (en este caso el Estado y sus organismos), “lo que redundaría en el aumento de nuestras capacidades de comprensión, vigilancia y comunicación”<sup>24</sup>.

La palabra transparencia nos lleva a la idea de visibilidad. Lo transparente es visible siempre. Y aplicada esta característica al ejercicio de la función pública nos conduce necesariamente a postular que el accionar de los órganos del Estado debe ser visible a la ciudadanía y a la opinión pública en general. Las razones para afirmar que “*las puertas y ventanas por regla general deben estar abiertas para que todos y todas sepamos que está sucediendo en cada repartición pública*” se pueden resumir en dos: en primer lugar la titularidad de la soberanía del Estado no es de los gobernantes sino de los gobernados. Plantea BUSTOS GISBERT<sup>25</sup> que entre el pueblo y el gobernante hay una relación agente-principal de la cual derivan obligaciones de diversa naturaleza. Desde luego el agente deberá ajustar sus cometidos al principio de juridicidad, adecuar sus actuaciones a las percepciones éticas de los ciudadanos y ciudadanas a quienes debe su mandato y estar constantemente dispuesto a que su principal tomé conocimiento del estado de las cuestiones encargadas y a rendir cuentas de su gestión; y, en segundo lugar, el agente maneja poder y el poder corrompe por lo tanto, partiendo de una premisa básica e incuestionable, la exigencia de la transparencia se justifica en forma irrefutable.

---

<sup>24</sup> NAESSENS, H. Ética pública y transparencia. En *Congreso Internacional 1810-2010: 200 años de Iberoamérica*, pp. 2112-2129, p. 2121.

<sup>25</sup> BUSTOS GISBERT, R. Corrupción política: un concepto desde la teoría y la realidad constitucional. En *Teoría y Realidad Constitucional*, Nº 25, 2010, pp. 67-107, pp. 79-84.

Las consecuencias de la invisibilidad son retratadas magistralmente en la historia de *Giges* relatada por Glaucón en el Segundo Libro de la República de Platón. El poder de hacernos invisibles nos hará detentadores de un poder absoluto que no solo nos llevará a nuestra propia ruina sino a la de todas las personas que se encuentran en nuestro entorno. Este gran peligro lo tuvo muy claro la reina Galadriel cuando Frodo le ofrece el anillo único y lo rechaza<sup>26</sup>. “La sensación de impunidad es el anillo de *Giges*, que hoy en día toma formas muy diversas. Puede ser el intercambio de favores con los que tienen el poder de castigar para que miren hacia otro lado o deriven el asunto a complicados entramados, de los que los ciudadanos no entienden nada. Puede ser la economía financiera que, por opaca e incontrolable, impide descubrir a los responsables. Puede ser el anonimato de las redes, que es un buen instrumento para denunciar las injusticias, pero también para quitar impunemente el buen nombre a otros o para comprometer a niños y adolescentes en repugnantes tramas sexuales sin que lo sepan sus padres. El anillo también puede tomar otra forma muy curiosa, y es la de quienes calculan lo que les va a costar la multa por dañar a otros si les descubren o el tiempo de cárcel, y piensan que les tiene cuenta hacerlo, porque todavía salen ganando dinero para disfrutarlo una vez en libertad”<sup>27</sup>.

Por tanto, “el principio de transparencia de los asuntos y cuestiones oficiales es, como ha sido reiteradamente señalado, consustancial con los regímenes democráticos contemporáneos. Desde un punto de vista sociopolítico, nadie se atrevería, probablemente, a negar las profundas vinculaciones sustantivas que existen entre el principio de publicidad de las

---

<sup>26</sup> TOLKIEN, J.R.R. *El Señor de los Anillos. La Comunidad del Anillo*. Barcelona: Minotauro, 2002, pp. 496-497.

<sup>27</sup> CORTINA, A. El anillo de *Giges*. En *Diario El País*, España, edición de 07/09/2014. Disponible en: <http://smoda.elpais.com/articulos/el-anillo-de-giges-por-adela-cortina/5274> (consulta 24/12/2015).

decisiones gubernamentales –entendido éste en su más amplia acepción– y los propios fundamentos de la democracia, pues es ésta una forma de gobierno que excluye, por principio, la ocultación y el secreto de las medidas y decisiones que se producen para favorecer los intereses generales a que aquélla sirve prioritariamente”<sup>28</sup>.

En este orden de cosas se espera que nuestros gobernantes sean probos y no corruptos, pero “la probidad no puede ser considerada si no se asocia con la transparencia, es decir, a la voluntad permanente de decidir sobre la cosa pública abiertamente y permitiendo que los ciudadanos conozcan los fundamentos y las razones de la decisión, además de cómo esta se ejecuta”<sup>29</sup>.

De acuerdo a los términos utilizados en el Informe de la Reunión Regional que tuvo lugar en Santiago de Chile entre el 3 y el 5 de diciembre de 2004<sup>30</sup> la soberanía reside en el pueblo, el que delega parte importante de su ejercicio a las autoridades por él elegidas. Como delegatarias de los ciudadanos cumplen una función al servicio del bien común, de modo impersonal, sujetas a leyes y responsabilidades especiales; entre estas responsabilidades se encuentra la de responder ante sus mandantes, los ciudadanos, dando cuenta de su gestión; los ciudadanos pueden ejercer, como mandantes, una función de participación, supervisión o fiscalización y control de la gestión estatal, no solamente mediante elecciones periódicas,

---

<sup>28</sup> BERMEJO, J. El secreto en las administraciones públicas. Principios básicos y regulaciones específicas en el ordenamiento jurídico español. En *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 57, 1988, pp. 17-27, p. ...

<sup>29</sup> VIVANCO, A. Transparencia de la función pública y acceso a la información de la administración del Estado: una normativa para Chile. En *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 35 N° 2, 2008, pp. 371-391, p. 385.

<sup>30</sup> ZALAUQUETT, J. *Transparencia, rendición de cuentas y lucha contra la corrupción en América. Informe de la reunión regional que tuvo lugar en Santiago de Chile entre el 3 y el 5 de diciembre de 2004*. Santiago de Chile: LOM Ediciones, 2005, p. 20.

sino en todo tiempo a través del ejercicio de sus derechos de expresión, asociación, manifestación y petición, entre otros; para permitir todo lo anterior, la transparencia de la gestión e información pública debe ser la regla general.

Ha dicho la CIDH 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 de que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas”<sup>31</sup>.

En el mismo sentido, la Carta Democrática Interamericana de la Asamblea General de la OEA<sup>32</sup>, en su artículo 4 expresa la importancia de la transparencia para la democracia, señalando que esta es un componente fundamental para el ejercicio de la misma. La norma aludida reza así: “Artículo 4. Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa”.

Así las cosas, la democracia no solo se define por la concurrencia del sufragio universal y secreto, además es necesario que exista legitimidad de ejercicio, la cual se logra con transparencia, probidad y responsabilidad en el ejercicio de las funciones públicas, con un fuerte respeto a las libertades de

---

<sup>31</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Claude Reyes y otros contra Chile, considerando N° 86.

<sup>32</sup> ASAMBLEA GENERAL ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Carta Democrática Interamericana*, Lima, 2001. Disponible en: [www.oas.org/charter/docs\\_es/resolucion1\\_es.htm](http://www.oas.org/charter/docs_es/resolucion1_es.htm) (consulta: 06/04/2015).

expresión y otros derechos relacionados con la sociabilidad y racionalidad humana.

En este contexto, “el derecho de acceso a la información gubernamental es una de las fuentes de desarrollo y fortalecimiento de la democracia representativa en tanto permite a los ciudadanos analizar, juzgar y evaluar en forma completa los actos de sus representantes y estimula la transparencia en los actos del Gobierno y de la Administración”<sup>33</sup>.

Tal como ha sostenido VIVANCO MARTÍNEZ<sup>34</sup>, el principio de transparencia consiste en respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la administración del Estado, así como sus fundamentos, y en facilitar el acceso a cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley. Pero este concepto no solo debe ser circunscrito a la administración del Estado sino también a todos aquellos que ejercen funciones públicas, sean ejecutivas, administrativas, legislativas, jurisdiccionales y contraloras<sup>35</sup>.

Lo que se persigue con el principio de transparencia es que los órganos del Estado permitan a la ciudadanía conocer por qué y cómo actúan, y qué decisiones adopta. Así, se podrá evaluar y fiscalizar directamente si se respeta el principio de probidad y, además, participar de la gestión pública<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> FUENMAYOR, A. *El derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública, análisis jurídico y recomendaciones para una propuesta de ley modelo sobre el derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública*. San José: UNESCO, Oficina para Centroamérica, 2004, pp. 9-20.

<sup>34</sup> VIVANCO, A. *Transparencia de la...*, ob. cit., p. 385.

<sup>35</sup> En este sentido, tal como lo reiteraremos en el curso de esta investigación el derecho de acceso a la información pública debe ser impetrado respecto de todos los órganos del Estado y no solo frente a la Administración del Estado.

<sup>36</sup> DIRECCIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL. *Manual de transparencia y probidad de la Administración del Estado*. Santiago de Chile: Ministerio Secretaría General de la Presidencia,

Ya hemos señalado lo importante que es la transparencia para el Estado Democrático de Derecho. La existencia de una “*cultura de la transparencia*” en una sociedad generará la tendencia de reducir el ocultismo y el secretismo al máximo, haciendo normal por tanto que las actuaciones públicas y algunas privadas de las autoridades deban estar permanentemente expuestas a los ojos y al escrutinio de la ciudadanía y opinión pública en general.

En definitiva, “la cultura de la transparencia comprende un amplio espacio de cultura *in genere* que consiste en el conocimiento profundo por parte del gobernante, de la claridad, de lo diáfano, de lo honesto, del buen obrar, del buen hacer, de la entrega de resultados, de la rectitud de intención, para lograr una buena opinión y fama a favor de la administración pública”, dice CORTÉS ONTIVEROS<sup>37</sup>. Pero además, según el mismo autor, “todo lo cual se verá traducido, por parte del gobernado, en una amplia participación ciudadana, en el respeto a las reglas establecidas, en confianza en las instituciones, escenario que irá, gradualmente, acrecentando el perfeccionamiento de la propia cultura de la transparencia”<sup>38</sup>.

En definitiva, lo privado y lo secreto que es perfectamente válido en la esfera privada de ciudadanos y ciudadanas, en el ámbito público, donde se maneja poder y se deciden cuestiones fundamentales que nos afectan a todos, si se transforma en una regla general, resulta nefasto.

En cuanto a las relaciones del principio de transparencia con el

---

Gobierno de Chile, 2ª edición 2009, p. 23.

<sup>37</sup> CORTÉS ONTIVEROS, R. La transparencia en México, razón, origen y consecuencias. En *Revista de la Facultad de Derecho* (UNAM), N° 244, 2005 pp. 11-32, p. 14.

<sup>38</sup> *Ídem*.

derecho de acceso a la información pública, podemos señalar que éste “constituye la dimensión objetiva del derecho de acceso a los documentos administrativos (nosotros insistimos en la idea de acceso a la información pública) como principio objetivo del funcionamiento de la administración pública. De hecho, el principio de transparencia constituye hoy, junto con los de legalidad y eficacia, uno de los tres grandes principios que informan la actividad de las administraciones públicas”<sup>39</sup>. En otras palabras, “si el acceso a la información supone el reconocimiento del derecho de los ciudadanos a conocer la información producida y controlada por los poderes públicos, la transparencia va más allá y supone una prestación activa de información de manera accesible y pertinente de forma que los procedimientos, estructuras y procesos estén a disposición para su valoración”<sup>40</sup>.

## **2.- La transparencia activa y la transparencia pasiva**

El principio de transparencia asume dos facetas: la transparencia activa y la transparencia pasiva.

La primera implica una actitud positiva por parte de Estado en el sentido de poner a disposición de la opinión pública información relevante. Esta información debe ser ofrecida de la forma más expedita posible, de manera que los ciudadanos sepan por un lado que ella se encuentra disponible, el lugar donde está y la forma de acceder a ella.

En el caso chileno, “el año 2009 entró en vigencia la Ley 20.285 sobre Transparencia y Acceso a la Información Pública, que obliga a todos los

---

<sup>39</sup> FERNÁNDEZ RAMOS, S. Algunas proposiciones para una ley de acceso a la información. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXV, N° 105, 2002, pp. 881-916, p. 886.

<sup>40</sup> LLOP RIBALTA, M. D. Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno en los parlamentos. En *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, N° 4, 2012, pp. 66-83, p. 70.



poderes del Estado a mantener información actualizada en sus páginas web sobre un conjunto de asuntos como su estructura orgánica, las funciones de cada organismo, la normativa correspondiente, el personal, las remuneraciones, entre otros aspectos”<sup>41</sup>.

La entrega de información por medio del mecanismo denominado Transparencia Activa debe ser permanente, actualizada y entregada de forma accesible y comprensible a la ciudadanía.

En el caso chileno, a la luz de la Ley N° 20.285, por medio de la Instrucción General N° 4 del Consejo para la Transparencia sobre “Transparencia activa”, se precisó que la información que la Administración del Estado debe mantener a disposición permanente del público en su sitio web es: Actos y documentos del organismos que hayan sido objeto de publicación en el Diario Oficial; las potestades, competencias, responsabilidades, funciones, atribuciones y/o tareas del organismo respectivo, y el marco normativo que le sea aplicable, el que comprenderá las leyes, reglamentos, instrucciones y resoluciones que las establezcan, incluidas las referidas a su organización; la estructura orgánica del organismo y las facultades, funciones y atribuciones de cada una de sus unidades u órganos internos; el personal de planta, a contrata y el que se desempeñe en virtud de un contrato de trabajo, y las personas naturales contratadas a honorarios, con las correspondientes remuneraciones; las contrataciones para el suministro de bienes muebles, para la prestación de servicios, para la ejecución de acciones de apoyo y para la ejecución de obras, y las contrataciones de estudios, asesorías y consultorías relacionadas con proyectos de inversión, con indicación de los contratistas e identificación de

---

<sup>41</sup> INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (CHILE). *Derechos humanos y acceso a la información pública*. Santiago: LOM, 2012, p. 9.

los socios y accionistas principales de las sociedades o empresas prestadoras, en su caso; las transferencias de fondos públicos que efectúen, incluyendo todo aporte económico entregado a personas jurídicas o naturales, directamente o mediante procedimientos concursales, sin que éstas o aquéllas realicen una contraprestación recíproca en bienes o servicios; los actos y resoluciones que tengan efectos sobre terceros, como por ejemplo, llamados a concursos; los trámites y requisitos que debe cumplir el interesado para tener acceso a los servicios que preste el respectivo órgano; el diseño, montos asignados y criterio de acceso a los programas de subsidios y otros beneficios que entregue el respectivo órgano, además de las nóminas de beneficiarios de los programas sociales en ejecución; los mecanismos de participación ciudadana; la información sobre el presupuesto asignado, así como los informes sobre su ejecución, en los términos previstos en la respectiva ley de presupuestos de cada año; los resultados de las auditorías al ejercicio presupuestario del respectivo órgano y, en su caso, las aclaraciones que procedan; y, todas las entidades en que tengan participación, representación e intervención, cualquiera sea su naturaleza y el fundamento normativo que la justifica.

El Comité Jurídico Interamericano (también CJI) ha sostenido en un documento titulado "*Principios sobre el derecho de acceso a la información*" que "los órganos públicos deben difundir información sobre sus funciones y actividades –incluyendo su política, oportunidades de consultas, actividades que afectan al público, presupuestos, subsidios, beneficios y contratos– de forma rutinaria y proactiva, aún en la ausencia de una petición específica, y de manera que asegure que la información sea accesible y comprensible"<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. *Principios sobre el derecho de acceso a la información*, CJI/RES.147 (LXXXIII-O/08), de 07/08/2008, 73º Período Ordinario de Sesiones, 4 al 14 de agosto de 2008, Río de Janeiro, Brasil.

Desde luego que la utilización de los recursos que entrega internet es muy útil para ello. Sin lugar a dudas, es la forma más simple de cumplir con esta exigencia de transparencia, pero no la única, pues la posibilidad de acceder a la información estatal no puede ser un privilegio de aquellos que manejamos internet. La modernización es buena y deseable, pero ella no puede en caso alguno complicar la vida de los ciudadanos, al contrario debe facilitárselas.

En cambio, la transparencia pasiva se relaciona directamente con el derecho de acceso a la información pública, en el sentido que los órganos del Estado están obligados a entregar al ciudadano que lo requiera la información que obre en su poder y que no tenga en carácter de reservada o secreta de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente.

### **3.- Transparencia y publicidad**

Una manifestación concreta de la transparencia en el ejercicio de la función pública es el principio de publicidad. De acuerdo al Diccionario de la Lengua Española publicidad es la *“cualidad o estado de público”* (1) y público significa *“notorio, patente, manifiesto, visto o sabido por todos”* (1), pero también implica *“perteneciente o relativo a todo el pueblo”* (4) ó *“común del pueblo o ciudad”* (5).

Aun cuando en muchas ocasiones se utilizan como equivalentes las expresiones *“principio de transparencia”* y *“principio de publicidad”*, consideramos que el primero de ellos es más general e implica un parámetro de actuación esencial en una sociedad democrática. La idea de transparencia debe insertarse con fuerza dentro de la cultura política y social sobre la cual se sustenta el sistema político. En cambio el principio de publicidad viene a

ser una manifestación concreta y lo más importante es que de él se derivan expresiones más específicas bajo la forma de derechos públicos justiciables. En otras palabras, el principio de transparencia en el ejercicio de las funciones públicas es una derivación natural de la dinámica de la democracia. Si esto es así, los actos de los gobernantes deben ser públicos y por tanto nace un derecho al ciudadano para exigirlo cuando este no sea cumplido por parte de los órganos del Estado.

Pese a referirse a la labor de la Administración del Estado, me parece del todo acertada la explicación ofrecida, para tratar reforzar las ideas planteadas *supra* por FERNÁNDEZ RAMOS<sup>43</sup> quien escribe: “No obstante, la expresión «transparencia administrativa» se viene utilizando para englobar instituciones jurídicas estructural y funcionalmente diversas, como la motivación de los actos administrativos e incluso la propia participación en el procedimiento y en las funciones administrativas. Y esta misma amplitud de la noción de transparencia va a ser causa de su ambigüedad, puesta de manifiesto tanto por la doctrina francesa como italiana, que dirán que la transparencia, más que un instituto jurídicamente preciso, constituye un modo de ser de la Administración, un conjunto de institutos, un objetivo o parámetro axiológico desde el que evaluar la acción de la Administración Pública”.

En cambio, sostiene el mismo autor recién citado que “el concepto de publicidad de la actuación administrativa, entendido como general visibilidad o accesibilidad de la actuación administrativa y opuesto a la idea de secreto o reserva, constituye una institución jurídicamente homogénea. En efecto, la publicidad de la actuación administrativa, como la publicidad de la acción de

---

<sup>43</sup> FERNÁNDEZ RAMOS, S. *El derecho de acceso a los documentos administrativos*. Madrid: Marcial Pons, 1997, pp. 19-20.

otros poderes públicos –legislativo y judicial–, se plasma en dos institutos típicos, la publicidad de los documentos y de las sesiones, y ambas manifestaciones –y esto es lo verdaderamente sustancial– se resuelven, estructuralmente, en el ejercicio de un mismo derecho de libertad a informarse en las fuentes de información públicas”<sup>44</sup>.

En todo caso, alguna doctrina entiende que la relación entre transparencia y publicidad no responde a parámetros totalmente diversos. VILLANUEVA<sup>45</sup>, por ejemplo, sostiene que es claro que transparencia o publicidad de los órganos del Estado son términos equiparables. De este modo la transparencia significa el deber de los mandatarios o gobernantes para realizar como regla general sus funciones de manera pública como un mecanismo de control del poder y la legitimidad democrática de las instituciones públicas.

### **III.- Democracia, corrupción y transparencia. La transparencia como mecanismo para combatir la corrupción<sup>46</sup>**

La democracia permite que las personas puedan participar ya sea directa o indirectamente en la adopción de las decisiones sociales fundamentales, permitiendo de esta manera disminuir la heteronomía en la creación de las normas de conductas, especialmente las jurídicas, y con ello

---

<sup>44</sup> *Ídem*.

<sup>45</sup> VILLANUEVA VILLANUEVA, E. Aproximaciones conceptuales a la idea de transparencia. En MERINO, M. (coord.) *Transparencia: Libros, autores e ideas*. México D.F: Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI), 2004, pp. 57-65.

<sup>46</sup> Algunas de estas ideas han sido plasmadas previamente por el autor de esta tesis en ASTUDILLO MUÑOZ, J. L. Reflexiones sobre la corrupción, la democracia y la transparencia en el ejercicio de las funciones públicas. En CARRILLO DEL TORO, A. y MYERS GALLARDO, A. (coord.) *Corrupción y delincuencia económica: prevención, represión y recuperación de activos*. Salamanca: Ratio Legis, 2015, pp. 13-31.

salvaguardar la libertad humana. En definitiva, la democracia es y deber ser el reino de nuestra libertad.

La democracia es la mejor forma de gobierno, entre otras razones, porque es la más compatible con la libertad y la igualdad humana. Dado lo anterior, la democracia es algo deseable y a pesar de sus promesas incumplidas según el discurso de Bobbio<sup>47</sup>, sigue siendo preferible una democracia con problemas que cualquier eficiente dictadura. Por eso debe ser protegida. Solo en el contexto de una democracia la noción de Estado de Derecho y sus principios constitutivos pueden limitar el poder, nunca en una autocracia.

Así las cosas, la corrupción, especialmente la corrupción política, la de los gobernantes, no solo afecta a la democracia, sino que también a la propia igualdad y libertad humana, dando así un golpe de muerte a la democracia, deslegitimándola y, permitiendo con ello, la aparición de intentos demagógicos y autocráticos de controlar el poder. Tal como sostiene MALDONADO, con la corrupción “la democracia queda desvirtuada, y pierde todo sentido, puesto que la sociedad no ve muy bien cuáles sean los beneficios de ese régimen y sistema político y económico. El concepto de democracia queda así desprovisto de toda significación, quedando a la deriva para poder ser manipulado a gusto por los candidatos o gobernantes de turno. La democracia se convierte en una consigna y no en una forma de vida”<sup>48</sup>.

Por lo tanto, “la corrupción hace polvo el principio irrenunciable de la

---

<sup>47</sup> BOBBIO, N. *El futuro de la democracia*. Madrid: Fondo de Cultura Económica de España, 2010.

<sup>48</sup> MALDONADO CASTAÑEDA, C. *Corrupción y derechos humanos*. Bogotá: Universidad Libre de Colombia, 2001, p. 15.

democracia de que todos somos iguales ante la ley y la acción gubernamental y, sobre todo, distorsiona la relación entre gobernante y gobernado, que nos hace sufrir un sentimiento generalizado de injusticia y frustración”<sup>49</sup>.

Coincidiendo con ACKERMAN<sup>50</sup>, la corrupción hace que las decisiones políticas públicas favorezcan a los que tienen la capacidad de pagar, perjudicando a quienes realmente necesitan la satisfacción de sus necesidades y que no tienen otros medios para obtenerlos.

“La corrupción supone el quebrantamiento de los principios esenciales sobre los que se asienta todo régimen democrático, especialmente en la idea de que toda actividad pública debe perseguir el interés conjunto de los ciudadanos. Esto es, en el proceso de decisión los intereses de los representados son los únicos que han de ser tenidos en cuenta. Por ello, el sistema se estructura sobre la base de que en toda decisión pública es, de un modo u otro, adoptada por los ciudadanos buscándose alcanzar el ideal de la plena identificación entre representantes y representados, entre gobernantes y gobernados”<sup>51</sup>.

En buenas cuentas, “la corrupción implica la sustitución de los deseos de los ciudadanos por los intereses concretos del representante, y de otros sujetos ajenos, a la hora de tomar una decisión. Ello no solo puede generar mayores costes para los representados, sino que sobre todo implica el desprecio frontal y absoluto a los intereses, deseos y aspiraciones de los ciudadanos que de este modo se sienten totalmente ajenos a las decisiones

---

<sup>49</sup> PÉREZ, B. La corrupción: aspectos jurídicos y éticos. En ARIEL, B. (coord.) *Análisis jurídico, económico y político de la corrupción*. México D.F.: Editorial Porrúa, 2005, pp. 97-107.

<sup>50</sup> ACKERMAN, S. Corrupción y competencia. En *Revista de Ciencia Política*, Vol. 18, Nº 12, 1996, pp. 43-51.

<sup>51</sup> BUSTOS GISBERT, R. Corrupción de los gobernantes, responsabilidad política y control parlamentario. En *Teoría y Realidad Constitucional*, Nº 19, 2007, pp. 135-161, p. 139.

públicas”<sup>52</sup>.

En este orden de cosas, la corrupción afecta la esencia misma de la democracia. En efecto, en primer lugar cuando la corrupción está presente en las decisiones de los gobernantes, éstos no están cumpliendo «*su parte del contrato*», pues sus actos se deben encontrar dirigidos a satisfacer intereses particulares y no los de los ciudadanos a los que deben su mandato. Como se comprenderá, si esto es así, la democracia representativa pasa a ser nada más que una mera ilusión, y todo aquello por lo que la humanidad ha luchado, habrá sido en vano.

Esta situación también provoca otro daño importante para la subsistencia de la democracia: produce apatía e indiferencia. La corrupción política contamina las decisiones estatales, se va generando en la ciudadanía la idea, o lo que es peor la convicción de que no «*vale la pena*» interesarse e involucrarse en la cosa pública porque siempre serán escuchados los mismos, aquellos que pueden influir en las decisiones públicas. Esta apatía/indiferencia trae consigo que los ciudadanos y ciudadanas se replieguen, transformándose en actores pasivos y renunciando con ello a jugar su papel fundamental en el control del ejercicio del poder. Estamos seguros que no nos equivocamos en afirmar que una ciudadanía pasiva, apática e indiferente es el mejor escenario para el político corrupto.

Desde una perspectiva más centrada en cada ciudadano propiamente como tal, la corrupción también es discriminatoria y lo es, a lo menos, por dos razones. En primer lugar las decisiones públicas que se adopten se hacen en consideración a intereses particulares y no de intereses generales. Y además,

---

<sup>52</sup> BUSTOS GISBERT, R. Corrupción de los..., ob. cit., pp. 139-140.



la corrupción deja en un plano de desigualdad a los distintos actores sociales en sus relaciones con las instituciones públicas. De esta manera, un ciudadano o cualquier grupo intermedio, que no esté en condiciones de pagar las prebendas solicitadas por la autoridad decisional o no tenga los contactos para llegar a ellas, estará en una posición de clara desventaja en relación a aquellos que sí.

Pero además, en segundo lugar, la corrupción al atacar la democracia, hiere gravemente la libertad de los hombres y mujeres que han confiado en ella. En efecto, si aceptamos que la democracia es la forma de gobierno que mejor compatibiliza con la libertad humana, en la medida que ella disminuye, la heteronomía en el origen de las normas sociales que nos rigen también lo hace. La corrupción hace que las decisiones de los gobernantes no obedezcan a la voluntad ciudadana sino a la de aquellos que influyen sobre las autoridades que nos gobiernan, reduciendo por tanto de una manera importante la esfera de libertad.

Por cierto, mientras más extendida se encuentre la corrupción, especialmente en el contexto de los gobernantes, menos libertad se reconoce a los ciudadanos. En otras palabras, es posible observar una relación inversa entre la presencia de la corrupción y el respeto a la libertad.

En definitiva, los daños que produce un aparato estatal deshonesto, opaco e irresponsable son incalculables. “Para empezar, deslegitima la acción pública, incentiva la desafección política y la apatía cívica, favorece la ineficiencia a medio y largo plazo, impide el desarrollo económico, genera inequidad, destruye la confianza y promueve un capital social negativo –un capital que crea redes exclusivistas que patrimonializan la acción de

gobierno—<sup>53</sup>.

Habiendo señalado, en los párrafos precedentes, en forma breve y suscita el daño que la corrupción produce a la democracia, debemos destacar a continuación que solo en democracia es posible enfrentarla con éxito.

Si bien es cierto que las democracias liberales han incumplido algunas de sus promesas, no pudiendo derrotar por completo el poder oligárquico y la corrupción política, no se puede desconocer que ésta sigue siendo la única forma de gobierno capaz de hacer frente a la patología social que es la corrupción.

Por lo anterior, consideramos que cualquier crítica a la democracia en el sentido que ella es un campo de cultivo propio para el afloramiento de la corrupción, sería injusta *per se*, pues como ya se ha sostenido en diversos discursos, la corrupción no es monopolio de una determinada forma de gobierno. Es más, es justamente en las autocracias donde la corrupción se desarrolla con total soltura. Esto es evidente. En las autocracias la élite gobernante controla los mecanismos estatales del poder, la libertad de expresión y los medios de comunicación social, y por tanto la oposición queda reducida a un mínimo, cuando no es excluida del todo como sucede en los totalitarismos. Si esto es así, el gobernante autocrático tendrá muy buenas razones para obrar con total tranquilidad, bajo el manto del secreto y el uso del temor hacia la sociedad civil, aprovechando al máximo su posición de poder para enriquecerse y alcanzar sus objetivos particulares. La historia,

---

<sup>53</sup> PRATS CATALÀ, J. La lucha contra la corrupción como parte integrante del Derecho, el deber y las políticas de buena administración. En *Cuadernos de Derecho Público*, N° 31, 2007, pp. 13-29, p. 15.

desgraciadamente es muy generosa en ejemplos<sup>54</sup>.

En la democracia “el rol del ciudadano es elegir a los gobernantes (representantes sin mandato fijo) y controlar el ejercicio del poder. El principal medio de control es, por cierto, la misma elección. Ahora bien, la introducción de la democracia liberal fue acompañada por el reconocimiento de ciertas libertades fundamentales. Entre ellas, la libertad de pensamiento, expresión, culto y asociación se presentan como garantías esenciales para calificar un régimen de democrático”<sup>55</sup>.

Efectivamente, “existe una íntima relación entre los sistemas políticos y el control de la corrupción. Una regla elemental de la técnica de control es que quien controla sea independiente de quien es controlado. La democracia es el único sistema político que prevé la independencia de los controles”<sup>56</sup>. Como bien advierte el Capítulo Latinoamericano y del Caribe de Transparencia Internacional<sup>57</sup> los sistemas autoritarios carecen de los mecanismos de control, prescinden del voto, censuran la prensa, muchas veces cierran el Congreso o la Asamblea Parlamentaria y suelen eliminar la independencia del Poder Judicial. Por eso darle todo el poder a un supuesto salvador o mesías es permitirle que garantice la impunidad de sus actos.

---

<sup>54</sup> Si la corrupción la definimos a la luz de un sistema normativo relevante, si a ese sistema normativo lo valoramos en razón de sus fines para considerarlo legítimo, por ejemplo, en su grado de respeto a los derechos fundamentales, podríamos concluir que la corrupción solo tendría lugar en sistemas normativos legítimos, una democracia por ejemplo, y no en una dictadura. Por lo tanto, ¿podríamos afirmar que cuando Oskar Schindler sobornaba oficiales nazis para salvar la vida a personas perseguidas o Paul Rusesabagina en Hotel Rwanda hacía lo propio con soldados para que permitieran la evacuación de unos vecinos para ayudarles a escapar de la eminente guerra civil, no estaban participando en actos de corrupción?

<sup>55</sup> BERMÚDEZ, J. y MIROSEVIC, C. El acceso a la información pública como base para el control social y la protección del patrimonio público. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXI, 2008, pp. 439-468.

<sup>56</sup> LOZANO, J. y MERINO, V. *La hora de la transparencia en América Latina: el manual de anticorrupción en la función pública*. Buenos Aires: Gránica, 1998, p. 177.

<sup>57</sup> *Ídem*.

Por tanto, “el sistema democrático, debido a la división de poderes, a la presencia libre de los medios de comunicación social y especialmente al estilo de vida que implica, es el régimen político más capaz de defender la sociedad frente al abuso de corrupción en la esfera pública. Este régimen colabora estrechamente en el sentido de identidad social particularmente a través de la participación que supone y exige. Más aún si coincide con una sociedad pluralista y, por tanto, tolerante frente a las ideas, creencias y proyectos”<sup>58</sup>.

Las características de los regímenes democráticos esbozadas precedentemente hacen por tanto que los actos de corrupción sean más visibles (quizás por ello algunos exageran frente a cada caso que se descubre) y por tanto luchar en su contra con relativo éxito se hace más factible. Como dice Oscar GODOY<sup>59</sup>, en términos generales, la corrupción es más visible en los regímenes democráticos. Pero, al mismo tiempo, en las democracias, por la misma razón, la corrupción puede ser combatida más eficazmente. Tal visibilidad acontece porque en todas las democracias los órganos públicos están sujetos a los poderes controladores formalizados. En estos regímenes los parlamentos ejercen facultades fiscalizadoras y la administración pública bajo la vigilancia de órganos contralores. Pero además, en las democracias se desarrolla una gran capacidad de control ciudadano sobre el poder público, que se ejerce a través de los medios de información – potenciados por la libertad de prensa y de opinión – y otros recursos informales que la sociedad civil genera sobre la base del derecho de asociación.

---

<sup>58</sup> PACHECO GÓMEZ, M. Análisis conceptual de la corrupción y de la probidad pública. En *Revista de Ciencia Política*, Vol. 18, N° 12, pp. 35-42, p. 40.

<sup>59</sup> GODOY ARCAÑA, O. Consideraciones generales sobre la corrupción y su prevención. En *Revista de Ciencia Política*, Vol. 18, N° 12, 1996, pp. 17-30, p. 15.

En una democracia se puede llevar a cabo el control ciudadano que se manifiesta especialmente en los procesos electorales. Sin perjuicio de la responsabilidad penal que se pueda hacer efectiva de acuerdo a las exigencias del Estado de Derecho, y de las responsabilidades políticas que se puedan concretar a partir de los mecanismos que emanan de la separación de funciones, como es el control parlamentario, es posible que en cada elección la ciudadanía «pase factura» a los gobernantes que no han cumplido las expectativas ciudadanas, ya sea porque han actuado corrupta o impropriamente o bien han confiado cargos públicos esenciales en personas que actúan de la misma manera.

En las democracias “los funcionarios son controlados por los ciudadanos por medio del voto, a través de la información que proveen los medios de comunicación”<sup>60</sup>. Pero además en las democracias la existencia de los grupos intermedios y del principio de subsidiariedad, permiten que los ciudadanos se puedan organizar en universidades, organizaciones no gubernamentales, empresas periodísticas, asociaciones de ciudadanos, etc., lo que facilita y fomenta el control.

“La democracia es un régimen en que la legitimidad y la confianza en la autoridad están sometidos al escrutinio periódico del voto y a la evaluación continua de la función pública. La confianza es una de las bases de la gobernabilidad democrática. Y ella descansa en la responsabilidad de los actos de sus agentes ante la sociedad civil”<sup>61</sup>.

En todo caso, y coincidiendo con el profesor PACHECO GOMÉZ<sup>62</sup>, es preciso entender que la democracia en sí misma no es una panacea que por sí

---

<sup>60</sup> LOZANO, J. y MERINO, V. *La hora de...*, ob. cit., p. 177.

<sup>61</sup> GODOY ARCAÑA, O. *Consideraciones generales sobre...*, ob. cit., p. 16.

<sup>62</sup> PACHECO GÓMEZ, M. *Análisis conceptual de...*, ob. cit., p. 41.

misma esté inmune a posibles distorsiones. La corrupción la puede destruir, por medio de la destrucción de sus instituciones. Y para que esto no ocurra es fundamental la transparencia del ejercicio del poder que ayuda a la confianza de la sociedad civil frente a lo público. Es decir, la responsabilidad política que solo puede hacerse efectiva en las democracias, “no puede ser demandada sin una gran transparencia, o sea, sin una perfecta visibilidad de las acciones emanadas en el ejercicio de sus funciones”<sup>63</sup>.

En definitiva, para que opere el control ciudadano propio de la democracia es una condición irrenunciable la transparencia en el ejercicio de la función pública. En la medida que el ejercicio de la función pública se encuentre estrechamente relacionada a la transparencia los actos corruptos serán considerablemente menos que en aquellas sociedades donde la regla general es el secreto. La transparencia nos conduce a tener funcionarios más probos y menos *Giges* corruptos en el ejercicio del poder. “La transparencia gubernamental es un primer paso para entrar al terreno del combate a la corrupción. No obstante, la tarea no debe estar limitada a una mera cuestión informativa y discursiva, también debe prevalecer la sanción cuando se comete un delito, pues esto es un indicador claro de la observancia de la ley. Es por ello que la rendición de cuentas (que en el concepto clásico retoma estos tres elementos), por un lado previene que los funcionarios realicen actos de corrupción, y por otro, en caso de que los cometan, promueve la aplicación de la sanción correspondiente. Se crea un ambiente de certidumbre sobre las decisiones, los programas y el manejo de los recursos públicos entre los mismos actores políticos, los diversos grupos, asociaciones, instituciones y la sociedad en general”<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> GODOY ARCAYA, O. Consideraciones generales sobre..., ob. cit., p. 16.

<sup>64</sup> ARTZ, S. y MENA, A. El acceso a la información pública en México. En *Nueva Sociedad*, N° 194, 2004, pp. 105-118, p. 106.

En otras palabras, “la transparencia es una condición de posibilidad para los regímenes democráticos que tendría, según se sostiene, sinergias positivas para temas tan diversos como la tutela de derechos fundamentales o el resguardo del buen uso de recursos públicos”<sup>65</sup>, puesto que ella “permitiría fiscalizar, por lo tanto, no solo los abusos del poder que afectan a los ciudadanos en sus derechos, sino también las conductas de corrupción que menoscaban el erario público o las decisiones ineficientes en materia de políticas públicas”<sup>66</sup>.

Partiendo de la base de la importancia que tiene la transparencia para el éxito de la democracia y de la fundamentalidad de esta forma de Gobierno para salvaguardar la libertad e igualdad humana, no podemos sino afirmar en forma categórica que la transparencia y el derecho de acceso a la información pública están llamados a jugar un papel fundamental en todo este esquema.

#### **IV.- El derecho de acceso a la información pública**

##### **1.- Ideas generales**

Antes de desarrollar el derecho de acceso a la información pública es necesario que nos hagamos cargo de una cuestión sustancial que nos sirva de soporte a la presente investigación. Así, es ineludible contestar la pregunta ¿qué es la información pública? Y es importante hacerlo porque el derecho de acceso recae justamente sobre la información pública y no sobre la privada y porque en muchas ocasiones puede existir una importante información que puede ser catalogada como pública que se encuentre en manos de privados que también tendrán la obligación de entregar cuando ella sea requerida en

---

<sup>65</sup> CONTRERAS VÁSQUEZ, P. *Secretos de Estado. Transparencia y seguridad nacional*. Santiago: Legal Publishing, 2014, p.2.

<sup>66</sup> *Ídem*.

forma legal.

En términos generales podríamos decir que la información pública es toda aquella información que se encuentra a disposición de la opinión pública ya sea por la naturaleza de la misma (el resultado de un partido entre Real Madrid y Barcelona) o por los actos realizados por personas privadas con la voluntad expresa o tácita de que ellos sean conocidos por el resto de la comunidad y por aquellos efectuados por los órganos del Estado y por las personas naturales que los integran en el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, esta aproximación conceptual no es relevante para los objetivos de este trabajo.

El concepto de información pública para los efectos de esta investigación lo podemos construir en un sentido amplio (sentido lato) y en un sentido estricto (stricto sensu).

El concepto de información pública en un sentido amplio o lato da cuenta del conjunto de datos producidos o que se encuentran en el seno de cualquier órgano del Estado con independencia de si éstos los hayan o no elaborado o adquiridos en el ejercicio de sus funciones. Es el producto de la actividad pública de los diversos órganos del Estado. En este sentido lato la información pública abarcaría todo tipo de antecedentes, sean o no aquellos que suelen ser catalogados como reservados.

En un sentido estricto la información pública es toda aquella producida en el ejercicio de la función pública y que de acuerdo al ordenamiento jurídico respectivo y a las exigencias del principio democrático debe estar a disposición de toda la comunidad, particulares o medios de comunicación social, con las solas excepciones establecidas taxativamente en



la Constitución y la ley. “Por tanto, cualquier restricción al derecho de información en un Estado de Derecho ha de estar justificada en principio por la protección de otros bienes y derechos cuya protección venga exigida por esos mismos derechos principios o derechos constitucionalmente reconocidos. Así, el secreto en algunas informaciones se justifica por la protección del derecho de intimidad o de un interés público prevalente como la seguridad del Estado”<sup>67</sup>.

También como punto de partida a la búsqueda de un concepto de información pública señalaremos que la extensión que debemos dar al mismo no debe ser restringida sino amplia. No entenderlo así podría traer como consecuencia reducir en forma intolerable el contenido esencial del derecho y con ello su ejercicio. En este sentido, desde luego tenemos que señalar que no es correcto hacer sinónimos el concepto de información pública con el de documentación administrativa. “Es pública toda la información que esté en poder de una oficina estatal, que puede coincidir o no con la documentación administrativa, siempre que su acceso no esté vedado por una limitación expresamente establecida por la legislación”<sup>68</sup>. Por lo mismo, consideramos que sin perjuicio del aporte que significa el Convenio del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos como manifestación de voluntad política en orden a avanzar en estas materias, circunscribir el acceso solo a los documentos públicos es una decisión limitada y poco afortunada.

En definitiva, concordamos con VIAL SOLAR<sup>69</sup> cuando sostiene que las posibles interpretaciones restrictivas del alcance del concepto de

---

<sup>67</sup> BALAGUER CALLEJÓN, M. *Derecho de la información y de la comunicación*. Madrid: Editorial Tecnos, 2013, p. 21.

<sup>68</sup> LAVALLE COBO, D. *Derecho de acceso...*, ob. cit., p. 9.

<sup>69</sup> VIAL SOLAR, T. La Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública: esquema general y regulación del derecho de acceso a la información. En *Anuario de Derecho Público*, Universidad Diego Portales (Chile), 2010, p. 121.

información pública deben ser rechazadas por inconsistentes con la idea de un derecho de acceso a la información pública como derecho de naturaleza constitucional dentro de una república democrática, lo que hace inconcebible que el Estado, *ab initio*, salvo las justificadas causales de reserva o secreto, argumente que parte de sus actividades son reservadas.

Valga decir también en esta parte de la investigación que el derecho de acceso a la información pública puede ser canalizado por tres vías, a saber: “La publicación general sistémica, la comunicación individualizada a los que puedan estar interesados, y la comunicación como respuesta a una demanda concreta de los administrados, incluida la posibilidad de reproducción de los documentos solicitados, con todas las garantías razonables de conservación del documento-fuente, original o no”<sup>70</sup>.

Para los efectos de nuestra investigación nos quedaremos con la tercera vía de las mencionadas arriba. Es decir, el derecho de acceso a la información lo entenderemos como un derecho que el ordenamiento jurídico iusfundamental reconoce a toda persona para exigir a cualquier órgano del Estado la entrega de información calificada como pública y acudir ante un órgano jurisdiccional competente solicitando el amparo de su derecho cuando ésta le haya sido negada en forma injustificada por el órgano obligado jurídicamente a entregarla. En este sentido, la obligación jurídica de entregar y liberar la información corresponde a todos los órganos del Estado, incluso aquellos que tienen reconocimiento constitucional.

---

<sup>70</sup> GAUCHI RISSO, V. Derecho de acceso a la información pública. En *MÉI: Métodos de Información*, Vol. 3, N° 5, 2012, pp. 167-176, p. 173.

## **2.- Sobre la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública**

### **a.- Ideas preliminares. Aproximación al concepto de derecho fundamental**

Hemos de postular en este trabajo la idea de que el derecho de acceso a la información pública es un derecho fundamental. Nuestra posición se funda en las profundas raíces que el derecho de acceso hunde en el principio democrático y las relaciones existentes entre la democracia y la dignidad, libertad e igualdad humana.

Antes de analizar las diversas posturas que existen a la hora de explicar la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información, hemos creído oportuno indicar cuál es nuestra postura respecto al concepto de derecho fundamental, de tal manera que el lector tenga presente de qué estamos hablando cuando pregonamos el carácter iusfundamental del derecho de acceso.

En términos generales diremos que los conceptos de derechos fundamentales responden a concepciones de los mismos y al fundamento que de ellos se tenga. Los conceptos de derechos fundamentales que se proponen en doctrina, pueden de alguna manera agruparse en dos tipos, los que parten del fundamento filosófico de los mismos y los que se ubican en su positividad jurídica<sup>71</sup>.

De esta manera se ha dicho que los derechos fundamentales constituyen “una protección de manera institucionalizada de los derechos de

---

<sup>71</sup> ORTÍZ RIVAS, H. *Derechos humanos*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 4ª edición, 2007, p. 99.

la persona humana contra los excesos de poder cometidos por los órganos del Estado y de promover paralelamente el establecimiento de condiciones humanas de vida, así como el desarrollo multidimensional de la personalidad humana”<sup>72</sup>.

Este concepto es acertado pero incompleto. Es acertado pues no desconoce que los derechos fundamentales son un mecanismo de defensa del poder y tampoco circunscribe los derechos humanos solo a situaciones extremas pues plantea que el fin de estos también se relaciona con una adecuada calidad de vida y la posibilidad que cada ser humano alcance su mayor despliegue posible, tanto material como espiritual<sup>73</sup>. Pero es incompleto porque desconoce que las situaciones de poder que se presentan en las relaciones sociales no solo son las que corresponden al ejercicio del poder político sino a otras formas de poder (económico, social, etc.,) del que

---

<sup>72</sup> Concepto elaborado por la UNESCO (Dimensiones internacionales de los derechos del hombre, 1978), citado por: ALEMANY VERDAGUER, S. *Curso de derechos humanos*. Barcelona: Editorial Boch, 1984, p. 7.

<sup>73</sup> En efecto, los derechos fundamentales no son solo derechos. Ellos “deben entenderse de una manera mucho más amplia e integral, porque además son un fenómeno en constante construcción y evolución”. En este sentido, “hoy, podemos extender el concepto de derechos humanos a otros niveles que trascienden de un listado de derechos, para entenderlos como un estadio de situaciones y procesos, incluyendo, claro está, también derechos, todos ellos necesarios para gozar de una vida digna conforme al proyecto de vida que cada quien adopte conforme a sus cualidades y condiciones”. RODRÍGUEZ RESCIA, V.M. Introducción a los derechos humanos. Curso básico autoformativo sobre derechos humanos. En GONZÁLEZ MONGUI, P. (comp.). *Derechos humanos: fundamentación, obligatoriedad y cumplimiento*. Bogotá: Cátedra Gerardo Molina, Universidad Libre, 2008, pp. 27-95, p. 28. Esta lógica de alguna manera se encuentra en la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En “Niños de la calle” sostuvo: “El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Villagrán Morales y otros contra Guatemala, sentencia de 24 de noviembre de 2010, considerando 144.

también provienen constantes abusos a la dignidad humana. De hecho, las violaciones a los derechos fundamentales provienen tanto del Estado como de los particulares que en un momento determinado se encuentran en una situación de superioridad frente a otras personas. En otras palabras, desconoce la “*eficacia horizontal de los derechos fundamentales*” en virtud de la cual los agresores de derechos fundamentales también pueden ser otros particulares y sus agrupaciones intermedias.

Por su parte PÉREZ LUÑO señala que los derechos fundamentales “son un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad e igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”<sup>74</sup>.

Nosotros consideramos que los derechos fundamentales son “exigencias éticas que se derivan de la dignidad humana y que asumiendo la forma de compromisos, principios y derechos subjetivos mediante un proceso de positivización tanto internacional como interno, tienen como finalidad permitir el mayor desarrollo material y espiritual de cada ser humano”.

La razón de ser del concepto propuesto responde a nuestra concepción amplia de los derechos fundamentales, entendiendo que éstos son más que solo derechos subjetivos litigables y exigibles ante jueces, sino que constituyen verdaderos compromisos que justifican en definitiva la existencia del Estado. Desde esta perspectiva el Estado no solo viola derechos fundamentales cuando lesiona derechos concretos y específicos de las personas, lo hace también cuando no es capaz de crear un estado de cosas tal

---

<sup>74</sup> PÉREZ LUÑO, A. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Madrid: Editorial Tecnos, 10ª ed., 2010, p. 50.

que evite o minimice atentados a la dignidad humana.

Lo anterior ha sido captado muy bien la Corte Constitucional Colombiana en su teoría del “*estado de cosas inconstitucional*”. La institución del estado de cosas institucional puede ser “definida como un mecanismo o técnica jurídica creada por la Corte Constitucional, mediante la cual declara que cierto hechos resultan abiertamente contrarios a la Constitución, por vulnerar de manera masiva derechos y principios consagrados en la misma, en consecuencia insta a las autoridades competentes, para que en el marco de sus funciones y dentro de un término razonable, adopten las medidas necesarias para corregir o superar tal estado de cosas”<sup>75-76</sup>.

Habiendo aproximado un concepto de derechos fundamentales, en las páginas que siguen se dará cuenta de algunas posturas respecto de la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública.

### **b.- El derecho de acceso a la información pública es parte de la libertad de expresión**

El derecho a la libertad de expresión lo podemos considerar desde distintas perspectivas. Como una manifestación de la autonomía personal del individuo, desde un punto de vista colectivo y desde la perspectiva de los receptores. En este último sentido, “una forma alternativa de entender la libertad de expresión es la que considera que la protección de este derecho implica no solo la protección de quien se expresa, sino que también aspira a

---

<sup>75</sup> QUINTERO LYONS, J. La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia. En *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, Vol. 3, N° 1, 2011 (primer semestre), pp. 69-80, p. 71-72.

<sup>76</sup> En este sentido, las mujeres víctimas de violencia machista, los adultos mayores, los migrantes, constituyen grupos vulnerables que como colectivos sufren constantemente atropellos a sus derechos antes un Estado que nada o muy poco hace para protegerles.

asegurar a los receptores la posibilidad de apreciar la más diversa variedad de puntos de vista posible en torno a un tema determinado, objetivo que se persigue a través de la protección de la expresión”<sup>77</sup>.

En su primer aspecto, la libertad de expresión corresponde a aquel derecho fundamental que tiene cada individuo en virtud del cual puede exteriorizar sus ideas, opiniones, puntos de vistas sobre distintos temas y en virtud de diversas formas. Tal como se desprende del artículo 20 de la Constitución española, podemos considerar que en un sentido amplio la libertad de expresión correspondería a los llamados “derechos de la comunicación libre”, que si bien se trata de cuatro derechos distintos<sup>78</sup>, corresponden al contenido esencial de esta libertad de expresión. Se trata del derecho a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción; a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, a la libertad de cátedra y a comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión.

Por tanto, la libertad de expresión reconoce dentro de su contenido esencial las llamadas libertades informativas dentro de las cuales se contiene el derecho de acceso a la información pública. A nivel internacional la jurisprudencia de la CIDH ha asentado una doctrina que prácticamente hoy no se discute en Latinoamérica.

Es así como la CIDH en “*Claude Reyes y otros contra Chile*” así como en

---

<sup>77</sup> SABA, R. El derecho de la persona a acceder a la información en poder del gobierno. En *Derecho Comparado de la Información*, N° 3, 2004, pp. 145-185, p. 153.

<sup>78</sup> PÉREZ ROYO, J. *Curso de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 10ª edición, 2005, p. 408.

*“Gomes Lund y otros contra Brasil”*<sup>79</sup> ha sostenido enfáticamente que de acuerdo a la protección que la CADH otorga, “la libertad de pensamiento y expresión no solo comprende el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole” y “al igual que la Convención Americana, otros instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establecen un derecho positivo a buscar y recibir información”.

La CIDH ha establecido que el artículo 13 de la CADH, al estipular expresamente los derechos a buscar y a recibir informaciones, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. “Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso y conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando, por algún motivo permitido por la Convención, el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que la información circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones,

---

<sup>79</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gomez Lund y otros contra Brasil, sentencia de 24 de noviembre de 2010.



individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea”<sup>80</sup>.

En cambio, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (también TEDH), a diferencia de la doctrina sustentada por la CIDH, hasta la fecha no ha pronunciado fallo en el cual se sostenga expresamente que el derecho de acceso a la información pública es parte del contenido esencial del derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 10 del CEDH<sup>81</sup>.

Explica el profesor HERNÁNDEZ RAMOS<sup>82</sup> que efectivamente el artículo 10 del CEDH no reconoce este derecho en forma explícita. Por ello, hasta el momento, el artículo 10 del CEDH aún debe ser reconocido oficialmente por el TEDH como sustento de una declaración del derecho fundamental de acceso a la información pública, pues ha rechazado de manera firme y constante que la frase del citado artículo 10 “el derecho a recibir información” pueda ser interpretada como una garantía de establecer un derecho de acceso a la información o como una obligación positiva sobre los estados de difundir información que obre en su poder.

---

<sup>80</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gomes Lund..., considerando N° 197.

<sup>81</sup> El artículo 10 del CEDH señala: “1.- Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2.- El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de ~~de~~ condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

<sup>82</sup> HERNÁNDEZ RAMOS, M. El derecho de acceso a la información pública en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Orígenes, evolución y estado de la cuestión. En prensa.

Sin perjuicio de lo anterior, sostiene HERNÁNDEZ RAMOS<sup>83</sup>, a pesar de esta falta de declaración explícita, de todas maneras es posible identificar tres etapas en la jurisprudencia del TEDH respecto de la interpretación que ha hecho de este artículo 10 y del derecho de acceso a la información pública.

En una primera etapa el artículo 10 del CEDH no fue interpretado por el TEDH en el sentido de que de él se desprendiera un derecho de acceso a la información en poder del Estado. En definitiva, en esta primera etapa, el TEDH sostuvo que el derecho a recibir información se refería “al acceso de fuentes de información generales y consistía básicamente en prohibir al Gobierno que impidiera u obtaculizace a una persona recibir información de otras personas que deseaban o quisieran dársela”<sup>84</sup>.

Así, en el caso “*Leander contra Suecia*”, el TEDH adhiere plenamente a la idea señalada en los párrafos anteriores, en orden a entender que del artículo 10 del CEDH no se desprende el derecho de acceso a la información pública. El fallo del TEDH sostiene que “la Corte observa que el derecho a la libertad de información básicamente prohíbe a un gobierno restringir a una persona de recibir información que otros deseen o puedan estar dispuestos a darle. El artículo 10 no confiere a la persona, en circunstancias como las del presente caso, el derecho de acceso a un registro que contenga información sobre su situación personal, ni implica al Gobierno la obligación de impartir Información al individuo”<sup>85</sup>.

No obstante la doctrina anterior, excepcionalmente el TEDH permitió

---

<sup>83</sup> *Ídem*.

<sup>84</sup> *Ídem*.

<sup>85</sup> TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Leander contra Suecia*, sentencia de 26 de marzo de 1987, fundamento jurídico N° 74.

algunas excepciones sobre acceso a la información en poder del Estado pero no por la vía del artículo 10 sino en virtud del derecho a la vida privada y familiar consagrado en el artículo 8 del CEDH.

En el caso “*Gaskin contra Reino Unido*”, aparece reflejada la doctrina en virtud de la cual se da lugar al acceso a la información solicitada pero no en relación con el artículo 10 del CEDH sino a la luz del artículo 8 del mismo Convenio<sup>86</sup>.

Siguiendo la misma línea jurisprudencial en “*Guerra y otros contra Italia*”, el TEDH sostuvo y reconoció el derecho de los recurrentes a recibir información pero no en virtud del artículo 10 del CEDH sino del ya mencionado artículo 8<sup>87</sup>.

Sostiene HERNÁNDEZ RAMOS que “el estudio de estos casos permiten concluir que en esta primera etapa el TEDH aceptó, bajo ciertas circunstancias, reconocer un derecho de acceso a algunos documentos que aunque no fueran generalmente accesibles, fueron de particular importancia para la situación concreta del demandante, ya se refiera a la protección medio ambiental o la salud pública o el bienestar individual”<sup>88</sup>, pero este

---

<sup>86</sup> TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gaskin contra Reino Unido, sentencia de 07 de julio de 1989, fundamento jurídico N° 37 y N° 49.

<sup>87</sup> Se lee en la sentencia referida: “una grave contaminación del medio ambiente puede afectar al bienestar de las personas y evitar que éstas disfruten de sus hogares de manera que afecten negativamente su vida privada y familiar. En el presente caso, hasta el final de la producción de fertilizantes, los solicitantes esperaron información esencial que les permitiera evaluar los riesgos que corren ellos y sus familias si continuaban viviendo en Manfredonia, una ciudad particularmente expuesta a Peligro en caso de accidente en la fábrica. Por consiguiente, el Tribunal considera que el Estado demandado no cumplió su obligación de garantizar el derecho de los demandantes al respeto de su vida privada y familiar, en violación del artículo 8 del Convenio. En consecuencia, ha habido una violación de esa disposición”. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso Guerra y otros contra Italia, sentencia de 19 de febrero de 1998, fundamento jurídico N° 60.

<sup>88</sup> HERNÁNDEZ RAMOS, M. El derecho de..., ob. cit.

reconocimiento fue deducido del derecho a la vida privada y familiar y no del derecho a la libertad de expresión.

Una segunda etapa, que HERNÁNDEZ RAMOS denomina “paso de transición”<sup>89</sup> corresponde a la sentencia dictada en el caso “*Sdružení Jihočeské Matky contra República Checa*”<sup>90</sup>. La importancia de esta sentencia, consiga el autor citado radica en que por primera vez el TEDH concibe el derecho de acceso a la información en el ámbito del artículo 10 del CEDH y no del artículo 8. Respecto del caso concreto el TEDH admitió que el rechazo del órgano interno del Estado a la solicitud de la organización demandante constituía una injerencia en el derecho de éste a recibir información, injerencia que se encontraba, en todo caso, plenamente justificada, ya que la solicitud recaía sobre información de una planta de energía nuclear, que es un sistema de gran complejidad y que exige un nivel muy alto de seguridad.

En otras palabras, si bien el TEDH negó la demanda en contra de República Checa, la importancia de esta sentencia radica justamente en que el parámetro de fallo no fue el artículo 8 como había sido hasta la fecha sino el artículo 10.

Por último, en una tercera etapa, que se verifica desde el año 2009 a la fecha, el TEDH en algunas importantes sentencias ha reconocido que el derecho de acceso a la información pública a partir del contenido del artículo 10 de la CEDH.

El fallo que abre este período es el pronunciado en el caso “*Társaság a Szabadságjogokért contra Hungría*”<sup>91</sup>. Si bien en esta sentencia el TEDH

---

<sup>89</sup> *Ídem*.

<sup>90</sup> TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Sdružení Jihočeské Matky con República Checa*, sentencia de 19 de julio de 2006.

<sup>91</sup> TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Társaság a Szabadságjogokért vs. Hungría*, sentencia de 14 de abril de 2009.

mantuvo su postura en orden a sostener que el artículo 10 de la CEDH no confiere a las personas un derecho de acceso a un registro personal ni conlleva la obligación del Gobierno para entregar dicha información, resultando complejo derivar del Convenio un derecho general de acceso a datos y documentos administrativos, en este caso concreto “los obstáculos al acceso a la información de interés público podrían repercutir negativamente en el trabajo de esta organización o de los medios de comunicación, en su intención de investigar esas cuestiones relevantes y contrastadas por la sociedad, por lo que se sentencia que se ha vulnerado el derecho de acceso a la información consagrado en el artículo 10 del CEDH”.

En este mismo sentido la sentencia dictada en el caso “*Kenedi contra Hungría*”, del año 2009 el Tribunal Europeo sostuvo que “el acceso a las fuentes documentales originales para la investigación histórica legítima era un elemento esencial del ejercicio del derecho a la libertad de expresión”<sup>92</sup>.

Más recientemente una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictada el año 2013 ha señalado que “la reticencia obstinada de la Agencia de Inteligencia de Serbia de cumplir con la orden del Comisionado de la Información fue un desafío del derecho interno y equivale a la arbitrariedad. Por lo que en consecuencia se ha acordado considerar que ha existido una violación del artículo 10 de la Convención”<sup>93</sup>.

En el caso “*Österreichische vereinigung zur erhaltung, stärkung und schaffung eines wirtschaftlich gesunden land- und forst-wirtschaftlichen*

---

<sup>92</sup> TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso Kenedi versus Hungría, sentencia de 26 de mayo de 2009, App. N° 31475/05, fundamento jurídico N° 43.

<sup>93</sup> TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso Youth Initiative for Human Rights versus Serbia, sentencia de 25 de junio de 2013, App. N° 48135/06, fundamento jurídico N° 26.

*grundbesitzes contra Austria*<sup>94</sup>, de 28 de noviembre de 2013, advierte HERNÁNDEZ RAMOS<sup>95</sup>, que el el TEDH también apreció la violación del artículo 10 CEDH pero hay algunas interesantes diferencias respecto de los tres casos anteriores que contribuyen a perfilar los contornos del derecho de acceso a la información. Así, a diferencia de los otros casos, el TEDH enfatizó que la ONG demandante no solicitó acceso a un documento particular, sino a todas las resoluciones dictadas durante una época larga de tiempo, sin ningún tipo de discriminación. En este caso, la carga de trabajo para la autoridad sería considerable. Sin embargo, que esta demanda de acceso supusiera una grave carga, a juicio del TEDH, era solo responsabilidad de la autoridad nacional, puesto que sus decisiones son consideradas de interés público y por ello deberían ser publicadas de una u otra forma. No obstante, no tenía publicada ninguna y esto es lo que ocasionó en gran parte su negativa a facilitar el acceso a la ONG demandante. Aunque el TEDH no se entrometió en determinar de qué manera debería o podría la autoridad nacional haber dado acceso a sus decisiones, sentenció de manera clara que la negativa absoluta de permitir acceso a sus decisiones fue desproporcionada y debido a que esa decisión dependió totalmente de ella y que además ostentaba el monopolio informativo respecto de sus decisiones, hizo imposible que la ONG demandante pudiera llevar a cabo su actividad investigadora. Por todo ello, el TEDH concluyó que la injerencia en el artículo 10 CEDH de la demandante no fue necesaria en una sociedad democrática.

En "*Guseva contra Bulgaria*"<sup>96</sup>, el TEDH señaló que la negativa de facilitar información constituyó una injerencia al derecho a difundir

---

<sup>94</sup> TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Österreichische vereinigung zur erhaltung, stärkung und schaffung eines wirtschaftlich gesunden land- und forstwirtschaftlichen grundbesitzes c. Austria*, sentencia de 28 de noviembre de 2013.

<sup>95</sup> HERNÁNDEZ RAMOS, M. El derecho de..., ob. cit.

<sup>96</sup> TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Guseva c. Bulgaria*, sentencia de 17 de febrero de 2015.

información de la demandante, injerencia que en el caso particular no vulneraba el derecho de una persona jurídica como una ONG, sino de una ciudadana individual.

En relación con este panorama jurisprudencia del TEDH, advierte el profesor HERNÁNDEZ RAMOS que esta línea jurisprudencial generada a partir del año 2009, corresponde a decisiones de Secciones, “pero que necesita aún del respaldo de la Gran Sala para poder proclamar la consagración de una nueva dimensión del derecho fundamental reconocido en el artículo 10 CEDH como supuso la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *Claude Reyes contra Chile*”<sup>97</sup>. Es más, en “*Bubon contra Russia*”<sup>98</sup> de febrero de 2017, el TEDH junto con denegar la demanda contra el Estado de Russia vuelve a reiterar que “esta Corte recuerda además que el artículo 10 del Convenio no impone una obligación de recabar información a petición de solicitante, en particular cuando, como en el presente caso, se trata de una cantidad considerable de trabajo”.

A pesar de la importancia que tiene la postura que plantea que el derecho de acceso a la información pública es parte de la libertad de expresión, especialmente a la luz del principio democrático, “ella no parece suficiente para exigir al Estado que libere información que se encuentre en su poder. De este modo, se podría decir que el derecho a la información, así entendido, abre las puertas a un desarrollo robusto del derecho ciudadano a exigir información en dominio del gobierno, pero no parece ser un argumento completamente autosuficiente para exigir que la administración o la justicia reconozcan un derecho al acceso”<sup>99</sup> sostiene SABA. Al parecer la

---

<sup>97</sup> HERNÁNDEZ RAMOS, M. El derecho de..., ob. cit.

<sup>98</sup> TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Bubon contra Russia*, sentencia de 7 de febrero de 2017, fundamento jurídico N° 45.

<sup>99</sup> SABA, R. El derecho de..., ob. cit., p. 156.

jurisprudencia del TEDH se encarga de confirmar esta afirmación.

### **c.- El derecho de acceso a la información pública es parte del derecho fundamental de petición**

Sin bien algunos autores consideran que el derecho de acceso a la información pública es parte del derecho fundamental de petición<sup>100</sup>, consideramos que tal afirmación no es correcta. En efecto, existe una notable diferencia entre el derecho de acceso y el derecho de petición por cuanto este último aun cuando lo entendamos en un sentido amplio no reconoce como parte de su contenido esencial la posibilidad de obtener y ver satisfecha la respectiva petición. DIEZ-PICAZO señala que “el rasgo esencial del derecho fundamental de petición es que se trata de un derecho que se agota en la simple conducta de pedir; esto es, no comporta el derecho a obtener satisfacción alguna, ni mucho menos a que se otorgue lo pedido”<sup>101</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, en una sentencia del año 2002 la Corte Constitucional Colombiana reconoció, a la luz de la Carta Fundamental, que el derecho de acceso a la información tiene una naturaleza autónoma y que al mismo tiempo es una manifestación concreta del derecho de petición<sup>102</sup>. La Corte Constitucional señaló: “igualmente, en reiteradas oportunidades esta

---

<sup>100</sup> Dice LAVALLE COBO: “El derecho de acceso a la información pública se encuentra ínsito en el derecho de petición y en aquellas constituciones que lo consagran expresamente se instituye como una forma refinada, depurada, moderna y más democrática, en tanto acota e instrumenta una porción de aquél, ya que instaura canales procesales formales para la presentación de pedidos de información, cuando son reglamentados por la legislación posterior”. LAVALLE COBO, D. *Derecho de acceso...*, ob. cit., pp. 73-74.

<sup>101</sup> DIEZ-PICAZO, L. *Sistema de derechos fundamentales*. Navarra: Editorial Thomson Civitas, 2ª edición, 2005, p. 400.

<sup>102</sup> CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. *Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 5,9,16 y 17 (parciales) de la Ley 555 de 2000, por la cual se regula la prestación de los Servicios de Comunicación Personal, PCS y se dictan otras disposiciones*, expediente D-4019, sentencia de 22 de octubre de 2002.



Corporación ha expresado que si bien el derecho a acceder a documentos públicos tiene carácter autónomo, es también una manifestación concreta del derecho de petición, como quiera que la principal finalidad de éstos derechos es obtener una información a través de una respuesta concreta”. Insistimos en el error, el derecho de petición no reconoce como parte de su contenido esencial la obtención de una respuesta concreta, solo garantiza la posibilidad de dirigirse a la autoridad pero no a que ésta le responda, ni menos en forma satisfactoria, en cambio en el derecho de acceso la autoridad esta obligada a liberar la información solicitada cuando no medie una causa legal que autorice su reserva o secreto.

Desde esta última perspectiva, la misma Corte Constitucional Colombiana en la sentencia de tutela T-1075-2003<sup>103</sup> al sistematizar los elementos constitutivos del derecho constitucional de petición entendió que mediante este derecho se garantizan otros derechos constitucionales como son el derecho a la información, a la participación política ciudadana y a la libertad de expresión.

**d.- El derecho de acceso a la información pública es un derecho fundamental autónomo y a su vez el supuesto para el ejercicio de otros derechos fundamentales**

**i.- La autonomía del derecho fundamental de acceso a la información pública**

Consideramos que el derecho de acceso a la información pública es un derecho fundamental de naturaleza autónoma que deriva del régimen

---

<sup>103</sup> CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. *Caso Jaime Castro con Ministro del Interior y de Justicia (Fernando Londoño Hoyos)*, T-1075/03, sentencia de 13 de noviembre de 2003.

democrático y los principios que lo integran. Es decir, sin perjuicio de las estrechas relaciones que existen entre el derecho de acceso a la información pública y otros derechos fundamentales, creemos que el derecho de acceso a la información es un derecho fundamental que tiene una configuración propia con sus particulares características y que se inserta dentro de la exigencia de la democracia como la forma de gobierno más compatible con la dignidad humana.

El CJI comienza su catálogo de principios sobre el derecho de acceso a la información<sup>104</sup> reconociendo que éste es “un derecho humano fundamental que garantiza el acceso a la información controlada por órganos públicos, incluyendo, dentro de un plazo razonable, el acceso a los archivos históricos”.

El derecho de acceso a la información pública no es una mera derivación de otros derechos fundamentales, aunque no podemos desconocer que esta doctrina ha resultado muy útil para lograr su reconocimiento en aquellos órdenes jurídicos en que no se encuentra expresamente consagrado. Por lo mismo, tomando en consideración la vocación indesmentible de quienes ejercen el poder a actuar amparados bajo la sombra del secreto, se ha hecho necesario, no en pocas oportunidades, hacer esfuerzos intelectuales para construir este derecho especialmente a partir de la libertad de expresión.

Proponemos que el derecho de acceso a la información pública es un derecho fundamental, no solo imprescindible para la construcción de una sociedad democrática y participativa sino también para el libre desarrollo de la personalidad frente al Estado y los poderes públicos. “El ser humano tiene

---

<sup>104</sup> COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. *Principios sobre el derecho de acceso a la información*, CJI/RES.147 (LXXXIII-O/08), 07 de agosto de 2008, 73º Período Ordinario de Sesiones, 4 al 14 de agosto de 2008, Río de Janeiro, Brasil.

derecho a conocer la actuación de los poderes, incluidas las motivaciones de las decisiones adoptadas, y el uso que se hace de los fondos públicos. Si el desarrollo de nuestras propias vidas depende, como así es, de la calidad democrática de los poderes públicos –cuya actuación, insisto, condiciona directa o indirectamente nuestro propio desarrollo– tenemos derecho a saber hasta qué punto su actuación es acorde con el mandato democrático”

105.

Ahora bien, el derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental autónomo puede ser configurado directamente como tal por el ordenamiento constitucional o ser calificado como un derecho fundamental implícito que emana del sistema democrático de gobierno.

Los derechos fundamentales implícitos o también denominados derechos “no enumerados” son aquellos que sin encontrarse consagrados en términos explícitos y directos en el ordenamiento positivo, nacional o internacional, derivan indiscutiblemente de la dignidad humana o del régimen democrático de gobierno. Sostiene el profesor NOGUEIRA, en relación con el sistema de defensa de derechos fundamentales en América que estos derechos implícitos o no enumerados se desprenden del artículo 29º de la Convención Americana de Derechos Humanos, literal c), la cual sostiene que “ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano, o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”. La norma del artículo 29 de la Convención Americana en su literal c), “permite comprender el efecto vinculante de otros

---

<sup>105</sup> PIÑAR MAÑAS, J. L. *Transparencia y protección de datos. Una referencia a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno*. En PIÑAR MAÑAS, J.L. (dir). *Transparencia, acceso a la información y protección de datos*. Madrid: Editorial Reus, 2015.

derechos que, aun cuando no fueron recogidos expresamente por los pactos internacionales o por la Constitución, quedan implícitamente garantizados en virtud de la disposición analizada”<sup>106</sup>.

## **ii.- El derecho de acceso resulta esencial para el ejercicio del derecho de participación ciudadana**

La participación ciudadana es un derecho fundamental que emana de la democracia como forma de gobierno. Podemos definirla como “aquél derecho fundamental por medio del cual las personas en forma individual o colectiva tienen una posibilidad real y concreta de participar en la adopción de las grandes decisiones políticas, jurídicas, económicas y sociales”. Este derecho de participación ciudadana es un derecho de estructura compleja que se integra por varios derechos específicos que apuntan a asegurar la intervención de la ciudadanía en el ejercicio del poder político<sup>107</sup>. Por ejemplo, el derecho de sufragio, la iniciativa legal ciudadana, el referéndum y otras consultas ciudadanas, etc. En efecto, la participación ciudadana no solo incluye los derechos electorales sino “que también la posibilidad de involucrarse en los procesos que llevan a las tomas de decisiones sobre las políticas públicas, así como el control de la gestión de los responsables de ejecutarlas”<sup>108</sup>.

---

<sup>106</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, H. Los derechos contenidos en tratados de derechos humanos como parte del parámetro de control de constitucionalidad: La sentencia Rol N° 786-2007 del Tribunal Constitucional. En *Estudios Constitucionales*, Año 5, N° 2, 2007, pp. 457-466, p. 458.

<sup>107</sup> “Simplificando mucho, las discusiones en torno a la democracia participativa destacan las siguientes características: es fuente última de legitimidad en cuanto es génesis democrática del Estado de derecho; conforma el espacio público pluralista necesario para el debate, el aprendizaje y la concertación; da sentido a una política de la justicia, la equidad, el bienestar y la paz, comprometiendo a cada uno de los ciudadanos con el destino común”. HOYOS VÁSQUEZ, G. Democracia participativa y liberalismo político. En *Daimón: Revista de Filosofía*, N° 15, 1997, 83-91, p. 84.

<sup>108</sup> PRATS, M. La participación ciudadana en clave de derechos humanos como herramienta para la prevención de la corrupción. Condiciones para su real ejecución. En ORSI, G. y

La participación ciudadana puede ser entendida “en un sentido integrador consistente en «*ser partícipe*», es decir, recibir prestaciones o disponer de servicios”<sup>109</sup> y en un sentido mucho más activo consistente “«*en tomar parte*», que se refiere a la capacidad colectiva para promover iniciativas de dinamización de la vida social, lo que supone una profundización de la práctica participativa”<sup>110</sup>.

Desde la segunda de las perspectivas señaladas *supra*, la participación ciudadana debe estar presente a lo menos en las siguientes manifestaciones propias del ejercicio del poder: i) procesos en que se manifiesta la voluntad popular en las urnas; ii) control a las autoridades cuyos cargos se reconducen directa o indirectamente a la ciudadanía y demás funcionarios de carrera; y, iii) adopción de las grandes decisiones sociales, por ejemplo, en un proceso constituyente como el que se encuentra desarrollando Chile desde el año 2015. Todas estas manifestaciones requieren de una serie de supuestos que necesariamente deben estar presentes para hablar de una verdadera participación ciudadana. El primer supuesto es, desde luego, la democracia y el reconocimiento de ciertos derechos fundamentales básicos como la libertad de expresión, el derecho de asociación, el derecho de reunión y manifestación, el derecho de petición y el derecho de acceso a la información pública que obra en poder del aparato estatal.

En consecuencia, “los derechos a la información deben ser vistos como partes esenciales de los derechos básicos de participación política, los cuales

---

RODRÍGUEZ, N. (comp.) *Transparencia, acceso a la información y tratamiento penal de la corrupción*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2011, p. 3.

<sup>109</sup> BAÑEZ TELLO, T. Participación ciudadana, sociedad civil y juventud. En *Acciones e Investigaciones Sociales*, N° 9, 1999, pp. 101-124, p. 104.

<sup>110</sup> *Idém.*

incluyen pero rebasan el derecho a la libertad de expresión”<sup>111</sup>.

Existe consenso en la doctrina en que “el ejercicio de este derecho representa uno de los máximos valores de las sociedades democráticas. En nuestros tiempos un individuo requiere tener el conocimiento más apegado a la realidad de lo que acontece en su entorno ya que solo de esta manera puede participar con conocimiento de causa en el ejercicio de sus derechos políticos y civiles”<sup>112</sup>.

La participación ciudadana en el contexto de una democracia resulta fundamental, especialmente para el control sobre el ejercicio del poder, por lo tanto, para los ciudadanos ésta no solo debe ser concebida como un derecho o como una legítima posibilidad sino como un verdadero deber.

### **iii.- El derecho de acceso a la información pública como supuesto para el ejercicio de otros derechos fundamentales**

Sin perjuicio de entender que el derecho de acceso a la información pública es un derecho fundamental que emana del régimen democrático y cuyo titular son las personas que desarrollan su vida en él, no debemos desconocer que este derecho es un supuesto básico para el ejercicio de otros derechos fundamentales.

De alguna manera, consideramos, que el derecho de acceso a la información pública se configura como supuesto esencial para el ejercicio de otros derechos fundamentales, en la medida que “entre el poder público y los

---

<sup>111</sup> ACKERMAN, J. & SANDOVAL, I. *Leyes de acceso...*, ob. cit., p. 15.

<sup>112</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, A. La participación ciudadana y su relación con el acceso a la información pública. En *Ra Ximhai: Revista de Sociedad, Cultura y Desarrollo Sustentable*, Vol. 2, N° 3, pp. 611-640, p. 612.

ciudadanos se manifiesta, en buena medida, la generación de un importante flujo informativo que opera en un doble sentido: de los ciudadanos hacia los poderes públicos y de los poderes públicos a los ciudadanos”<sup>113</sup>. El Estado maneja importantes caudales de información que obtiene de la ciudadanía y la sociedad civil. Conocer la información que el Estado maneja resulta esencial para el desarrollo de la vida social de las personas y sus grupos intermedios, tanto para mantener un ámbito de protección de la vida privada como para adquirir herramientas para el ejercicio de derechos que se relacionen ya sea con la propia personalidad, la libertad de expresión o la libertad de emprendimiento entre otros.

En relación al flujo que se produce desde los ciudadanos a los poderes públicos, “se constata que estos últimos, en el ejercicio de sus funciones manejan un importante volumen de información que se integra, no solo por la que ellos mismos producen, sino también por la que recaban de los ciudadanos”<sup>114</sup> en el ejercicio de sus actividades y funciones. Ahora, en relación con el flujo que viene desde el sector público a la ciudadanía, “la transparencia de los poderes públicos hace referencia a su visibilidad, y no solo afecta a su funcionamiento o forma de proceder sino también, en su forma más plena, alcanza a buena parte de los contenidos que produce, los cuales, a su vez, usualmente incorporan parte de la información recabada de los ciudadanos”<sup>115</sup>. Pero además, este flujo informativo no solo opera en el doble sentido indicado, “sino también con terceros no directamente afectados pero que participan del interés público de la información cuya obtención se instrumenta, bien a través de la publicidad que ofrece directamente la Administración, o bien mediante la respuesta a su demanda

---

<sup>113</sup> MORETÓN TORQUERO, A. Los límites del derecho de acceso a la información pública. En *Revista Jurídica de Castilla y León*, N° 33, 2014, pp. 1-24, p. 7.

<sup>114</sup> *Ídem*.

<sup>115</sup> *Ídem*.

informativa”<sup>116</sup>.

Solo a modo de ejemplo de las estrechas relaciones que existen entre el derecho de acceso a la información pública y el ejercicio de otros derechos fundamentales, la CIDH ha señalado que el acceso a la información es un supuesto esencial para la concreción del derecho a conocer la verdad que asiste a los familiares de víctimas de gobiernos dictatoriales. La CIDH “ha establecido que en casos de violaciones de derechos humanos, las autoridades estatales no se pueden amparar en mecanismos como el secreto de Estado o la confidencialidad de la información, o en razones de interés público o seguridad nacional, para dejar de aportar la información requerida por las autoridades judiciales o administrativas encargadas de la investigación o proceso pendientes”<sup>117</sup>.

En el curso de la presente investigación, especialmente en el Capítulo II destinado al análisis de las bases constitucionales del derecho de acceso a la información pública en el derecho chileno, tendremos la oportunidad de pronunciarnos más detenidamente en las directas vinculaciones que existen entre este derecho y el resto del sistema de derechos fundamentales.

### **3.- Principales características del derecho de acceso a la información pública**

Partiendo de la base que el derecho de acceso a la información es un derecho fundamental, ya sea derivado de la libertad informativa o bien

---

<sup>116</sup> *Ídem*.

<sup>117</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gomes Lund..., considerando Nº 202. En este mismo sentido: Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988, Caso Kawas Fernández contra Honduras, sentencia de 3 de abril de 2009, entre otros.



considerado éste como un derecho autónomo, su estrecha vinculación con el régimen democrático y los principios integradores del Estado de Derecho y con otros derechos fundamentales, a continuación detallaremos las características propias de este derecho.

#### **a.- Carácter preferente**

Considerando la naturaleza y vinculación del derecho de acceso a la información con el régimen democrático de gobierno y con todos los principios e instituciones que lo consagran, se postula el carácter o más bien una posición preferente de este derecho respecto de otros derechos fundamentales u otros bienes jurídicos. El hecho de gozar de esta posición preferente hace que se reconozca al derecho de acceso a la información una especial consideración a la hora de resolver conflictos entre derechos fundamentales.

Al postular la posición preferente del derecho de acceso a la información pública, tanto considerado en forma autónoma como parte del derecho a la libertad de expresión, no estamos diciendo que se encuentre en una jerarquía superior a la de otros derechos fundamentales, solamente postulamos que atendida su vinculación con el sistema democrático y las finalidades que le son propias, puede prevalecer en un juicio de ponderación<sup>118</sup>.

---

<sup>118</sup> Sobre ponderación de derechos fundamentales existe una prolífica e importante literatura científica. Atendidos los objetivos del presente trabajo de investigación no nos corresponde hacernos cargos de esta línea temática, sin embargo, se recomienda como lectura imprescindible sobre ponderación de derechos: ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed. en castellano, 2007; CARBONELL, M. (ed.) *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador, 2008; BERNAL PULIDO, C. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3ª ed., 2007;

Consideramos que la misma lógica seguida en “New York versus Sullivan” recaída sobre un caso de libertad de expresión es válida para el ejercicio del derecho de acceso a la información pública. Así se debe aceptar “que una afirmación errónea es inevitable en el debate libre y que éste debe ser protegido si la libertad de expresión ha de ser el espacio vital que las personas necesitan para sobrevivir”<sup>119-120</sup>.

A la luz de esta posición preferente el Consejo para la Transparencia (Chile) ha asentado como principio fundamental “que la espera de privacidad del personal que trabaja para la Administración del Estado y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, es más reducida que la del resto de las personas, en virtud, precisamente, de las funciones que éstos ejercen”<sup>121</sup>.

#### **b.- El derecho de acceso a la información pública es un derecho autónomo pero también instrumental**

El derecho de acceso a la información es un derecho instrumental especialmente si se considera a la luz del ejercicio de otros derechos fundamentales. En efecto, “en muchas oportunidades, la información se solicita con la finalidad de alcanzar un correcto ejercicio de otros derechos y

---

VIDAL FUEYO, C. El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2005, pp. 427-447, entre otros.

<sup>119</sup> CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. Caso *The New York Times Company versus L. B. Sullivan*, sentencia de 9 de marzo de 1964.

<sup>120</sup> Para más información en relación a este trascental fallo sobre libertad de expresión véase: BELTRÁN DE FELIPE, M y GONZÁLEZ GARCÍA, J. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 308-322. También recomendamos: BADENI, G. *Doctrina de la real malicia*. Buenos Aires: Academia Nacional de Periodismo, 2005.

<sup>121</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C2094-15, Julio Aguilar Cofré con Municipalidad de Molina, 22/12/2015, considerando N° 5.

obligaciones”<sup>122</sup>. El derecho de acceso a la información guarda una estrecha relación con las libertades informativas, tal como lo hemos sostenido supra, con el derecho a la verdad y a la reparación en relación a las víctimas de violaciones a derechos humanos y otros respecto de los cuales daremos cuenta más adelante.

**c.- Es un derecho que reconoce una doble dimensión, tanto pública como privada**

Tal como enseña LAVALLE COBOS “el derecho de acceso a la información puede ser abordado desde dos perspectivas: como un derecho de naturaleza individual o como un derecho de carácter colectivo, por lo cual es usual que se señale que presenta una naturaleza dual o de doble dimensión. Esto tiene dos implicancias: puede ser ejercitado por personas físicas y también jurídicas, y su aspecto colectivo también hace referencia a la información como bien colectivo, perteneciente a la sociedad entera, y que puede afectar e interesar a un conjunto indeterminado de personas o sectores. Por ejemplo, para la tutela de intereses colectivos, salud, medioambiente, alimentación, por un lado, y, por el otro, la tutela de intereses políticos, la formación de una opinión pública en libertad, la pluralidad de partidos políticos, el control de la actividad gubernamental, etcétera”<sup>123</sup>.

En su dimensión individual el derecho de acceso a la información pública permite potenciar el ámbito de autonomía personal, permitiendo hacer uso de nuevas y mejores herramientas para la adopción de las decisiones que suponen la vida en sociedad. No es posible desconocer la

---

<sup>122</sup> LAVALLE COBO, D. *Derecho de acceso...*, ob. cit., p. 33.

<sup>123</sup> LAVALLE COBO, D. *Derecho de acceso...*, ob. cit., p. 41.

importancia de la concepción individualista del derecho de acceso a la información pública, aunque ésta presenta el problema de que el interés personal en acceder a la información puede resultar incompatible con el interés legítimo de otros en orden a mantener una esfera de reserva e incluso con otros bienes jurídicos como el interés público y la seguridad nacional.

Dado lo anterior, la dimensión colectiva del derecho está llamada a complementar la dimensión individual, puesto que el derecho ya no solo descansa en el valor de la autonomía individual de cada ciudadano sino en los intereses generales que deben ser observados y cuyo respeto nos interesan a todos, como son por ejemplo la democracia como forma de gobierno, la legitimidad del poder, el respeto a los derechos fundamentales, etc.

#### **d.- El derecho de acceso a la información es un derecho fundamental de desarrollo legal**

Para algunos autores el derecho de acceso a la información pública es un derecho de creación legal, sin embargo, nosotros estimamos que este derecho al ser un derecho fundamental no tiene su origen en la ley pero si puede ser desarrollado por la misma, sobre la base de que se trata de un derecho fundamental y que debe respetar ciertas características que honran esta categoría.

En relación a la primera postura, el profesor FERNÁNDEZ RAMOS señala que “la administración tradicional de corte burocrático que hemos heredado se ha caracterizado no tanto por la imposición de una regla general de secreto como por la amplia discrecionalidad de que ha gozado la administración para decidir –en cada caso– acerca de la comunicación de los documentos administrativos, y que se sustentó, de un lado, en la ausencia de

una regla de comportamiento general y objetiva, y, de otro lado, en el deber estatutario de discreción de los empleados públicos, reforzado por una arraigada “cultura del secreto” como instrumento de poder o dominación”<sup>124</sup>.

En el contexto expuesto en forma precedente, se entiende que la instalación del principio de transparencia, la publicidad y el acceso a la información pública no pueden instalarse “mediante una evolución interna del sistema”<sup>125</sup> sino que el cambio debe provenir de la autoridad pública y de su voluntad política. Por lo mismo, “se observa que en todos los países en los que se reconoce el derecho de acceso, su implementación ha sido obra expresa del legislador. Este origen legal se debe, pues, al significado rupturista que presenta el reconocimiento de este derecho, pues cabalmente supone invertir las reglas de comunicación de la información”<sup>126</sup>.

Por su parte, nosotros insistimos en la naturaleza iusfundamental del derecho de acceso a la información pública, pero al igual que otros derechos fundamentales como el derecho a la objeción de conciencia requiere de un desarrollo legislativo que permita hacerlo operativo y lograr compatibilizar en forma objetiva las excepciones a la publicidad. Empero, el desarrollo que haga el legislador del derecho de acceso a la información pública no debe desconocer el carácter de derecho fundamental del mismo, por lo que no puede privarlo de sus atributos esenciales o imponerle requisitos o cargas que obstaculicen o hagan imposible el ejercicio del derecho por parte de sus titulares.

No desconocemos la tremenda trascendencia que tiene este tema en relación con el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, sin

---

<sup>124</sup> FERNÁNDEZ RAMOS S. Algunas proposiciones para..., ob. cit., p. 888.

<sup>125</sup> *Ídem*.

<sup>126</sup> *Ídem*.

embargo profundizar en él sería desviarnos del objetivo final de la presente investigación doctoral, por lo que solamente nos conformaremos con dejar enunciado el problema<sup>127</sup>.

#### **4.- Bases para una adecuada regulación del derecho de acceso a la información pública**

A pesar del eventual reconocimiento constitucional que se haga del derecho de acceso, ya sea en forma expresa o como categoría implícita es fundamental contar, estimamos, con una ley de acceso a la información que establezca con meridiana claridad todo lo relativo a la concreción práctica del mismo, estableciendo principalmente los requisitos que se deben cumplir para su ejercicio y sobretodo las causales que deben concurrir para negarla, bajo el supuesto esencial que este derecho no es absoluto.

En las páginas que siguen nos referiremos a aquellos contenidos mínimos que debe tener una ley de acceso a la información pública para que ella sea coherente con los principios en los cuales se funda y con su naturaleza iusfundamental.

##### **a.- El principio de presunción de publicidad y de máxima divulgación**

Cualquier legislación que reconozca y regule el derecho de acceso a la

---

<sup>127</sup> Respecto de la vinculación del legislador a los derechos fundamentales en el derecho chileno véase: NOGUEIRA ALCALÁ, H. Aspectos de una teoría de los derechos fundamentales: la delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los derechos fundamentales. En *Revista Ius et Praxis*, N° 11 (2), 2005, pp. 15-64. En relación al desarrollo legislativo de los derechos fundamentales en el derecho español véase entre otros: GAVARA DE CARA, J.C. La vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales. En *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 20, 2007, pp. 9-82; GARCÍA ROCA, J. *Cargos públicos representativos. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*. Pamplona: Aranzadi, 1998, pp. 151-188; MEDINA GUERRERO, M. El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales. En *Cuadernos de Derecho Público*, N° 5, 1998, pp. 119-141.

información pública debe descansar sobre la base del principio de presunción de la publicidad. De acuerdo a este principio toda información que se encuentra en poder de los órganos del Estado es pública y por tanto se debe tener acceso a ella por parte de ciudadanos y ciudadanas. Es por ello que “se estima fundamental, que las normas de acceso a la información deben establecer expresamente la aplicación del principio de presunción de publicidad de la información y cabe subrayar que la tipificación legal de lo que se considera información pública constituiría un criterio peligroso que atentaría contra el principio enunciado”<sup>128</sup> y podría transformar en la práctica el derecho en una mera ilusión.

El principio de máxima divulgación “presupone que toda información en poder de las entidades públicas debe estar sujeta a la divulgación, premisa que solo puede superarse cuando hay un riesgo mayor de perjuicio para un interés legítimo público o privado; por virtud de lo anterior, para la doctrina el alcance de este acceso debe ser tan amplio como la gama de información y entidades respectivas, así como los individuos que puedan reclamar el derecho”<sup>129</sup>.

El CJI reconoce en forma expresa que toda información es accesible en principio, por tanto, “el acceso a la información es un derecho humano fundamental que establece que toda persona puede acceder a la información en posesión de órganos públicos, sujeto solo a un régimen limitado de excepciones, acordes con una sociedad democrática y proporcionales al interés que los justifica”<sup>130</sup>.

---

<sup>128</sup> LAVALLE COBO, D. *Derecho de acceso...*, ob. cit., p. 10.

<sup>129</sup> SANZ SALGUERO, F.J. Relación entre la protección de los datos y el derecho de acceso a la información pública dentro del marco del derecho comparado. En *Revista Ius et Praxis*, N° 1, 2016, pp. 323-376, p. 332.

<sup>130</sup> COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. *Principios sobre el derecho de acceso a la información*, CJI/RES. 147 (LXXIII-O/08), 73º Período Ordinario de Sesiones, Río de Janeiro,

Por ejemplo, el 6 de la ley mexicana dispone que en la interpretación de esta Ley y su Reglamento se “deberá favorecer el principio de máxima publicidad y disponibilidad de la información en posesión de los sujetos obligados”. Esta norma interpretativa es una consecuencia directa de este principio de presunción de publicidad.

Por otro lado, consideramos que la regulación del derecho de acceso a la información pública tampoco debe desconocer que no solo el Estado tiene en su poder este tipo de información, también privados que prestan servicios públicos o reciben recursos financieros públicos. Por ejemplo una empresa eléctrica o una universidad privada que reciba fondos públicos.

Por su parte, “el principio de máxima divulgación ordena diseñar un régimen jurídico en el cual la transparencia y el derecho de acceso a la información sean la regla general sometida a estrictas y limitadas excepciones”<sup>131</sup>. En este mismo sentido la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información del año 2010 dispone “que el derecho de acceso a la información está basado en el principio de máxima divulgación de la información” y “que las excepciones al derecho de acceso a la información deberán ser clara y específicamente establecidas por la ley”.

Del principio de presunción de publicidad y de máxima divulgación se derivan consecuencias muy importantes. Así (-) el derecho de acceso a la información debe estar sometido a un régimen limitado de excepciones, el

---

Brasil, 7 de agosto de 2008.

<sup>131</sup> RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. *El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009, p. 3. Disponible en: <http://www.cidh.org/pdf%20files/RELEacceso.pdf> (consulta 24/12/2015).



cual debe ser interpretado de manera restrictiva, de forma tal que se favorezca un efectivo ejercicio del derecho; (-) toda decisión negativa debe ser motivada y, en este sentido, corresponde al Estado la carga de probar que la información no puede ser relevada; y (-) ante una duda o vacío legal, debe primar siempre el derecho de acceso<sup>132</sup>.

### **b.- Una legitimación activa amplia**

Respecto a la legitimación activa para ejercer el derecho de acceso a la información pública existen diversas posibilidades. En un sentido restringido el derecho se reconoce a aquellos ciudadanos que demuestren tener un interés legítimo en relación con la información solicitada; en un sentido menos amplio, se puede reconocer el derecho de acceso a cualquier ciudadano aunque no tenga un interés legítimo que le justifique tomar conocimiento de la información requerida; y, en un sentido amplio, se entiende que la legitimación activa para requerir información pública la tiene cualquier persona, sea o no ciudadana y tenga o no interés legítimo y directo en la cuestión.

A la hora de optar por algunas de las alternativas que acabamos de señalar resulta obvio considerar que “si la transparencia es una de las estrategias más eficaces de control del gobierno por parte de la ciudadanía, no puede ser el mismo gobierno el que decida si brinda la información evaluando en cada caso si existen buenas razones para que un ciudadano requiera información”<sup>133</sup>.

Una caso paradigmático que ejemplifica la importancia de reconocer

---

<sup>132</sup> *Ídem*.

<sup>133</sup> SABA, R. El derecho de..., ob. cit., p. 169.

la titularidad del derecho de acceso a la información pública en un sentido amplio fue la solicitud de información relativa al avance de ampliación de salones de clases de un alumno de educación básica (preparatoria) de nueve años de edad al alcalde de su ciudad. Ante la negativa del alcalde de entregar la información solicitada el estudiante recurre al Consejo para la Transparencia en virtud de la ley chilena, órgano que acoge a tramitación el requerimiento, aunque con posterioridad la autoridad requerida entrega la información antes de la resolución del Consejo, el que de todas maneras acepta el desistimiento formulado por el niño a través de su representante legal<sup>134</sup>.

El Convenio del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos también adhiere a una titularidad amplia del derecho de acceso al indicar en su artículo 2.1 que cada Estado parte “garantizará el derecho de cualquiera, sin discriminación de ningún tipo a acceder, bajo petición, a los documentos públicos en posesión de las autoridades públicas”.

Por su parte, la AG/OEA, en las “*Recomendaciones sobre acceso a la información*”<sup>135</sup> emitidas en abril de 2008 sostuvo que “en el caso de acceso a la información, toda persona es titular de éste por tratarse de un derecho humano, independientemente, por ejemplo de su condición migratoria o cualquier otra distinción”. Esta misma amplitud “exige que no se le requiera a la persona solicitante acreditar un interés directo o una afectación personal para la obtención de la información requerida”.

---

<sup>134</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Darío Cerda Avaria con Municipalidad de Taltal, Decisión de amparo N° C266-10, 4 de junio de 2010.

<sup>135</sup> ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA). Resolución AG/RES.2288 (XXXVII-O/07), aprobada en sesión de 21<sup>a</sup> de abril de 2008, sobre “*Recomendaciones sobre acceso a la información*”.

### **c.- Ausencia de motivación**

Consideramos que una adecuada regulación del derecho de acceso a la información pública debe reconocer la ausencia de la necesidad por parte de ciudadano de motivar la solicitud de acceso. Si entendemos que el acceso a la información que obra en poder de la autoridad estatal es un derecho fundamental su ejercicio no tiene que ser motivado. Es más, la exigencia de motivación podría dar lugar a una facultad de ponderación por parte de la autoridad en orden a decidir si la información se entrega o no, en el sentido que ésta podría estimar que la motivación esgrimida por el ciudadano no es lo suficientemente poderosa como para justificar la entrega solicitada.

### **d.- Amplitud de la información que se puede solicitar y no solo la que se encuentra en la Administración del Estado**

Este punto es de particular relevancia para entender el sentido y alcance del derecho de acceso, puesto que no son pocos los casos en que la legitimación pasiva en este derecho solo se extiende a los órganos de la Administración del Estado. Es más, la regla general es que los diversos ordenamientos que han legislado sobre el derecho de acceso a la información, como es el caso chileno, solamente lo extiendan, en su faz pasiva, a la función administrativa del Estado. Sin embargo, consideramos que una correcta regulación del derecho impone hacerlo extensivo a todos los órganos del Estado e incluso a aquellos privados que manejen recursos públicos (por ejemplo una universidad privada) y/o presten servicios públicos (por ejemplo una compañía eléctrica). El ejercicio del poder no solo lo lleva a cabo la Administración del Estado por lo que no es aceptable que

solo ésta este en principio obligada a entregar información a requerimiento ciudadano. La actividad de control es uno de los supuestos básicos del concepto de Estado de Derecho y no se puede resolver ni reducir éste a un Estado de Justicia Administrativa, dice el profesor CASCAJO<sup>136</sup>.

La doctrina especializada es partidaria más bien de esta legitimación pasiva amplia. Es así como la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA ha sido categórica al indicar “que el derecho de acceso a la información genera obligaciones para todas las autoridades públicas de todas las ramas del poder y de los órganos autónomos, de todos los niveles de gobierno”<sup>137</sup>.

Pero además, sostiene este órgano internacional que “este derecho también vincula a quienes cumplen funciones públicas, presten servicios públicos o ejecuten, en nombre del Estado, recursos públicos”<sup>138</sup>.

En esta misma dirección, algunos años atrás la AG/OEA en el documento denominado “*Recomendaciones sobre Acceso a la Información*” señalaba que la legitimación pasiva de entrega de la información debe ser amplia y ella “implica que el deber de otorgar la información requerida debe abarcar todo tipo de órganos y autoridades públicas. Además, en este punto se debe tener en cuenta que para la verdadera existencia de un derecho de acceso a la información amplio también las empresas privadas, los organismos internacionales, las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales que presten servicios públicos, utilicen fondos públicos o

---

<sup>136</sup> CASCAJO CASTRO, J.L. Consideraciones sobre el Estado de Derecho. En *Revista de Estudios Públicos*, Nº 189, 1973, pp. 81-100, p. 84.

<sup>137</sup> RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. *El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2012, p. 7.

<sup>138</sup> *Ídem*.

manejen información de interés público deben responder a las solicitudes de información y hacer de los principios de publicidad y transparencia materia corriente de su actuar”<sup>139</sup>.

El Comité Jurídico Interamericano en sus “*Principios sobre el Derecho de Acceso a la Información*” ha indicado que “el derecho de acceso a la información se extiende a todos los órganos públicos en todos los niveles de gobierno, incluyendo a los pertenecientes al poder ejecutivo, al legislativo y al poder judicial, a los órganos creados por las constituciones y otras leyes, órganos de propiedad o controlados por el gobierno, y organizaciones que operan con fondos públicos o que desarrollan funciones públicas”<sup>140</sup>.

Reflejando lo anterior, la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública<sup>141</sup>, emanada de la AG/OEA en el año 2010 reconoce en forma expresa “que el derecho de acceso a la información se aplica en sentido amplio a toda la información en posesión de órganos públicos, incluyendo toda información controlada y archivada en cualquier formato o medio”. Es más, el mismo documento recién aludido en su sección de “Alcance y finalidad” refuerza esta idea de amplitud al señalar que “la presente ley se aplica a toda autoridad pública perteneciente a todas las ramas del Gobierno (Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial) y en todos los niveles de la estructura gubernamental interna (central o federal, regional, provincial o municipal); se aplica también a los órganos, organismos o

---

<sup>139</sup> ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA). Resolución AG/RES.2288 (XXXVII-O/07), aprobada en sesión de 21<sup>a</sup> de abril de 2008, sobre “*Recomendaciones sobre acceso a la información*”.

<sup>140</sup> COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. *Principios sobre el derecho de acceso a la información*, CJI/RES.147 (LXXXIII-O/08), de 07/08/2008, 73<sup>o</sup> Período Ordinario de Sesiones, 4 al 14 de agosto de 2008, Río de Janeiro, Brasil

<sup>141</sup> ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA). Resolución AG/RES.2607 (XL-O/10), aprobada en la 4<sup>a</sup> sesión plenaria de 8 de junio de 2010, “*Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública*”.

entidades independientes o autónomos de propiedad del Gobierno o controlados por el mismo, bien actuando por facultades otorgadas por la Constitución o por otras leyes, y se aplica asimismo a las organizaciones privadas que reciben fondos o beneficios públicos sustanciales (directa o indirectamente) o que desempeñan funciones y servicios públicos, pero solamente con respecto a los fondos o beneficios públicos recibidos o a las funciones y servicios públicos desempeñados. Todos estos órganos deberán tener su información disponible de acuerdo con lo previsto en la presente ley”.

Concordamos plenamente con lo expresado en la “Declaración de Atlanta y plan de acción para el avance del derecho de acceso a la información”<sup>142</sup> donde se manifiesta que el derecho de acceso a la información “también se aplica a actores no estatales: que reciban fondos o beneficios públicos (directa o indirectamente); lleven a cabo funciones públicas, como el suministro de servicios públicos, exploten recursos públicos, incluyendo los recursos naturales”, incluso, en este mismo instrumento se dice que “cualquier persona debería tener el derecho de acceso a la información en poder de las grandes corporaciones con fines de lucro, cuando dicha información sea necesaria para el ejercicio o la protección de algún derecho humano, de acuerdo con la Declaración Universal de los Derechos Humanos”.

Por su parte, el Convenio del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos, reconoce una relativa amplitud en la medida que dispone que para los efectos de dicho instrumento se entiende por

---

<sup>142</sup> CENTRO CARTER. *Declaración de Atlanta y plan de acción para el avance del derecho de acceso a la información*. Atlanta: Georgia, 27 al 29 de febrero de 2008. Disponible en [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso\\_a\\_la\\_informacion\\_recomendaciones\\_de\\_politicas\\_declaracion\\_de\\_atlanta.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso_a_la_informacion_recomendaciones_de_politicas_declaracion_de_atlanta.pdf) (consulta 24/12/2015).

“autoridades públicas” o sujeto pasivo del derecho, a lo menos, a el gobierno y administración a nivel nacional, regional y local; los organismos legislativos y autoridades judiciales, en cuanto realizan funciones administrativas según la normativa nacional propia; las personas naturales o jurídicas cuando ejercer como una autoridad administrativa. Empero, cada Estado al momento de la firma o al depositar su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, mediante una declaración enviada al Secretario General del Consejo de Europa puede ampliar el concepto de autoridad pública, haciendo comprender en él a organismos legislativos en lo que concierne al resto de sus actividades; autoridades judiciales en lo que concierne al resto de sus actividades y a personas naturales o jurídicas que realizan funciones públicas o actúan financiadas con fondos públicos, según la normativa nacional propia<sup>143</sup>.

#### **e.- Acceso a las copias en cualquier soporte**

En estricta relación con el principio de facilitación de entrega de la información pública, una adecuada regulación del derecho de acceso a la información pública debe extenderse a cualquier soporte o formato en que la información se encuentre contenida, ya sea impresa como electrónica. Es más, en la actualidad con la incorporación de los medios tecnológicos al ejercicio de la función pública cada vez se hace más usual encontrar información pública almacenada en bases de datos que obran en poder de los órganos del Estado.

Incluso, en forma aún más intensa, consideramos que esta característica se extiende a la información contenida en correos electrónicos.

---

<sup>143</sup> CONSEJO DE EUROPA. Convenio Núm. 205, art. 1.2.

Más adelante, en el desarrollo de la presente investigación volveremos sobre este punto al analizar el razonamiento utilizado por el Consejo para la Transparencia en Chile para ordenar la entrega de información contenida en *E-mail* de autoridades administrativas.

En el documento que contiene los “*Principios sobre el derecho de acceso a la información*” redactado por el Comité Jurídico Interamericano se declara que “el derecho de acceso a la información se refiere a toda información significativa, cuya definición debe ser amplia, incluyendo toda la que es controlada y archivada en cualquier formato o medio”.

**f.- Un procedimiento claro y preciso, con plazos breves. Ausencia de discriminación**

En otras palabras, el reconocimiento del derecho de acceso a la información pública debe realizarse a la luz del principio de facilitación, puesto que en caso alguno sería tolerable reconocer el derecho y obstaculizar al mismo tiempo su ejercicio. Dentro de este contexto, el procedimiento por el que el ciudadano ejerce su derecho debe ser razonable, claro y preciso y con plazos breves que no hagan ilusorio el derecho. La Ley Interamericana sobre Acceso a la información Pública, en su preámbulo, en forma categórica indica que “el proceso para solicitar información deberá regirse por reglas justas y no discriminatorias que establezcan plazos claros y razonables, que provean de asistencia para aquel que solicite la información, que aseguren el acceso gratuito o con un costo que no exceda el costo de reproducción de los documentos y que impongan a los órganos públicos la justificación del rechazo a una solicitud de acceso dando las razones específicas de la negativa”.



Dentro de este mismo esquema, y también a la luz del principio de facilitación que debe informar cualquier regulación que se haga del derecho de acceso a la información “la carga de la prueba para justificar cualquier negativa de acceso a la información debe recaer en el órgano al cual la información fue solicitada”<sup>144</sup> y no en el ciudadano que requiere la información.

### **g.- Taxatividad en las causales que permitan denegar la información solicitada**

Una regulación sobre acceso a la información pública debe partir de un supuesto intransable: la regla general es la publicidad y que la excepción es la reserva o secreto. “Esto implica que el secreto es siempre una materia de derecho estricto y, en consecuencia, requiere ser establecido mediante norma expresa, su interpretación debe ser restringida y no procede la analogía como mecanismo de integración de normas en caso de lagunas de secreto”<sup>145</sup>.

Sobre este punto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido catagórico en señalar, a propósito de la entrega de información requerida a la Comisión de las Comunidades Europeas, que es procedente “recordar que las excepciones en el acceso a los documentos deben interpretarse y aplicarse restrictivamente, de modo de que no se frustre la aplicación del principio general consistente en otorgar al público el máximo acceso posible a los documentos que obran en poder de la Comisión”<sup>146</sup>.

---

<sup>144</sup> COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. *Principios sobre el derecho de acceso a la información*, CJI/RES.147 (LXXXIII-O/08), de 07/08/2008, 73º Período Ordinario de Sesiones, 4 al 14 de agosto de 2008, Río de Janeiro, Brasil.

<sup>145</sup> CONTRERAS VÁSQUEZ, P. *Secretos de Estado...*, ob. cit., p. 9.

<sup>146</sup> TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Petrie y otros con Comisión de las Comunidades Europeas*. Sentencia de 1ª instancia, Sala cuarta ampliada, de 11/12/2012,

Además, las causales de reserva o secreto deben quedar entregadas exclusivamente al legislador (en este caso debe aplicarse en forma estricta el principio de reserva legal) o a la Constitución. Pero no basta con este solo requisito, pues las causales de reserva o secreto establecidas en la ley deben responder a razones específicas que impidan legislar en orden a restringir el ejercicio del derecho. En efecto, la tentación de actuar resguardado bajo un manto que impida la visibilidad de las acciones siempre estará presente en quienes ejercen poder (posiblemente uno de las consecuencias directas del ejercicio de la soberanía), por ello las causales de reserva o secreto deben estar justificadas solamente en el principio democrático y en los derechos de las personas. Por lo mismo resulta esencial encontrar el fundamento del derecho de acceso a la información en la Constitución, de tal manera que si una ley no cumple con los estándares establecidos en la Carta Fundamental no sería válida por adolecer de un vicio de constitucionalidad.

Así por ejemplo, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental de México<sup>147</sup> establece en su Capítulo III la información que es calificada como información reservada y confidencial contemplando algunas disposiciones que a nuestro entender no cumplen con un adecuado estándar de eficiencia para este tipo de legislaciones. Es así como en el artículo 14 de la ley se señala que es información reservada “la que por disposición expresa de una ley sea considerada confidencial, reservada, comercial reservada o gubernamental confidencial”. Como se puede apreciar se entrega de una manera bastante laxa al legislador la determinación de la causal respectiva<sup>148</sup>.

---

asunt T 191/99, fundamento 66.

<sup>147</sup> Publicada en el Diario Oficial de 11 de junio de 2002, reformada por ley de 14 de julio de 2014.

<sup>148</sup> En todo caso, a pesar de la forma en que está redactada la causal aludida, de todas

En cambio en la Ley General de Libre Acceso a la Información Pública, N° 200-04 de República Dominicana<sup>149</sup> establece en forma taxativa las causales de reserva en su artículo 17 donde se dispone que “se establecen con carácter taxativo las siguientes limitaciones y excepciones a la obligación de informar del Estado y de las instituciones indicadas en el artículo 1 de la presente ley...”<sup>150</sup>.

---

maneras, en virtud de una interpretación sistémica del ordenamiento mexicano, es dable concluir que esta ley debe siempre cumplir el estándar de exigencia constitucional. Así, el Artículo 6º, A, de la Constitución Federal Mexicana establece: Para el ejercicio del derecho de acceso a la información, la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, se regirán por los siguientes principios y bases: I.- Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como de cualquier persona física, moral o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad en el ámbito federal, estatal y municipal, es pública y solo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público y seguridad nacional, en los términos que fijen las leyes. En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad. Los sujetos obligados deberán documentar todo acto que derive del ejercicio de sus facultades, competencias o funciones, la ley determinará los supuestos específicos bajo los cuales procederá la declaración de inexistencia de la información. 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.

<sup>149</sup> Publicada en la Gaceta Oficial de 28 de Julio de 2004.

<sup>150</sup> Las excepciones dicen relación con: : a) información vinculada con la defensa o la seguridad del Estado, que hubiera sido clasificada como "reservada" por ley o por decreto del Poder Ejecutivo, o cuando pueda afectar las relaciones internacionales del país; b) cuando la entrega extemporánea de la información pueda afectar el éxito de una medida de carácter público; c) cuando se trate de información que pudiera afectar el funcionamiento del sistema bancario o financiero; d) cuando la entrega de dicha información pueda comprometer la estrategia procesal preparada por la administración en el trámite de una causa judicial o el deber de sigilo que debe guardar el abogado o el funcionario que ejerza la representación del Estado respecto de los intereses de su representación; e) información clasificada "secreta" en resguardo de estrategias y proyectos científico, tecnológicos, de comunicaciones, industriales, o financieros y cuya revelación pueda perjudicar el interés nacional; f) información cuya difusión pudiera perjudicar estrategia del Estado en procedimientos de investigación administrativa; g) cuando se trate de informaciones cuyo conocimiento pueda lesionar el principio de igualdad entre los oferentes, o información definida en los pliegos de condiciones como de acceso confidencial, en los términos de la legislación nacional sobre contratación administrativa y disposiciones complementarias; h) cuando se trate de informaciones referidas a consejos, recomendaciones u opiniones

El artículo 17 es complementado con las disposiciones contenidas en el artículo 18 por medio del cual se señala que la solicitud de acceso a la información realizada por los interesados también podrá ser rechazada cuando pueda afectar intereses y derechos privados preponderantes, entiendo la misma disposición, que se entenderá que concurre esta circunstancia en los siguientes casos: i) cuando se trate de datos personales cuya publicidad pudiera significar una invasión de la privacidad personal. No obstante, la Administración podría entregar estos datos e informaciones si en la petitoria el solicitante logra demostrar que esta información es de interés público y que coadyuvará a la dilucidación de una investigación en curso en manos de algún otro órgano de la administración pública; ii) cuando el acceso a la información solicitada pueda afectar el derecho a la propiedad intelectual, en especial derechos de autor de un ciudadano; y iii) cuando se trate de datos personales, los mismos deben entregarse solo cuando haya constancia expresa, inequívoca, de que el afectado consiente en la entrega de dichos datos o cuando una ley obliga a su publicación.

En estricta concordancia con lo afirmado, el Convenio del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos en su artículo 3 establece la

---

producidas como parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno. Una vez que la decisión gubernamental ha sido tomada, esta excepción específica cesa si la administración opta por hacer referencia, en forma expresa, a dichos consejos, recomendaciones u opiniones; i) cuando se trate de secretos comerciales, industriales, científicos o técnicos, propiedad de particulares o del Estado, o información industrial, comercial reservada o confidencial de terceros que la administración haya recibido en razón de un trámite o gestión instada para obtener algún permiso, autorización o cualquier otro trámite y haya sido entregada con ese único fin, cuya revelación pueda causar perjuicios económicos; j) información sobre la cual no se pueda vulnerar el secreto impuesto por leyes o decisiones judiciales o administrativas en casos particulares; k) información cuya divulgación pueda dañar o afectar el derecho a la intimidad de las personas o poner en riesgo su vida o su seguridad; l) información cuya publicidad pusiera en riesgo la salud y la seguridad pública, el medio ambiente y el interés público en general”.

posibilidad de poner límites al acceso a la información en la medida que estos límites estén previsto en la ley, sean necesario en una sociedad democrática y persigan objetivos específicos como son la seguridad nacional, la defensa y las relaciones internacionales, la seguridad pública, la prevención, la investigación y el procesamiento de actividades criminales, las investigaciones disciplinarias, la inspección, control y supervisión por autoridades públicas, la intimidad y otros intereses privados legítimos, los intereses económicos y comerciales, las políticas estatales de cambio de moneda, monetarias y económicas, la igualdad de las partes en los procedimientos judiciales y la administración eficaz de la justicia, el medio ambiente o las deliberaciones dentro o entre autoridades públicas en lo referente al examen de un asunto.

“De esta manera, los estrictos requisitos para que el Estado pueda acreditar una limitación legítima suponen un punto de inflexión para evitar la arbitrariedad que implica en la práctica que las decisiones de las razones por las cuales se niegue la información se encuentre en manos del Estado y de cada una de las autoridades a la que se recurra en procura de la misma”<sup>151</sup>.

A modo de conclusión sobre este punto, y sin perjuicio del debate que pueda suscitarse en relación con la procedencia o no de ciertos criterios que justifican la reserva o secreto, debemos señalar que estas causales deben estar establecidas por la ley y ésta debe adoptarlas en base a fundamentos restringidos que justifiquen y hagan razonable su imposición.

---

<sup>151</sup> ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA). Resolución AG/RES.2288 (XXXVII-O/07), aprobada en sesión de 21 de abril de 2008, sobre “Recomendaciones sobre acceso a la información”.

## **h.- Sanciones eficaces para quien vulnere el derecho**

El derecho de acceso a la información se inserta, en la mayoría de los sistemas político-jurídicos en el que opera, en un contexto de rechazo casi natural a la transparencia, es más, su consagración persigue justamente, entre otras finalidades, contribuir al establecimiento y fortalecimiento de una cultura que permita desterrar el secretismo en el ejercicio de la función pública, por lo mismo, la positivización de sanciones efectivas a los funcionarios que injustificadamente se niegan a entregar la información debidamente solicitada se torna totalmente necesaria para la efectiva operatividad del derecho.

La Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública en su preámbulo establece que “toda persona que intencionalmente niegue u obstruya el acceso a la información violando las reglas establecidas en la presente ley deberá estar sujeta a sanción”.

En cuanto a la naturaleza y la magnitud de las sanciones, éstas serán determinadas por cada ordenamiento jurídico en particular, aunque resulta imprescindible que sean lo suficientemente graves como para que, por un lado, se pueda establecer un desincentivo a la transgresión del derecho y por otro, se haga efectiva en forma eficiente la responsabilidad del funcionario infractor.

### **i.- Recurso jurisdiccional efectivo ante la negativa de entrega de la información**

Dentro del marco de un justo y racional procedimiento que debe informar el debido proceso la existencia de mecanismos de impugnación o recursos, ya sea en sede administrativa o jurisdiccional también constituyen un requisito esencial de cualquier regulación del derecho de acceso a la información pública. Si la decisión final de entregar o no la información pública solicitada, estuviese entregada al órgano público requerido, el derecho operativamente sería insulso. El preámbulo de Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública dispone que “toda persona deberá tener derecho de recurrir cualquier negativa u obstrucción al acceso a la información ante una instancia administrativa y de apelar las decisiones de este órgano administrativo ante los tribunales de justicia”.

### **j.- Mecanismos de seguimiento idóneos para verificar el cumplimiento de la normativa que reconoce el derecho de acceso a la información pública**

Cualquier buena regulación del derecho de acceso a la información debe prever mecanismos que permitan a la autoridad encargada de velar por el cumplimiento de su normativa llevar a cabo un seguimiento de la manera como los sujetos pasivos de la misma se encuentran actuando en relación a la misma.

Este seguimiento permite entre otras cosas, hacer efectivas las sanciones y responsabilidades que correspondan ante una eventual vulneración de las disposiciones legales respectivas y por otro, lograr una permanente retroalimentación que permita ir mejorando y perfeccionando el

sistema de acceso a la información, así como ir desterrando malas prácticas y socializando las buenas para hacer más efectivo el ejercicio del derecho y acercarse cada vez más a instalar una verdadera cultura de la transparencia.

A modo de ejemplo, la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública impone a las distintas autoridades públicas sujetas a la ley presentar al órgano encargado de su implementación un informe anual que a lo menos deberá contener: el número de solicitudes de información recibidas, concedidas en su totalidad o en parte, y de las solicitudes denegadas; qué secciones de la ley fueron invocadas para denegar, en su totalidad o en parte, las solicitudes de información y con qué frecuencia fueron invocadas; apelaciones interpuestas contra la negativa a comunicar información; sus actividades tendentes a publicar información; sus actividades destinadas al mantenimiento de documentos; las actividades realizadas a funcionarios públicos con el objeto de capacitarlos; información sobre el número de solicitudes respondidas dentro de los plazos legales; información sobre el número de solicitudes respondidas fuera de los plazos establecidos por la ley, incluyendo las estadísticas de cualquier demora en la contestación; y cualquier otra información que sea útil para los efectos de evaluar el cumplimiento de la ley por parte de las autoridades públicas.

Por otro lado, el órgano encargado de velar para el cumplimiento de la normativa de acceso a la información, en el caso de la Ley Modelo, la Comisión de la Información, sostiene el artículo 63.2, “deberá presentar informes anuales sobre la operación de la Comisión y el funcionamiento de la ley. Este informe incluirá al menos toda información que reciba de las autoridades públicas en cumplimiento del derecho de acceso, el número de apelaciones presentadas ante la Comisión, incluyendo un desglose del número de apelaciones provenientes de las diversas autoridades públicas y



los resultados y el estado de las mismas”.

Finalmente, la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública impone en su artículo 67 al Poder Legislativo monitorear la operación de la ley con el objetivo de determinar si es necesario modificarla para garantizar que toda autoridad pública cumpla con el texto y el espíritu de la ley y para garantizar que el gobierno sea transparente, permanezca abierto y accesible a sus ciudadanos y cumpla con el derecho fundamental de acceso a la información.

#### **k.- Existencia de un órgano autónomo e independiente encargado de velar por el cumplimiento de la normativa de acceso a la información**

Esta exigencia resulta fundamental en cualquier sistema político-jurídico que quiera avanzar seriamente en estas materias. Sin un órgano dotado de estas características el derecho de acceso a la información terminará en definitiva siendo avasallado por intereses político-partidistas del gobierno de turno.

La Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública propone la creación de una “Comisión de Información”<sup>152</sup> que estará encargada de “la promoción de la efectiva implementación de esta ley”. Esta Comisión “deberá tener personalidad jurídica completa, incluyendo poderes para adquirir y disponer de propiedad y el poder de demandar y ser demandada”, además a este órgano se le debe reconocer “autonomía operativa, de presupuesto y de decisión” y corresponderá al Poder Legislativo “aprobar el presupuesto de la Comisión de Información, el que

---

<sup>152</sup> En el caso chileno el Consejo para la Transparencia, en el caso mexicano el Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos (IFAI).

deberá ser suficiente para que la Comisión de Información pueda cumplir con sus facultades de manera adecuada”.

Por su parte los integrantes de este órgano deberán ser designados en forma transparente, con intervención tanto del ejecutivo como del legislativo, en un proceso en que previamente se dé la instancia de escuchar a las organizaciones civiles y ciudadanas. “A fin de aumentar la confianza ciudadana en la institución, es preferible que tanto el ejecutivo como la legislatura participen en el proceso de selección; que cualquier decisión de la legislatura sea por una mayoría calificada suficiente para garantizar el apoyo bipartidista o multipartidista (ej.: 60% o dos tercios); que el público tenga la oportunidad de participar en el proceso de nominación, y que el proceso sea transparente”<sup>153</sup>.

Finalmente, los miembros de este organismo deben percibir una remuneración que les permita dedicarse a tiempo completo a esta función, ser inamovibles por razones políticas y no reelegibles para otro período como garantía de mantención de la necesaria independencia que un cargo de esta naturaleza requiere.

## **I.- Establecimiento de medidas integrales que refuercen la efectividad del derecho de acceso a la información y la transparencia**

Si bien la consagración expresa en texto positivo del derecho de acceso a la información pública resulta fundamental para la operatividad del derecho, lo mismo que la existencia de un órgano autónomo e independiente

---

<sup>153</sup> ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA). Resolución AG/RES.2607 (XL-O/10), aprobada en la 4ª sesión plenaria de 8 de junio de 2010, “*Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública*”.

que resuelva la entrega así como la consagración de recursos administrativos o jurisdiccionales para el evento de negativa, no se puede desconocer que es posible lograr una mayor efectividad en su ejercicio y con ello acercarse más a la formación de una verdadera cultura de transparencia, mediante de otras medidas complementarias como son la educación, la socialización de la ley, la capacitación de funcionarios, etc.

Por lo mismo consideramos que cualquier ley sobre el derecho de acceso a la información pública debe prever estos mecanismos complementarios a fin de abordar de manera integral y sistémica esta regulación. Los *Principios sobre el derecho de acceso a la información* elaborados por el CJI señalan que “deben adoptarse medidas para promover, implementar y asegurar el derecho de acceso a la información incluyendo la creación y mantenimiento de archivos públicos de manera seria y profesional, la capacitación y entrenamiento de funcionarios públicos, la implementación de programas para aumentar la importancia en el público de este derecho, el mejoramiento de los sistemas de administración y manejo de la información, y la divulgación de medidas que han tomado los órganos públicos para implementar el derecho de acceso a la información, inclusive en relación al procesamiento de solicitudes de información”.

#### **5.- La reserva o secreto como excepción a la regla general del acceso a la información pública**

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española la palabra secreto tiene varias acepciones. Así ella da cuenta de “*una cosa que cuidadosamente se tiene reservada y oculta*”, de una actitud de “*reserva o sigilo*”, etc. Sin embargo, cuando nosotros pensamos en la palabra secreto para los efectos de la presente investigación estamos pensando en la

información que dentro de un régimen democrático resulta legítimo reservar al Estado.

La transparencia, la publicidad y el acceso a la información pública los debemos entender en el contexto del sistema democrático. En palabras del profesor REVENGA SÁNCHEZ los secretos de Estado o en general (para los efectos de este trabajo) las causales de reserva o secreto que permitan legítimamente no entregar información pública solicitada, “solo plantean problemas de no fácil solución en el contexto de las sociedades que, a falta de mejor nombre, podemos llamar «abiertas» y cuyos sistemas políticos responden a las notas mínimas de las organizaciones democráticas”<sup>154</sup>.

Ahora bien, “la democracia, precisamente en cuanto se sitúa en la esfera de la política, esto es, de la cosa pública, tendría como regla general la transparencia, el principio de publicidad, y solo de modo excepcional puede dar cabida el secreto, mientras que el secreto sería la regla en el orden de lo privado”<sup>155</sup>. En efecto, en los sistemas democráticos el secreto de Estado debe necesariamente ser considerado como una “categoría sospechosa, asediada por cautelas procedimentales y donde la carga de la prueba del carácter legítimo del secreto recaiga sobre quien lo invoca”<sup>156</sup>.

Tal como sostiene de LUCAS MARTÍN, “la conclusión parece evidente: no hay representación real, ni representación posible, ni, en definitiva, legitimidad democrática, sin principio de publicidad, porque, por otra parte, no hay control donde no hay transparencia, y sin control eficaz del poder no

---

<sup>154</sup> REVENGA SÁNCHEZ, M. El control de los secretos de Estado. En *Jueces para la Democracia*, N° 25, 1996, pp. 20-25, p. 20.

<sup>155</sup> DE LUCAS MARTÍN, J. Democracia y transparencia. Sobre poder, secreto y publicidad. En *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo VII, 1990, pp. 131-145, p. 134.

<sup>156</sup> REVENGA SÁNCHEZ, M. El control de..., ob. cit., p. 20.

cabe la democracia”<sup>157</sup>.

Podemos concluir que “la generalidad en democracia es que el acceso a la información sea libre, pero es preciso aclarar que este acceso a las fuentes puede verse restringido excepcionalmente en determinadas circunstancias. Por tanto, el derecho a la información se configura como un derecho fundamental no absoluto”<sup>158</sup>.

Ha dicho el Tribunal Constitucional chileno que “el carácter reservado o secreto de un asunto no es algo en sí mismo perverso, reprochable o susceptible de sospecha. La Constitución contempla la posibilidad de que la ley directamente o la Administración, sobre la base de ciertas causales legales específicas, declare algo como secreto o reservado”<sup>159</sup>. En otras palabras, “no se trata de descalificar el secreto en la esfera de lo público como algo incompatible con la razón democrática”<sup>160</sup> dice el profesor REVENGA, por lo mismo, tanto el secreto de Estado como las otras causales de reserva, solo pueden ser toleradas cuando concurren “en términos rigurosamente excepcionales y vinculados a la defensa de un manifiesto interés público”<sup>161</sup>.

“El carácter secreto o reservado de un acto, de un documento, de un fundamento, no es inmunidad ni ausencia de control. Existen otras formas de

---

<sup>157</sup> DE LUCAS MARTÍN, J. Democracia y transparencia..., ob. cit., pp. 134-135.

<sup>158</sup> TORRES VENTOSA, J. La regulación legal de los secretos oficiales. En *Anuario de la Facultad de Derecho* (Universidad de Extremadura), N° 16, 1998, pp. 357-388, p. 364.

<sup>159</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del inciso segundo, del artículo 5° de la Ley N° 20.285, de 2008, sobre Acceso a la Información Pública, en los autos sobre reclamo de ilegalidad caratulados «Subsecretaría Interior con Consejo para la Transparencia», Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 6704-2011, Rol 2153-2012, considerando N° 26, sentencia de 11/09/2012.

<sup>160</sup> REVENGA SÁNCHEZ, M. Razonamiento judicial, seguridad nacional y secreto de Estado. En *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 18, N° 53, 1998, pp. 57-64, p. 60.

<sup>161</sup> *Ídem*.

fiscalización, como son el procedimiento administrativo, los recursos administrativos, el ejercicio de las potestades de la Contraloría General de la República, el debate en el Congreso Nacional, etc.”<sup>162</sup>. En esta misma línea argumentativa, resulta esclarecedora la advertencia que plantea el profesor REVENGA SÁNCHEZ, con ocasión al control judicial del secreto de Estado en el seno de las sociedades democráticas y que resulta por lo demás plenamente aplicable a cualquier causal de reserva o límite a la publicidad de los actos del Estado o al ejercicio del derecho de acceso a la información pública, a saber: “el secreto de Estado no puede alzarse como una barrera que impida al Poder Judicial asomarse a ámbito alguno del espacio público en el desempeño de los cometidos que le son propios. Dígase lo que se diga, el Estado constitucional se funda hoy en una razón de derechos cada vez más internacionalizada, frente a la cual no puede valer imperio de ley, por democrática que ésta pretenda ser, conculcadora de un contenido mínimo de salvaguarda”<sup>163</sup>. En todo caso, el mismo autor se encarga de aclarar que detrás del vocablo «asomarse», no hay una invitación a traspasar los límites de la separación de funciones del Estado, sino más bien a la comprobación de “que el secreto no es invocado con finalidades espurias, esto es, desviadas del interés público para cuya defensa viene contemplada la posibilidad de invocarlo”<sup>164</sup>.

“Además, el carácter secreto o reservado de un acto puede generar un espacio para cautelar otros bienes jurídicos que la Constitución estima tan relevantes como la publicidad. En el lenguaje de la Constitución, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación, el interés nacional, o el debido cumplimiento de las funciones de los órganos, están a este nivel. Por lo

---

<sup>162</sup> *Ídem*.

<sup>163</sup> REVENGA SÁNCHEZ, M. Razonamiento judicial, seguridad ..., ob. cit., p. 61.

<sup>164</sup> *Ídem*.

mismo deben ser respetados y considerados”<sup>165</sup>.

Estamos de acuerdo en orden a aceptar que el derecho de acceso a la información no es absoluto, sino que puede encontrarse sujeto a algunas limitaciones. En todo caso, estas limitaciones deben respetar a lo menos ciertas exigencias, adecuadamente formuladas por la CIDH, que guarda relación con que la reserva o secreto debe consistir en una verdadera excepcionalidad, debe tener una consagración legal y nunca reglamentaria, debe plantearse objetivos legítimos, ser necesaria y de una estricta proporcionalidad<sup>166</sup>.

La reserva o secreto es una estricta materia de reserva legal. El CJI ha sostenido reiteradamente que “las excepciones al derecho de acceso a la información deben ser establecidas por la ley, deben ser claras y limitadas”<sup>167</sup>.

Nos parece que la garantía de la reserva legal es esencial para evitar cualquier vulneración por parte de órganos y funcionarios públicos que tradicionalmente ha mostrado una profunda repugnancia a la transparencia y publicidad de sus actos.

Solo a modo de ejemplo, en Chile, durante los primeros años de la década del 2000, se dictó la Ley N° 19.653<sup>168</sup>, por lo que se produjo la modificación de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de las Bases

---

<sup>165</sup> *Ídem*.

<sup>166</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Claude Reyes y otros contra Chile, considerando N° 151.

<sup>167</sup> COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. *Principios sobre el derecho de acceso a la información*, CJI/RES.147 (LXXXIII-O/08), de 07/08/2008, 73º Período Ordinario de Sesiones, 4 al 14 de agosto de 2008, Río de Janeiro, Brasil.

<sup>168</sup> Publicada en el Diario Oficial N° 36.538, de 14/12/1999.

Generales de la Administración del Estado (también LBGAE)<sup>169</sup>, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por decreto con fuerza de ley N° 1, de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia<sup>170</sup>.

La citada Ley N° 19.653, además, en su artículo 1, modificó distintos cuerpos legales con el objeto de adecuar la Administración del Estado principalmente, a los principios de probidad, transparencia y publicidad.

El artículo 1 de la Ley N° 19.653 introdujo, por medio de su artículo 11 bis, a la LBGAE un nuevo artículo 13, norma que consagra expresamente los principios de probidad, transparencia y publicidad.

En esta norma legal se establecieron expresamente las causales legales de excepción al derecho al acceso. Así, lo son: i) las reservas o secretos establecidos en disposiciones legales o reglamentarias; ii) cuando la publicidad impida o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido; iii) en caso de oposición deducida en tiempo y forma por los terceros a quienes se refiere o afecta la información contenida en los documentos requeridos; iv) en caso que la divulgación o entrega de los documentos o antecedentes requeridos afecte sensiblemente los derechos o los intereses de terceras personas, según calificación efectuada por el Jefe Superior del órgano requerido; v) que la publicidad afecte la seguridad de la nación o el interés nacional.

Además, la Ley N° 19.653 incorpora a la LBGAE, por medio de su artículo 11 ter, un nuevo artículo 14, por el cual se estableció un procedimiento contencioso administrativo especial para hacer efectivo el

---

<sup>169</sup> Publicada en el Diario Oficial N° 32.640, de 05/12/1986.

<sup>170</sup> Publicado en el Diario Oficial N° 37.113, de 17/11/2001.



ejercicio del derecho de acceso a la información administrativa.

Tal como es posible apreciar la Ley N° 19.653 tuvo la virtud de otorgar un rango legal a los principios de probidad, transparencia y publicidad y establecer un procedimiento al que pueden acudir los ciudadanos para hacer efectivo el derecho de acceso a la información administrativa.

“De conformidad a la ley el derecho consistía en que los ciudadanos tenían acceso a los actos administrativos y a los documentos que le servían de sustento o complemento directo y esencial. Esta publicidad se extiende a los informes y antecedentes de las empresas privadas que prestan servicios de utilidad pública y aquellas en que el Estado tiene participación, siempre que sean de interés público y que dicha información no afecte el funcionamiento de la empresa”<sup>171</sup>.

Por otro lado, en relación con el derecho de acceso a la información la Ley N° 19.653 tuvo el mérito de ampliar la noción de legitimado activo, el que fue denominado por la misma como “*interesado*”. La Contraloría General de la República (CGR) entendió “que no corresponde restringir el sentido y alcance de la expresión “*interesado*” de ley N° 18.575 artículo 11 bis inciso quinto solo a quienes tienen un interés actual y económico en los documentos que solicitan a la Administración. Ello, porque el principio general de la transparencia en el ejercicio de la función pública ha recibido una consagración legislativa expresa en nuestro ordenamiento jurídico...”<sup>172</sup>. Como sostiene CORDERO VEGA, “desde esta perspectiva interesado, para el

---

<sup>171</sup> CORDERO VEGA, L. Delimitando la ley de acceso a la información: Los dilemas tras la regulación. En LETELIER WARTENBERG, R. y RAJEVIC MOSLER, E. (coord.) *Transparencia en la administración pública*. Santiago de Chile: Legal Publishing Chile, 2010, pp. 19-42, p. 25.

<sup>172</sup> CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen N° 43.688, de 23/11/2001.

derecho de acceso a un procedimiento finalizado, era equivalente a cualquier persona o tercero ajeno a un procedimiento administrativo”<sup>173</sup>.

En efecto, “debido a las finalidades perseguidas por el control social y el objetivo de la ley orgánica constitucional respectiva, la expresión interesado excede las nociones de nacional, ciudadano y administrado. Para estos efectos, interesado podrá ser, entonces, una o más personas, natural o jurídica, como asimismo, entidades carentes de personalidad jurídica”<sup>174</sup>.

Si pensamos en la sociedad chilena gobernada por una dictadura militar, en donde el secretismo es un elemento de la esencia de este tipo de gobiernos, donde las libertades civiles se encuentran seriamente restringidas, toda esta nueva normativa significó un giro radical en la forma de entender la función pública, en especial la administrativa y la participación ciudadana en el desarrollo de la vida social.

Sin embargo, todo este importante avance legislativo sufrió un serio revés con la dictación del Decreto Supremo 26/2001 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia<sup>175</sup>, tal como lo detallaremos a continuación.

Este DS vuelve a reiterar en su artículo 2 que la función pública se debe ejercer con transparencia, de tal manera que se debe permitir y promover el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en el ejercicio de ellas. Por lo tanto, la regla

---

<sup>173</sup> CORDERO VEGA, L. Delimitando la ley..., ob. cit., p. 26.

<sup>174</sup> POBLETE VINAIXA, J. Acceso a la información pública. En CORDERO QUINZCARRA, Eduardo (coord.) *Estudios sobre la Ley Orgánica Constitucional de bases de la Administración del Estado*. Santiago de Chile: Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Antofagasta, 2008, pp. 209-235, p. 229.

<sup>175</sup> Publicado en el Diario Oficial N° 36.955, de 07/05/2001.

general será siempre, salvo las excepciones legales y reglamentarias, la publicidad de los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo o esencial. Esta misma publicidad también es extendida a los informes y antecedentes que las empresas privadas que presten servicios de utilidad pública y las empresas a que se refieren los incisos tercero y quinto del artículo 37 de la Ley N° 18.046<sup>176</sup>, sobre Sociedades Anónimas, proporcionen a las entidades estatales encargadas de su fiscalización, en la medida que sean de interés público, que su difusión no afecte el debido funcionamiento de la empresa y que el titular de dicha información no ejerza su derecho a denegar el acceso a la misma, conforme a lo establecido en el artículo 13 de la Ley N° 18.575, sobre Bases Generales de la Administración del Estado.

A pesar de que a primera vista esta norma reglamentaria resultaba del todo armónica con la nueva regulación en materia de probidad y transparencia, este Decreto Supremo fue tan generoso con las hipótesis de reserva o secreto que prácticamente invirtió la excepción en regla general<sup>177</sup>. El artículo 6 del DS 26/2001 exceptuó de la publicidad, los actos administrativos, documentos y antecedentes declarados secretos o reservados<sup>178</sup> de conformidad a las normas del mismo reglamento, como a

---

<sup>176</sup> Publicada en el Diario Oficial N° 31.096, de 22/10/1981.

<sup>177</sup> “Como se sabe la norma fue tempranamente cuestionada pues excedía el ámbito de competencia legal en la medida que establecía causales nuevas para impedir acceso a la información más allá de las señaladas por la ley. La práctica confirmó estas aprensiones. Durante la vigencia del reglamento los servicios públicos dictaron más de 83 resoluciones exentas que establecían secreto o reserva sobre un conjunto de actos y procedimientos, que se traducían finalmente en la implementación del secretismo, violentando el objetivo original de la regulación”. CORDERO VEGA, L. Delimitando la ley..., ob. cit., p. 28.

<sup>178</sup> De acuerdo al artículo 7 del DS 26/2001, los documentos de carácter “secreto” serán conocidos solo por las autoridades o personas a las que vayan dirigidos y por quienes deban intervenir en su estudio o resolución; los actos o documentos “reservados” por su parte, serán conocidos únicamente en el ámbito de la unidad del órgano a que sean remitidos, tales

los que se podían contener en leyes o reglamentos especiales.

Como en su momento sostuvieron ALLESCH PEÑAILILLO y OBANDO CAMINO<sup>179</sup>, debemos indicar que la sola lectura de estos dos primeros preceptos reglamentarios deben provocar escozor al lector, puesto que la facultad de establecer reserva o secreto es una atribución que se encuentra fuera del ámbito de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, por pertenecer al de la ley orgánica constitucional<sup>180</sup>.

## **6.- Propuesta final de un concepto de derecho de acceso a la información pública**

El derecho de acceso a la información pública lo podemos considerar en un sentido amplio, en un sentido menos amplio y en un sentido restringido.

En un sentido amplio el derecho de acceso puede ser entendido como “la facultad de las personas, físicas y jurídicas de solicitar documentación oficial e información que se encuentre en manos del Estado, de consultarla, tomar conocimiento de ella y obtener su reproducción”<sup>181</sup>.

Como se puede apreciar, en la definición que acabamos de transcribir

---

como división, departamento, sección u oficina.

<sup>179</sup> ALLESCH PEÑAILILLO, J. y OBANDO CAMINO, I. Una visión crítica sobre la normativa de acceso a los actos e información administrativa. En *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Vol. 10, N° 2, 2004, pp. 11-58, p. 37.

<sup>180</sup> En el mismo sentido: FREDES G., M. El derecho de acceso a la información pública en Chile: Estado de arte en materia jurídica. En FRANCHINI, M.B. y otros (comp.) *Libertad de expresión y democracia desde una perspectiva latinoamericana*. Buenos Aires: Fabián J. di Plácido Editor, 2002, pp. 83-93.

<sup>181</sup> LAVALLE COBO, D. *Derecho de acceso...*, ob. cit., p. 33.

la información pública puede ser solicitada en términos generales al Estado, esto es, a los distintos órganos encargados de las diversas funciones estatales, no solo a los que desarrollan la función administrativa.

En un sentido menos amplio el derecho de acceso a la información pública reconoce la facultad de exigir documentación e información, consultarla y reproducirla al órgano ejecutivo, especialmente a la Administración del Estado.

En un sentido restringido este derecho se referiría a la facultad de exigir el acceso a documentos administrativos y no a cualquier información que obre en poder de la Administración del Estado.

Nosotros consideramos que el derecho de acceso a la información pública debe ser considerado desde la primera de las perspectivas indicadas, esto es, en un sentido amplio, destacado además su carácter iusfundamental.

El derecho de acceso a la información pública implica la prerrogativa o facultad que tiene una persona para acceder y conocer la información que se encuentra en poder de los órganos del Estado y de las personas privadas que gestionan recursos públicos o prestan servicios públicos, con las solas excepciones que de una manera taxativa establezcan la Constitución o la ley y que sean necesarias para el éxito del proceso democrático o garantizar los derechos fundamentales de las personas.

Detrás del derecho de acceso a la información pública se cobijan objetivos fundamentales: transparentar la función pública y con ello disminuir el alcance de la corrupción y de sus efectos negativos; fortalecer la

confianza en el sistema político democrático y con ello proteger la democracia de inestabilidades políticas que puedan ser utilizadas por personas que quieren alcanzar el poder; entregar a las personas, ya sea en forma individual como colectivamente agrupadas una herramienta eficaz para potenciar la calidad de sus derechos, especialmente políticos y mejorar su calidad de vida.

Por tanto, el derecho de acceso es un derecho subjetivo de carácter iusfundamental en la medida en que constituye o debe constituir parte del status jurídico básico de todo ciudadano como consecuencia de su conexión con el principio democrático. Su contenido puede ser formulado a partir de las construcciones doctrinales y de los documentos jurídicos internacionales aprobados sobre el tema.

Es un derecho que, sin embargo, no suele estar reconocido a nivel constitucional. O si lo está, lo está parcialmente por su vinculación con otros derechos pero sin adquirir la autonomía que le corresponde por la naturaleza democrática de su justificación. Eso supone que como tal derecho (a no ser que se incluya en alguno otro de esos derechos constitucionales reconocidos) no tiene las garantías propias de los derechos públicos subjetivos reconocidos expresamente en los textos constitucionales, sino tan solo los incluidos en las legislaciones de desarrollo. En este sentido el derecho fundamental de acceso no sería un derecho de rango constitucional, sino de rango legal.

En conclusión, el derecho de acceso a la información que obra en poder de los órganos del Estado o de cualquier ente que maneje recursos y fondos público es un derecho fundamental que debe ser parte del estatuto jurídico de un ciudadano en cualquier sociedad democrática, sin embargo,

suele no tener rango constitucional y por ello carece de la protección típica de estos derechos. Se le suele reconocer rango legal. Atendido lo anterior, en ausencia de las garantías constitucionales derivadas del respeto al contenido esencial y de su protección jurisdiccional privilegiada, el legislador cuenta con un amplio margen de maniobra en la determinación de su contenido, alcance, límites y protección, circunscribiendolo la mayor parte de las veces a un derecho impetrable solo respecto de la Administración del Estado y no de todos los poderes públicos.

En este contexto, en los capítulos siguientes llevaremos a cabo un análisis del derecho de acceso a la información pública desarrollado por vía legislativa tanto en Chile como en España. Empero, de todas formas dedicaremos un Capítulo especial para defender la vinculación constitucional del derecho de acceso a la información pública en Chile a pesar de que este carácter ha sido negado en definitiva por el Tribunal Constitucional.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LAS BASES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN EL DERECHO CHILENO**

### **I.- Introducción**

Consideramos necesario comenzar este análisis recordando el principio de supremacía constitucional y vinculación directa de la Carta Fundamental, en virtud del cual se entiende que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico de un Estado y que posee una vocación normativa directa en varias de sus disposiciones, especialmente en lo que dice relación con la defensa jurisdiccional de los derechos fundamentales. De esta característica se derivan dos consecuencias de la mayor importancia, a saber: i) si la Constitución es la norma suprema se desprende que el resto de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de un Estado deben ajustarse a las disposiciones constitucionales, tanto en la forma como en el fondo; ii) la Constitución y las normas que se han creado conforme a ella obligan tanto a las autoridades que ejercen poder como a toda persona, institución o grupo y pueden ser aplicadas sin necesidad que un precepto legal desarrolle su contenido.

La doctrina publicista, en términos generales, acepta sin mayores inconvenientes la jerarquía normativa de la Constitución. En palabras de MUÑOZ MACHADO, “la Constitución se sitúa en un plano jerárquicamente superior a la ley. Sus normas no pueden ser desconocidas, violentadas o modificadas de cualquier manera por el legislador ordinario”<sup>182</sup>.

Por su parte, GARCÍA DE ENTERRÍA entiende que la Constitución no es una norma más, sino la primera norma en un ordenamiento jurídico, y lo

---

<sup>182</sup> MUÑOZ MACHADO, S. *Constitución*. Madrid: IUSTEL, 2004, p. 189.



es: “primero, porque la Constitución define el sistema de fuentes formales del derecho, de modo que solo por dictarse conforme a lo dispuesto por la Constitución (órgano legislativo por ella diseñado, su composición, competencia y procedimiento) una ley será válida o un reglamento vinculante; en este sentido, es la primera de las normas de producción, la *norma normarum*, la fuente de las fuentes, segundo, porque en la medida en que la Constitución es la expresión de una intención fundacional, configuradora de un sistema entero que en ella se basa, tiene una pretensión de permanencia o duración, lo que parece asegurarle una superioridad sobre las normas ordinarias carentes de una intención total tan relevante y limitada a objetivos mucho más concretos, todos singulares dentro del marco globalizador y estructural que la Constitución ha establecido”<sup>183</sup>.

Ahora bien, el tema de la supremacía constitucional no solo es un tema de jerarquía normativa, es mucho más que eso. La Constitución es suprema especialmente por cuestiones de fondo. Desde este punto de vista podemos señalar que “la supremacía es la cualidad singular de la Constitución porque alude a tres formas de ser de ésta que solo ella posee”<sup>184</sup>. La supremacía de la Constitución obedece a “su eficacia como «*norma fundacional de la comunidad política*», esto es, su condición como única norma que funda o establece la comunidad y la hace existir para el Derecho”<sup>185</sup>, a “su cualidad como «*Derecho Fundamental del Estado*», es decir, como único Derecho al que le corresponde fijar las reglas básicas del sistema político y del modelo institucional de convivencia del que hemos decidido dotarnos”<sup>186</sup>, y a “su posición como «*Derecho superior al resto del Derecho*»

---

<sup>183</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 3ª ed., 2ª reimp., 1991, pp. 49-50.

<sup>184</sup> GARRORENA MORALES, A. *Derecho constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1ª ed., 2011, p. 85.

<sup>185</sup> *Ídem*.

<sup>186</sup> *Ídem*.

cualidad ahora eminentemente jurídica que la sitúa por encima de las demás normas y la hace prevalecer sobre ellas”<sup>187</sup>.

La importancia de la supremacía constitucional para los efectos de nuestro estudio se justifica casi por sí misma. Si el derecho de acceso a la información pública se encuentra fundado en principios constitucionales, si estos principios se encuentran revestidos de la supremacía constitucional, tendremos que concluir que este derecho también participa de estas particularidades, aunque se encuentre consagrado en una norma infraconstitucional o incluso para el evento que concluyamos que se trata de un derecho implícito que se deduce de otros derechos constitucionales, tal como fue señalado en su oportunidad por el Tribunal Constitucional chileno y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lo anterior trae consigo una fundamental consecuencia, ya que cualquier norma legal o reglamentaria que limite o restrinja el derecho de acceso a la información sería contraria a la Constitución, esto sería inconstitucional.

Pero por otro lado, vincular el derecho de acceso a la información pública con la Constitución y la supremacía constitucional implica aceptar que cualquier restricción a este derecho, aunque ella se base en una norma constitucional, no puede significar *per se* que por este solo motivo deba primar la reserva o secreto porque en caso de producirse una colisión entre dos derechos o dos bienes jurídicos constitucionales, antes de resolver habrá que buscar criterios de ponderación, valoración o interpretación para que prevalezca uno de ellos.

La Constitución chilena consagra el principio de supremacía constitucional en el Capítulo I, denominado “*Las bases de la institucionalidad*”,

---

<sup>187</sup> GARRORENA MORALES, A. *Derecho constitucional...*, ob. cit., p. 86.

artículo 6, que reza de la siguiente manera:

“Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”.

En una de sus primeras sentencias el Tribunal Constitucional chileno sostuvo que de la disposición contenida en el artículo 6 de la Constitución emana sin lugar a dudas el principio de supremacía constitucional. El Tribunal Constitucional ha señalado que “el artículo 6 de la Constitución comprende dos conceptos fundamentales. En sus incisos 1 y 2 consagra principios vitales en los cuales descansa la nueva institucionalidad como lo son el de la supremacía constitucional sobre todas las normas jurídicas que integran nuestro ordenamiento positivo y el de vinculación directa de los preceptos constitucionales a las autoridades públicas y a todos los ciudadanos, siendo, por ende, tales preceptos obligatorios, tanto para los gobernantes como para los gobernados”<sup>188</sup>.

En las páginas que siguen presentaremos un breve análisis de los principios constitucionales recogidos en la Constitución chilena y que a nuestro juicio configuran el sustrato normativo constitucional del derecho de

---

<sup>188</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO. Requerimiento formulado en contra del Señor Ministro del Interior, don Sergio O. Jarpa Reyes, invocando el N° 10 del artículo 82 de la Constitución Política, Rol 19-1983, considerando N° 10, sentencia de 23/10/1983.

acceso a la información pública.

## **II.- Los principios constitucionales sobre los que se sustenta el derecho de acceso a la información pública a la luz de la Constitución chilena**

### **1.- El principio de subsidiariedad**

Este principio constitucional se encuentra consagrado en el artículo 1 inciso tercero de la Constitución en los siguientes términos:

“El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir con sus propios fines específicos”.

La subsidiariedad es un principio constitucional que regula la posición del Estado frente a los grupos intermedios en una sociedad democrática. Este principio lo podemos entender desde dos perspectivas, una positiva y negativa.

La primera perspectiva exige al Estado desarrollar todas aquellas actividades que son esenciales para alcanzar el bien común y mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos y que los particulares y sus grupos intermedios no quieren o no puedan desarrollar. En este orden de cosas se entiende que el Estado cuenta con herramientas y recursos materiales y humanos para llevar a cabo las distintas actividades que la vida social requiere para su normal funcionamiento, por lo que es absolutamente lógico que se le exija concretarlas cuando los particulares se vean impedidos o no encuentren incentivos suficientes para hacerlo. Desde esta óptica al Estado se le exige una actitud activa, un constante “desarrollo de actividades” para

cumplir su fin último<sup>189</sup>.

En un sentido negativo, el principio de subsidiariedad implica una abstención. Es decir, el Estado debe abstenerse de interferir en el normal desenvolvimiento de los grupos intermedios respetando su adecuada autonomía. Ha dicho el Tribunal Constitucional chileno que “la autonomía de los cuerpos asociativos –una de las bases esenciales de la institucionalidad– se configura, entre otros rasgos esenciales, por el hecho de regirse por sí mismos; esto es, por la necesaria e indispensable libertad para organizarse del modo más conveniente según lo dispongan sus estatutos, decidir sus propios actos, la forma de administrarse y fijar los objetivos o fines que se deseen alcanzar, por sí mismos y sin injerencia de personas o autoridades ajenas a la asociación, entidad o grupo de que se trata”<sup>190</sup>.

Resumiendo el contenido del principio de subsidiariedad, estamos de acuerdo en señalar que éste “significaría, por tanto, desde un enfoque vertical, asignación de la (s) actuación (es) a la correspondiente instancia inferior siempre que a ésta le alcancen las fuerzas para la cumplimentación de la tarea propuesta”<sup>191</sup>.

Si el principio de subsidiariedad implica que los grupos intermedios deben contar con la autonomía suficiente para desarrollar sus actividades propias, es fácil entender que el acceso a la información pública es un

---

<sup>189</sup> En todo caso, debemos advertir que esta perspectiva del principio de subsidiariedad no aparece reflejada explícitamente en el texto constitucional tal como lo hace con la perspectiva negativa del principio, de tal manera que también es posible señalar que en la Constitución chilena en estricto rigor no se consagra el principio de la subsidiariedad.

<sup>190</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO. Control de constitucionalidad respecto del Proyecto de ley que modifica las leyes de mercado de valores, administración de fondos mutuos, de fondos de inversión, de fondos de pensiones, de compañías de seguro, y otras materias que indica, considerando N° 7, letra d), sentencia de 07/03/1994.

<sup>191</sup> STEIN, T. El principio de subsidiariedad en el derecho de la Unión Europea. En *Revista de Estudios Públicos Nueva Época*, N° 90 (octubre-diciembre), 1993, pp. 69-84, p. 71.

derecho clave para actuar con dicha autonomía. En la medida que las agrupaciones intermedias puedan acceder a la información que obra en poder de los órganos del Estado, podrán enterarse de datos, antecedentes, documentos, etc., que pueden resultar particularmente valiosos para desarrollar sus actividades y perseguir sus fines específicos. Por el contrario, si se les negara este derecho el principio de subsidiariedad y la mentada autonomía se podría reducir considerablemente.

## **2.- El principio de servicialidad**

Hablar del principio de servicialidad es hacer referencia a una particular concepción instrumentalista del Estado, en virtud de la cual éste jamás puede ser considerado como un fin en sí mismo, sino como un instrumento para el logro de un fin que le trasciende y que se relaciona directamente con la dignidad y la felicidad humana.

Si el Estado es un fin en sí mismo y por tanto toda su actividad debe ser entendida en aras al bienestar general de la población, es posible concluir que el principio de transparencia debe inspirar todo su accionar, por lo que siempre, como regla general, se debe reconocer a los ciudadanos el derecho de acceder a la mayor parte de la información pública, debiendo quedar el secreto o la reserva relegados a causales excepcionales. CEA EGAÑA recuerda que la persona humana es “ontológica, deontológica e históricamente anterior y superior al Estado”<sup>192</sup>. El Estado es una institución que “ha sido creada o establecida por las personas para satisfacer sus necesidades y aspiraciones colectivas. De modo que jamás tuvo, tiene ni puede lograr el Estado la autojustificación de su existencia. Servir a la persona humana es un

---

<sup>192</sup> CEA EGAÑA, J.L. *Derecho constitucional chileno, Tomo I*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2ª ed. Actualizada, 2008, p. 182.

deber trascendental, de ejecución permanente e interminable dentro del cual se hallan la multitud de funciones y cometidos”<sup>193</sup>.

El principio de servicialidad se encuentra consagrado en la Constitución en el artículo 1 inciso cuarto y éste se vincula directamente a la idea de bien común sustentada por el constituyente de 1980. La norma constitucional dispone:

“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

### **3.- El principio republicano y democrático**

#### **a.- El principio republicano**

Uno de los pilares fundamentales del principio republicano es la publicidad de los actos de gobierno y la transparencia en el ejercicio de la función pública. “Hacer pública la información en manos del Estado no es, entonces, una concesión graciosa de aquellos que se encuentran ocasionalmente ejerciendo el poder, sino una obligación exigida por toda Constitución que establezca un sistema republicano”<sup>194</sup>.

El derecho de acceso a la información pública es una consecuencia directa del sistema republicano de gobierno. “El sistema republicano exige

---

<sup>193</sup> CEA EGAÑA, J.L. *Derecho constitucional chileno...*, ob. cit., p. 182.

<sup>194</sup> SABA, R. *El derecho de...*, ob. cit., p. 159.

necesariamente, para ser tal, la publicidad de los actos de gobierno, y de toda la actuación del gobierno. A su vez, la publicidad de los actos y de toda la actuación del gobierno exige necesariamente que se respete el derecho de acceso a la información pública. Como consecuencia lógica, el sistema republicano de gobierno exige necesariamente que se respete el derecho de acceso a la información”<sup>195</sup>.

### **b.- El principio democrático**

La Constitución chilena es paradójica, pues de su texto se desprende claramente el principio democrático como base esencial del ordenamiento jurídico, político y social. Sin embargo en su génesis la democracia no estuvo presente. Es más, la Constitución chilena fue fruto del trabajo político-intelectual de un gobierno de facto, sometido su texto final a un plebiscito que no contó con mínimas garantías para el adecuado ejercicio de la voluntad ciudadana, como la existencia de registros electorales o un Tribunal Calificador de elecciones que fuera capaz de asegurar la transparencia del proceso.

Atendido el objetivo final de la presente investigación, resulta oportuno no seguir profundizando en la reciente historia constitucional de Chile, simplemente diremos que para muchos sectores de la sociedad chilena, la Constitución de 1980, luego de las reformas de los años 1989 y 2005 se habría revestido de una cierta legitimidad democrática, aunque los acontecimientos de los “*indignados chilenos*” ocurridos desde el año 2011 se han encargado de recordarnos que el tema de la legitimidad de la Constitución chilena aún no se encuentra cerrado<sup>196</sup>.

---

<sup>195</sup> DÍAZ CAFFERATA, S. El derecho de acceso a la información pública: situación actual y propuestas para una ley. En *Lecciones y Ensayos*, Nº 86, 2009, pp. 151-185, p. 155.

<sup>196</sup> El año 2011 será recordado en Chile como el año del “despertar ciudadano”, del mismo



La Constitución chilena consagra expresamente en su artículo 4:

“Chile es una república democrática”.

Ya nos hemos ocupado de las importantes y fundamentales relaciones que hay entre la democracia, la transparencia y el acceso a la información pública, por lo que no tiene sentido volver a insistir en dichas ideas, simplemente nos conformamos en señalar que todos los valores, principios y características que se predicán de la democracia, son plenamente aplicables al caso chileno.

El que la Constitución chilena recoja como una de las bases institucionales del ordenamiento político, jurídico y social la democracia, además tiene una importancia trascendental en la labor hermenéutica constitucional. En efecto, el principio democrático contenido en el citado artículo 4 es fundamental para la interpretación del resto de las normas constitucionales e infraconstitucionales que conforman el ordenamiento jurídico.

El Tribunal Constitucional chileno en la sentencia dictada en el Rol N° 33 de año 1985<sup>197</sup> razona sobre esta lógica. Este fallo es particularmente fundamental para el proceso democrático chileno, pues ordena el establecimiento del Tribunal Calificador de Elecciones para velar por la

---

modo que en otras ciudades del mundo, miles de ciudadanos chilenos salieron a las calles a manifestar su indignación por una serie de circunstancias, relacionadas principalmente con el medio ambiente y la educación, y por el descontento en la forma de enfrentarlas por el Gobierno del Presidente Sebastián Piñera.

<sup>197</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO. Requerimiento de constitucionalidad recaído en Proyecto de ley orgánica constitucional sobre Tribunal Calificador de Elecciones, Rol 33-1985, considerando N° 14, sentencia de 24/09/1985.

transparencia del plebiscito del año 1988, proceso en el cual la ciudadanía se pronunció sobre la continuidad del dictador Augusto Pinochet por otros 8 años como Presidente de la República. El considerando 14º de este fallo reza así: “que la conclusión anterior, que fluye espontáneamente de la debida correspondencia y armonía que debe existir entre los distintos preceptos de la Carta Fundamental, la ratifica el hecho de que ese plebiscito será la expresión de la voluntad del pueblo, quien ejerciendo la soberanía, resuelva sobre el acto político más importante con que se inicia el período en que cobrarán plena vigencia todas las disposiciones permanentes de la Carta Fundamental. La especial trascendencia de ese acto plebiscitario y la letra y espíritu de la Constitución, confirman plenamente que éste debe ser regulado por las disposiciones permanentes y no por normas especiales que, en un conjunto de disposiciones destinadas solo al efecto, establezcan tribunales o comisiones *ad hoc*, para que cumplan las funciones que nuestra Carta Fundamental ha entregado a "un" tribunal determinado. La interpretación contraria no solo hiere el espíritu de la Constitución sino, también, el sentido común, que es base de toda interpretación lógica, ya que ella podría importar exponer el plebiscito mismo a un enjuiciamiento de legitimidad con grave perjuicio para el desarrollo normas de la futura institucionalidad”.

#### **4.- El principio de limitación de la soberanía**

La Constitución chilena en su artículo 5 señala:

“La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector de pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

De acuerdo a la Constitución chilena, la soberanía se ejerce a través de dos vías. Por el pueblo a través del plebiscito y las elecciones periódicas<sup>198</sup> y por las autoridades que la Constitución establece. Pues bien, en el ejercicio de la soberanía por parte de la ciudadanía es fundamental la información. Es decir, no basta solamente que a la ciudadanía se le dé la posibilidad de participar en los procesos electorarios y plebiscitarios, es necesario que además se incentive una participación de calidad, que se propenda a la “*comprensión ilustrada*”<sup>199</sup> para mejorar la calidad de la democracia, y para ello el acceso a la información pública es fundamental. En la medida que los ciudadanos internalicen la cultura de la transparencia y repudien la del secretismo estatal, el ejercicio de su derecho a sufragio será cada vez más armónico con el principio democrático.

Por otro lado, el ejercicio de la soberanía, señala el constituyente chileno, reconoce como límite el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana<sup>200</sup>. Dadas así las cosas, dentro de este

---

<sup>198</sup> En Chile la ciudadanía es convocada periódicamente a elecciones de Presidente de la República, Senadores, Diputados, Alcaldes, Concejales y Consejeros regionales.

<sup>199</sup> DHAL, R. *La democracia. Una guía para los ciudadanos*. Buenos Aires: Editorial Taurus, 1998 (trad. Fernando Vallespín), p. 48.

<sup>200</sup> Los tribunales superiores de justicia han sostenido enérgicamente esta doctrina, v.gr. ha dicho la Corte Suprema de Justicia: “Que en la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional del artículo 5° inciso segundo, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce como límite los derechos que emanan de la naturaleza humana; valores que son superiores a toda norma que puedan imponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impiden sean

contexto no puede el Estado limitar o restringir abusivamente el derecho de las personas a acceder a la información, derecho que tal como lo hemos adelantado en la primera parte de esta presentación, es un derecho fundamental y por otro lado, la sola posibilidad de acceder a la información pública es un supuesto para el ejercicio de otros derechos fundamentales que se alzan como límites al ejercicio de la soberanía.

## **5.- El principio de responsabilidad**

Un Estado de Derecho se caracteriza entre otros aspectos porque nadie, ni autoridad ni persona o grupo en particular se encuentran al margen de la juridicidad, de tal manera que aquellos que actúen contraviniendo el ordenamiento jurídico vigente tendrán que asumir las responsabilidades que correspondan. A diferencia de lo que sucedía en los absolutismos y en los gobiernos autocráticos, un Estado de Derecho no puede constituirse sino sobre la base del principio de responsabilidad.

La responsabilidad es un principio fundamental, constituye la verdadera esencia de un Estado de Derecho. Sin control social no puede haber responsabilidad, ella sería simple letra muerta. Por lo tanto, en la medida que los ciudadanos puedan acceder a la información que se encuentra en poder de los órganos del Estado su espectro de control

---

desconocidos". CORTE SUPREMA DE JUSTICIA de Chile. Sentencia 09/09/1998, considerando 4º, Rol 469-98. En el mismo sentido: "Que, como lo ha señalado esta misma Corte Suprema en reiteradas sentencias, de la historia fidedigna del establecimiento de la norma fundamental contenida en el artículo 5º de la Carta Fundamental, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana, 'valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio poder constituyente, lo que impide sean desconocidos". CORTE SUPREMA DE JUSTICIA de Chile. Sentencia de 13/12/2006, Considerando 22º, Rol 559-04.

aumentará y por tanto será más posible detectar irregularidades y hacer efectivas las responsabilidades que correspondan. En este sentido no podemos sino concluir que el principio de responsabilidad es un fundamento directo del derecho de acceso a la información pública.

En otras palabras, no es posible desconocer que “comunicar información los ciudadanos implica una limitación o recorte al poder, porque reduce la posibilidad de los órganos de gobierno de tomar decisiones en un contexto de discrecionalidad o voluntarismo que puedan desembocar en conducta abusivas, al ser expuestas bajo la mirada del público, de los contribuyentes y fundamentalmente de los votantes, y el deber de cumplir sus funciones en un marco de legalidad e institucionalidad”<sup>201</sup>.

El principio de responsabilidad traspasa todo el texto constitucional, sin embargo, su reconocimiento explícito lo encontramos en los incisos finales de los artículo 6 y 7 que disponen que la infracción del ordenamiento jurídico generará las responsabilidades y sanciones que sean determinadas por la ley.

## **6.- El principio de probidad, transparencia y publicidad**

Con la gran reforma constitucional del año 2005, materializada por la Ley N° 20.050<sup>202</sup>, se da un trascendental paso en el derecho chileno para transparentar la función pública y para llegar a un efectivo derecho de acceso a la información pública, en la medida que se constitucionalizan los principios de probidad y publicidad, incorporándolos al texto constitucional

---

<sup>201</sup> LAVALLE COBO, D. *Derecho de acceso...*, ob. cit., p. 70.

<sup>202</sup> Diario Oficial N° 38.246, de 26/08/2005.

en su Capítulo I dedicado a las Bases de la Institucionalidad<sup>203</sup>.

La reforma constitucional referida incorpora el siguiente texto al artículo 8 de la Constitución:

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

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

Con posterioridad, el año 2010 se introduce una nueva modificación al citado artículo 8 por medio de la Ley N° 20.414<sup>204</sup>, por el cual se establece el deber de altos funcionarios públicos a declarar sus intereses y patrimonios, como un reforzamiento de la transparencia y probidad. El citado artículo 8 de la Constitución Política se complementa de la siguiente manera:

“El Presidente de la República, los Ministros de Estado, los diputados y senadores, y las demás autoridades y funcionarios que una ley orgánica

---

<sup>203</sup> Que los principios de probidad y publicidad se encuentren insertos dentro del Capítulo I no es algo menor, pues este Capítulo se encuentra integrado por los primeros nueve artículos de la Carta Fundamental, y en él se contienen los valores y principios sobre los cuales se funda nuestro ordenamiento jurídico, político y social. Este Capítulo “tiene la cualidad de cimiento o sustento sobre el cual se levanta todo el sistema institucional, como punto de partida de la convivencia civilizada de las personas, la familia, los grupos intermedios, de la sociedad y del Estado en general”. CEA EGAÑA, J.L. *Derecho constitucional chileno...*, ob. cit., p. 173.

<sup>204</sup> Diario Oficial N° 39.551, de 04/01/2010.

constitucional señale, deberán declarar sus intereses y patrimonios en forma pública.

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

Tal como se lee en la norma constitucional contenida en el inciso primero del artículo 8 de la Constitución, en primer lugar, se establece que “el ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones”. Esta distinción es sumamente importante, porque de acuerdo a los valores establecidos en la Constitución y especialmente a los valores que deben regir a un Estado Democrático de Derecho, la exigencia de la probidad no solo debe impetrarse respecto del Estado Administrador, sino respecto de todos los órganos que ejercen poder en sus diversas manifestaciones.

La Constitución no entrega un concepto de probidad. Sin embargo, en el ordenamiento chileno sí existe un concepto legal que resulta útil para construir uno acorde con la norma constitucional. El artículo 54 de la Ley N° 18.575 “*Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado*”<sup>205</sup>, señala que “el principio de probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular”.

---

<sup>205</sup> Diario Oficial N° 32.640, de 05/12/1986.

A partir de dicho concepto legal es posible concluir que la probidad debe estar configurada por la concurrencia de una conducta funcionaria intachable, esto es, una conducta que no admite tachas o cuestionamientos, y esta conducta debe ir acompañada de un desempeño honesto y leal de la función y cargo, debiendo hacer primar siempre el funcionario público el interés general por sobre sus intereses particulares.

Por su parte creemos que por “*interés público*” debe entenderse la búsqueda de la satisfacción de las necesidades públicas, de forma regular y continua, la buena fe en el ejercicio del poder, la adopción de las decisiones en base al principio de imparcialidad, en la rectitud de intención en su ejercicio y en una idónea administración de los recursos públicos. En otras palabras, la probidad en el ejercicio de las funciones públicas es la ausencia de corrupción.

Para CEA EGAÑA, el principio de probidad consagrado en el texto constitucional “es vinculante para el funcionario, empleado o agente involucrado, cualquiera sea su jerarquía, institución o entidad en la que sirva y la naturaleza de la labor realizada”<sup>206</sup>.

En este sentido, entendemos que la expresión “*funciones públicas*” no debe circunscribirse solamente al derecho administrativo sino que ella debe ser entendida más bien como “*funciones estatales*”. Tal como ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, “la expresión función pública significa función del Estado, enfoque desde el cual cabe hablar de una función pública legislativa, administrativa y judicial, siendo bastante, para ser titular de ella, con disponer de investidura suficiente, emanada de autoridad competente. En esta perspectiva, ninguna relevancia tiene que el empleado ocupe o no un

---

<sup>206</sup> CEA EGAÑA, J.L. *Derecho constitucional chileno...*, ob. cit., p. 266.



cargo público o que lo sirva a honorarios o incluso *ad honores*<sup>207</sup>.

Lo anterior significa que las exigencias de la probidad no solo alcanzan a los funcionarios de la Administración del Estado, sino a todas las personas que ejercen funciones públicas. “Quedan absorbidos por la disposición, entonces, la Presidencia de la República, los Ministerios y los organismos regionales, el Congreso Nacional, el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, el Banco Central y las Municipalidades”<sup>208</sup>.

Otro alcance importante que debemos realizar, dice relación con que si bien la norma constitucional habla de “*los titulares de las diversas funciones públicas*”, una interpretación teleológica de la Carta Fundamental, necesariamente nos debe llevar a concluir que cuando se utiliza la expresión “*titulares*” se está aludiendo a quienes ejercen funciones públicas, ya sea en forma permanente o en forma interina.

En relación con el principio de transparencia, si bien éste no se encuentra explícitamente reconocido por la Constitución, en la medida, tal como ya hemos sostenido en el primer capítulo de la presente investigación, que ella implique visibilidad de las conductas de los funcionarios públicos, la exigencia de la publicidad que establece la norma constitucional, inequívocamente nos debe llevar a concluir que ella se encuentra comprendida en la misma.

No queremos insistir entre las estrechas relaciones que existen entre la transparencia y la probidad pues hemos dado cuenta de ellas con

---

<sup>207</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA de Chile. Fisco de Chile y otros con Carlos Cruz Lorenzen y otros, Rol N° 2321-2007, sentencia de 19/05/2008.

<sup>208</sup> *Ídem*.

meridiana profundidad en la primera parte de esta investigación, sin embargo, de todas maneras valga decir, que el constituyente chileno también ha sido capaz de observar este vínculo y la estructura de la norma contenida en el ya citado artículo 8 lo demuestra. En efecto, la gran primera declaración comprendida en este artículo es la exigencia de la probidad en el desempeño de las funciones públicas, para luego establecer en forma implícita la transparencia como principio y la publicidad como regla general en el ejercicio de las mismas.

En relación con el principio constitucional de publicidad, de la citada norma se desprenden los siguientes aspectos esenciales, a saber: a) la publicidad como regla general en la actuación de los órganos del Estado y b) la excepción a través de la reserva o secreto en virtud de una ley de quórum calificado y por los motivos taxativamente indicados por el texto constitucional.

La norma constitucional establece que “son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y procedimientos que utilicen”. Tal como sostiene FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, lo que se persigue con esta norma es que los “órganos del Estado, los fundamentos en que sustentan y los procedimientos conforme a los cuales se adoptan, sean notorios, patentes o manifiestos y no secretos, reservados, ocultos o escondidos”<sup>209</sup>.

Ahora, si bien no podemos negar la extraordinaria importancia del principio de publicidad de los actos de los órganos del Estado y por ende necesariamente estar de acuerdo con la norma constitucional en comento, no

---

<sup>209</sup> FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M. A. El principio de publicidad de los actos estatales. En ZÚÑIGA URBINA, F. (coord.). *Reforma constitucional*. Santiago de Chile: Lexis Nexis, 2005, pp. 191-205, p. 192.

es menos cierto que la publicidad debe ser la regla general, no la regla absoluta. En efecto, las exigencias del principio de servicialidad del Estado a la persona humana, del principio democrático representativo, de la eficiencia y de la seguridad nacional entre otros, justifican con meridiana razonabilidad la existencia de causales excepcionales de reserva o secreto.

Por lo mismo estimamos que el constituyente derivado redactó razonablemente esta norma, y fue así por dos motivos: en primer lugar porque no desconoce la necesidad de establecer algunas excepciones a la publicidad; en segundo lugar porque estas excepciones, tanto en la forma como en el fondo, no se transformarán en una regla general, ya por disposición legislativa o reglamentaria.

La Constitución chilena exige un doble requisito a la reserva o secreto. Por un lado, ella solamente puede ser establecida en virtud de una ley de quórum calificado<sup>210</sup>. Cuando se traspasa al legislador la facultad para establecer situaciones de reserva o secreto, se tiene el mérito tanto de entregar a los representantes de la ciudadanía la importante decisión de excepcionar el principio de publicidad, como debe ser en una democracia y, por sobre todo, evita que el Gobierno, especialmente el Estado administrador sucumba en la tentación de hacer uso de la potestad reglamentaria para sustraer del público conocimiento de la ciudadanía y la opinión pública en

---

<sup>210</sup> En una clara muestra a la desconfianza a las eventuales mayorías parlamentarias y a la dinámica del proceso democrático, el constituyente originario de la Constitución de 1980, concibió varias categorías de leyes, algunas destinadas a regular materias particularmente sensibles y por lo mismo con exigencias de aprobación bastante elevadas. Así, las leyes orgánicas constitucionales requieren según el artículo 66 de la Constitución, para su aprobación, modificación o derogación de las 4/7 partes de diputados y senadores en ejercicio y las leyes de quórum calificado, de acuerdo a la misma norma constitucional, precisan para su aprobación, modificación o derogación de la mayoría absoluta de diputados y senadores en ejercicio.

general los actos que realice en el ejercicio de sus funciones. Y por otro, no basta la concurrencia de una ley de esta naturaleza, además esta ley debe establecer la reserva o secreto en virtud de causales taxativamente previstas por ella. La reserva o secreto pueden ser declarados por el legislador de quórum calificado: i) cuando la publicidad afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano respectivo; ii) cuando la publicidad pueda afectar los derechos de las personas; iii) cuando la publicidad pueda afectar la seguridad nacional; y, iv) cuando la publicidad afecte el interés nacional.

Por tanto, de acuerdo a la norma constitucional contenida en el mencionado artículo 8, “el legislador puede declarar la reserva o secreto, primeramente, cuando, al contrario, la publicidad pueda afectar el debido cumplimiento de las funciones del órgano respectivo, es decir, cuando la difusión o conocimiento por el solicitante evita del todo o embaraza el adecuado ejercicio de las tareas que corresponde desempeñar a ese órgano, las cuales se encuentran determinadas por el haz de competencia definido en la Constitución o en la ley”<sup>211</sup>.

Más adelante, en el curso de la presente investigación nos preocuparemos de ir dando contenido a cada una de estas causales, especialmente a partir de la jurisprudencia emanada del Consejo para la Transparencia, encargado de velar por concretar los principios de transparencia y publicidad que la Constitución hace suyos desde el año 2005.

En segundo lugar, la publicidad también puede ceder frente a los derechos de las personas. Si entendemos que el fin último del Estado es lograr el pleno despliegue de la persona humana, resulta del todo comprensible que la protección a sus derechos también sea una causal más

---

<sup>211</sup> FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M. A. El principio de..., ob. cit., p. 197.

que plausible para excepcionar el público conocimiento de un acto emanado de algún órgano estatal.

Una primera lectura de esta norma nos da una clara idea de lo que se persigue a través de ella, sin embargo, la redacción de la misma nos deja a lo menos dos dudas que en el curso de este capítulo pretendo dilucidar. Por un lado, vale preguntarse ¿de qué derechos se trata? y por otro, es necesario determinar si la palabra persona utilizada por el constituyente alcanza también a las personas jurídicas.

“Por último, se prohíbe revelar los actos estatales, sus antecedentes y el procedimiento seguido para su dictación cuando, con ello, pudieran afectarse la seguridad de la Nación o el interés nacional. Trátese de dos expresiones jurídicamente abiertas o indeterminadas, por lo que el valor de ellas no estriba en conceptualizarlas, sino, precisamente, en que, aunque no pueda asignárseles una definición operativa, tienen un contenido evidente y de profunda riqueza, el cual, como es bien sabido, tiene que ser definido, caso a caso, por los Tribunales de Justicia”<sup>212</sup>. Empero, atendida las atribuciones que se le reconocen al Consejo para la Transparencia, consideramos que éste el órgano naturalmente competente para ir precisando estos conceptos.

Ahora bien, atendida el espíritu de la norma constitucional, de todas luces aparece que el constituyente derivado del 2005 quiso expresamente sacar de la órbita del legislador ordinario las facultades de decidir los casos de reserva o secreto, es decir, se trató de evitar que las simples mayorías, por lo general partidarias del gobierno de turno pudieran hacer uso de este mecanismo con el objeto de vulnerar el principio de publicidad. Por lo

---

<sup>212</sup> FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M. A. El principio de..., ob. cit., p. 198.

mismo, y aun cuando la norma señala que la reserva o secreto podrá ser establecida por ley de quórum calificado, entendemos que esta exigencia es solamente un estándar mínimo y nada obsta, desde luego, que la reserva o secreto pueda ser establecida por la misma Constitución o incluso por una ley orgánica constitucional que requiere un quórum de aprobación mayor a la de las leyes de quórum calificado.

¿Qué suerte corren los preceptos legales ordinarios que establecían causales de reserva o secreto antes de la reforma del año 2005? La pregunta es del todo pertinente, pues antes de la reforma del año 2005 era totalmente posible que el legislador ordinario pudiera establecer causales de reserva o secreto, incluso por causales diversas a las actualmente contempladas por la Carta Fundamental. Es por ello que se entiende que todas estas leyes deberían quedar derogadas por el solo ministerio de la Constitución, sin embargo, la disposición transitoria cuarta<sup>213</sup> salva la constitucionalidad de estos preceptos legales.

En todo caso, esta norma solo se aplica a la constitucionalidad en la forma, pues la disposición transitoria aludida, si bien les concede el carácter de leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado a las leyes ordinarias vigentes, lo hace bajo la condición de que ellas no sean contrarias a la Constitución, es por ello que, si estas leyes contemplan causales de reserva o secreto que no se funden en las causales taxativas a las que hemos aludido *supra*, pasarían a ser inconstitucionales por razones de fondo o contenido.

---

<sup>213</sup> Dice la citada disposición transitoria cuarta: “Se entenderá que las leyes actualmente en vigor sobre materias que conforme a esta Constitución deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o aprobadas con quórum calificado, cumplen con estos requisitos y seguirán aplicándose en lo que no sean contrarias a la Constitución, mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales”.

¿Qué ha sucedido con la vigencia de las disposiciones reglamentarias que contemplaban causales de reserva o secreto?

El inciso segundo del artículo 8 es categórico, pues las causales de reserva o secreto solo pueden ser establecidas desde un punto de vista formal por una ley de quórum calificado, por lo que cualquier disposición normativa infraconstitucional quedo derogada desde la entrada en vigencia de la reforma constitucional del año 2005<sup>214</sup>.

En definitiva, tal como sostiene RAMÍREZ ARRAYÁS, la reforma constitucional del año 2005 actúa “vigorizando 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 reglamentaria”<sup>215</sup>.

Sin embargo, a pesar de los avances que la reforma constitucional del año 2005 significó en estas materias, el texto constitucional no consagra el deber de los distintos órganos del Estado de entregar la información que se encuentra en su poder. Correlativamente, resulta bastante inexplicable que, a pesar de que el constituyente derivado del 2005 haya entendido la importancia de la transparencia y la publicidad, no haya decidido constitucionalizar el derecho de los ciudadanos de acceder a la información

---

<sup>214</sup> Es así como, desde la entrada en vigencia de la Ley N° 20.050 quedo de pleno derecho derogado el DS 26/2001, y las más de 60 resoluciones administrativas que se dictaron al amparo de esta normativa reglamentaria.

<sup>215</sup> RAMÍREZ ARRAYÁS, J. A. Principio de probidad y transparencia en el ejercicio de las funciones públicas: Alcances a la nueva Constitución de 2005. En ZÚÑIGA URBINA, F. (coord.). *Reforma constitucional*. Santiago de Chile: Lexis Nexis, 2005, pp. 237-244, p. 244.

pública. A pesar de ello, consideramos que de todas formas las personas son titulares de este derecho, que tiene una existencia a lo menos implícita en el ordenamiento constitucional chileno, tal como lo estamos tratando de demostrar en esta parte de nuestra investigación.

### **III.- Los derechos fundamentales y el acceso a la información pública**

#### **1.- Introducción**

Dentro del esquema que estamos abordando en el presente capítulo, esto es, las bases constitucionales del derecho de acceso a la información pública, no podemos pasar por alto la estrecha relación que existe entre el derecho de acceso a la información pública y otros derechos fundamentales consagrados en la Constitución chilena. Por un lado podemos señalar que el derecho de acceso a la información pública viene a ampliar el catálogo de derechos fundamentales consagrados en la Carta Constitucional (como derecho autónomo e implícito). También es posible afirmar que el derecho de acceso a la información pública es parte del contenido esencial de otros derechos fundamentales o al menos es un supuesto para el ejercicio de otros tantos.

De cualquier forma, se entiende claramente que el derecho de acceso a la información pública se encuentra tan profundamente ligado a otros derechos fundamentales reconocidos en la Constitución chilena que no podemos sino afirmar su fundamento constitucional por esta vía.

Es preciso advertir antes de continuar con esta parte del trabajo, que no nos detendremos en el análisis profundo y acabado de cada derecho pues ello no constituye el objetivo de la presente investigación por lo que daremos



como supuesto el conocimiento por parte del lector del contenido esencial y las principales características de cada derecho fundamental mencionado en este apartado del trabajo.

## **2.- Los principales derechos fundamentales con los que se conecta el derecho de acceso a la información pública**

### **a.- Igualdad ante la ley y el derecho a no ser discriminado<sup>216</sup>**

Mucho se ha reflexionado y escrito sobre el derecho a la igualdad ante la ley, también hay mucho que decir e investigar, pero esta labor escapa a los objetivos de esta investigación, por lo que solo nos limitaremos a señalar que cuando hablamos de igualdad ante la ley nos estamos refiriendo a un derecho subjetivo, esto es, a “una facultad o atributo inherente a toda persona a no ser objeto de discriminación”<sup>217</sup> ni por parte de la ley y el resto del ordenamiento jurídico ni por autoridad ni persona particular alguna<sup>218</sup>. Por su parte, por discriminación “debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política, o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad,

---

<sup>216</sup> Constitución Política de la República de Chile. Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas. N° 2.- La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

<sup>217</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, H. *Derechos fundamentales y garantías constitucionales, Tomo II*. Santiago: Editorial Librotecnia, 2008, p. 226.

<sup>218</sup> Sobre el concepto el contenido y alcance del derecho a la igualdad ante la ley se recomienda: CORREA SUTIL, J. Jurisprudencia de TC en materia de igualdad ante la ley. ¿Saliendo de la pura tautología? En *Anuario de Derecho Público* (Universidad Diego Portales), N° 1, 2011, pp. 96-126.

de los derechos y libertades fundamentales de todas las personas”<sup>219</sup>. Por discriminación arbitraria “ha de entenderse toda diferenciación o distinción realizada por el legislador o por cualquier autoridad pública que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional”<sup>220</sup>.

Asumiendo ya un concepto de igualdad ante la ley y derecho a no ser discriminado, resulta evidente que el derecho de acceso a la información pública es un supuesto fundamental para su efectivo ejercicio, pues en la medida que las personas puedan acceder a la información que está en poder de los órganos del Estado, estarán en condiciones de hacer valer sus derechos ante la autoridad con más propiedad y el riesgo de sufrir tratos diferenciados injustificados disminuirá.

#### **b.- La igual protección en el ejercicio de los derechos<sup>221</sup>**

Estos derechos tienen razón de ser cuando la persona se desenvuelve

---

<sup>219</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. Observación General N° 18, sobre “*No discriminación*”, párrafo 7, 37º período de sesiones, 10/11/1989.

<sup>220</sup> JIMÉNEZ LARRAÍN, F. y JIMÉNEZ LOOSLI, F. *Derecho constitucional, Tomo I*. Concepción: Universidad Católica de la Santísima Concepción, 2014, p. 253.

<sup>221</sup> Constitución Política de la República de Chile. “Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas. N° 3. La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos. La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos. La ley señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efectos de ejercer la acciones penal reconocida por esta Constitución y las leyes. Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta. Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos...”.

dentro del ámbito de los órganos que ejercen jurisdicción<sup>222</sup>. Efectivamente, por medio de ellos se pretende revestir al ciudadano de garantías procesales suficientes para poder ejercer sus derechos en forma adecuada, exento de sufrir discriminaciones y en un plano de igualdad con su contra parte. Por lo mismo, consideramos que garantizar el derecho de acceso a la información pública constituye una herramienta fundamental para asegurar y hacer efectivo el ejercicio de estos derechos, puesto que, en la medida que las personas puedan disponer de información pública que les resulte relevante, estarán en mejores condiciones para preparar una defensa adecuada a sus pretensiones.

### **c.- El respeto y protección a la vida privada<sup>223</sup>**

Nadie discute la importancia que una esfera de vida privada de las personas es esencial para el pleno desarrollo de las mismas. Dentro del derecho que cada uno tiene de concretar su propio proyecto de existencia, el derecho a la vida privada resulta fundamental. Consideramos que la facultad que las personas tienen para acceder a información pública resulta del todo útil para velar porque este derecho no sea vulnerado, especialmente mediante la posibilidad de enterarse de la información personal que los órganos del Estado manejan de cada ciudadano.

---

<sup>222</sup> Para los efectos de la presente investigación la expresión jurisdicción la tomaremos en un sentido amplio, y entenderemos por ella en definitiva cualquier labor desarrollada por una órganos estatal e incluso privado (justicia doméstica) llamado a resolver conflictos de relevancia jurídica y a declarar el derecho aplicable a un caso concreto.

<sup>223</sup> Constitución Política de la República de Chile. “Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas. N° 4. El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y de su familia”.

#### **d.- La libertad de expresión<sup>224</sup>**

Posiblemente la libertad de expresión sea uno de los derechos fundamentales que más directamente se vinculan con el derecho de acceso a la información pública. Ya hemos hecho alusión a esta idea en la primera parte de la presente investigación y tendremos la oportunidad de insistir en ella en las páginas que siguen, pero por el momento es suficiente señalar que para un eficaz ejercicio del derecho a la libertad de expresión, ya sea bajo la forma de libertad de opinar o informar, el poder acceder a la información que se encuentra en manos del Estado es esencial, especialmente cuando este derecho quiere ser utilizado dentro del contexto del control social y la crítica a los poderes públicos.

#### **e.- El derecho constitucional de petición<sup>225</sup>**

Para muchos autores el derecho de acceso a la información pública es

---

<sup>224</sup> Constitución chilena. “Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas. N° 12. La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado. La ley en ningún caso podrá establecer monopolio estatal sobre los medios de comunicación social. Toda persona natural o jurídica ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social, tiene derecho a que su declaración o rectificación sea gratuitamente difundida, en las condiciones que la ley determine, por el medio de comunicación social en que la información hubiere sido emitida. Toda persona natural o jurídica tiene el derecho de fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos, en las condiciones que señale la ley. El Estado, aquellas universidades y demás personas o entidades que la ley determine, podrán establecer, operar y mantener estaciones de televisión. Habrá un Consejo Nacional de televisión, autónomo y con personalidad jurídica, encargado de velar por el correcto funcionamiento de este medio de comunicación. Una ley de quórum calificado señalará la organización y demás funciones y atribuciones del referido Consejo. La ley regulará un sistema de calificación para la exhibición de la producción cinematográfica”.

<sup>225</sup> Constitución Política de la República de Chile. “Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas. N° 14. El derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes”.

una manifestación o consecuencia del derecho constitucional de petición, en virtud del cual cualquier ciudadano puede dirigir a las autoridades peticiones y solicitudes, en términos respetuosos, en este caso, lo que se solicita es el acceso a la información pública en poder de los diversos órganos del Estado.

Sin perjuicio de otras consideraciones que se pueda realizar al respecto, nos parece que tratar de encontrar el fundamento del derecho de acceso a la información pública en el derecho constitucional de petición es un argumento bastante débil, pues en virtud de este último la autoridad requerida no se ve compelida a la entrega efectiva de lo solicitado, sino que la entrega se traduce más bien en una concesión graciosa, lo que es incompatible con la naturaleza de este derecho.

#### **f.- La libertad de trabajo<sup>226</sup>**

La libertad de trabajo es un derecho fundamental en virtud del cual las personas están habilitadas para buscar, obtener, ejercer o practicar cualquier actividad remunerativa, que no se encuentre prescrita por la ley. Por su parte la libre contratación es el derecho que asiste al empleador para contratar e incorporar trabajadores a su industria, empresa o comercio.

La libertad de trabajo guarda una estrecha relación con el derecho de acceso a la información que se encuentra en poder de los órganos del Estado, relación que se justifica en el sentido que las personas para poder ejercer su derecho a la libertad de trabajo y a la libertad de contratación muchas veces

---

<sup>226</sup> Constitución Política de la República de Chile. “Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas. Nº 16. La libertad de trabajo y su protección. Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución. Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos...”.

requieren tener la información suficiente para poder tomar una decisión más acertada y libre, información que en no pocas ocasiones se puede encontrar a disposición de alguna autoridad estatal, especialmente administrativa.

#### **g.- La libertad de emprendimiento<sup>227</sup>**

La llamada libertad de emprendimiento o de empresa es el derecho que tienen las personas, ya sean naturales como jurídicas, a desarrollar cualquier tipo de actividad económica que no sea prohibida por el ordenamiento jurídico. En una economía de mercado como es la chilena, para el adecuado ejercicio de este derecho, el acceso a la información pública es fundamental.

### **IV.- El derecho de acceso a la información pública en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno**

#### **1.- Introducción**

Dentro del sistema jurídico-político chileno el Tribunal Constitucional cumple un rol fundamental, especialmente desde el año 2005, ya que con la reforma constitucional de ese año sus facultades fueron potenciadas realzando su rol de máximo intérprete de la Carta Fundamental<sup>228</sup>. Dentro de

---

<sup>227</sup>Constitución Política de la República de Chile. Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas. N° 21. El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen. El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas solo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado.

<sup>228</sup> El texto constitucional chileno no señala expresamente el rol de intérprete de la Constitución asignado al Tribunal Constitucional, sin embargo la doctrina entiende que éste deriva del ejercicio del control de constitucionalidad recogido en el artículo 93 de la Carta

este orden de cosas, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional constituye un referente ineludible para establecer las bases constitucionales del derecho de acceso a la información pública en Chile.

## **2.- Casos relevantes en donde se ha ido configurando el derecho de acceso a la información pública**

### **a.- Primera etapa de reconocimiento constitucional**

El Tribunal Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la naturaleza constitucional del derecho de acceso a la información pública en un fallo del mes de octubre de 2006<sup>229</sup>.

Este fallo se dictó en el siguiente contexto. La reforma constitucional del año 2005 ya se encontraba vigente, pero aún no existía en Chile una ley de transparencia y acceso a la información pública. La normativa vigente al respecto estaba contenida en el artículo 13 de la Ley N° 18.175, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, según texto refundido, coordinado y sistematizado fijado por Decreto con Fuerza de Ley N° 1/19.653, del año 2001.

La doctrina del Tribunal Constitucional en relación con la naturaleza

---

Fundamental. Del análisis del artículo 93 de la Constitución se desprende un control de constitucionalidad preventivo y represivo, abstracto y concreto, con efectos generales y particulares. Cada vez que el Tribunal Constitucional lleva a cabo un control de constitucionalidad realiza al mismo tiempo una labor de determinación del sentido y alcance del texto constitucional. Para más información se recomienda ver: NAVARRO BELTRÁN, E. *El control de constitucionalidad de las leyes en Chile (1811-2011)*. Santiago: Tribunal Constitucional, Cuadernos del Tribunal Constitucional, 2011.

<sup>229</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO. Requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 13 de la Ley N° 18.575, presentado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso en la Causa Rol N° 2336-06, Lean Casas Cordero, Carlos Eric con Director Nacional de Aduanas, Rol 634-2006, sentencia de 17/10/2006.

del derecho de acceso a la información pública puede resumirse en los siguientes puntos:

i.- El análisis del planteamiento del Tribunal comienza a partir del principio democrático reconocido por la Carta Fundamental en su artículo 4. El hecho de que Chile sea una República democrática implica que las autoridades públicas deben responder de sus acciones ante la sociedad, y dentro de esta dinámica el acceso a la información pública es una herramienta esencial para que se lleve a cabo este control social.

ii.- Por otro lado, el Tribunal Constitucional entiende que el derecho a acceder a las informaciones que obran en poder de los órganos del Estado forma parte de la libertad de expresión. En otras palabras, dentro del contenido esencial de este derecho se encuentra la facultad de exigir la entrega de información pública a los órganos del Estado. La libertad de informar, una de las aristas de la libertad de expresión, incluye el derecho a recibir informaciones. Esta misma doctrina, dice el órgano jurisdiccional es adoptada por los tribunales superiores de justicia conociendo de recursos de protección.

Del mismo modo, sostiene el Tribunal Constitucional, “La Declaración de Principios de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, de octubre del año 2000, establece 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”.

iii.- Todos estos argumentos, además se ven reforzados, dice el Tribunal, por la consagración constitucional de los principios de probidad,



publicidad y transparencia en la actuación de los órganos del Estado, en el artículo 8 de la Constitución.

iv.- Concluye el Tribunal Constitucional chileno, “es posible afirmar que el derecho de acceso a la información pública se encuentra reconocido en la Carta Fundamental –aunque no en forma explícita– como un mecanismo esencial para la vigencia plena del régimen democrático y de la indispensable asunción de responsabilidades unida a la consiguiente rendición de cuentas que éste supone por parte de los órganos del Estado hacia la ciudadanía”. Pero 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”.

#### **b.- Giro de la jurisprudencia constitucional a partir del año 2012 y proyecto de reforma constitucional**

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional varió en forma significativa en el año 2012 con la sentencia dictada en el Rol N° 1990<sup>230</sup> al señalar el sentenciador que los artículos 5, inciso 2 y 21, N° 1, letra b) de la Ley N° 20.285, son inaplicables por afectar el derecho a la vida privada reconocido constitucionalmente.

---

<sup>230</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO. Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por Pablo Coloma Correa respecto de los artículos 5º inciso 2º y 21 N° 1, letra b); de la Ley N° 20.285, en los autos Rol N° 541-2011, sobre reclamo de ilegalidad, caratulados Dirección Nacional del Servicio Civil con Consejo para la Transparencia, del que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 1990-2012, sentencia de 05/06/2012.

“En el caso concreto, el Consejo para la Transparencia había ordenado entregar la información relacionada a un proceso de selección para el cargo de Director Nacional del Fondo de Solidaridad e Inversión social (FOSIS). Entre la información solicitada se encontraba la evaluación psico-laboral del requirente, atributos directivos, referencias laborales, fundamentos y puntajes asignados durante el proceso y copia del acta en que el Consejo de Alta Dirección Pública define y fundamenta la nómina de los candidatos”<sup>231</sup>.

Posteriormente, el Tribunal Constitucional en los llamados casos “*correos electrónicos*”<sup>232</sup> decidió que la entrega de información contenida en este medio de comunicación electrónica vulneraba el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas reconocido en el artículo 19 N° 5 de la Constitución. “Para la mayoría del Tribunal, los correos electrónicos están protegidos por la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, establecida en el artículo 19 N° 5 de la Constitución. Los funcionarios públicos no se encontrarían marginados de tal derecho y el mandato de publicidad del artículo 8 no supone una limitación a la

---

<sup>231</sup> CONTRERAS VÁSQUEZ, P. *Secretos de Estado...*, ob. cit., p. 15.

<sup>232</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Rodrigo Ubilla Mackenney, Subsecretario del Interior, respecto del inciso segundo, del artículo 5° de la Ley N° 20.285, de 2008, sobre Acceso a la Información Pública, en la parte que señala “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”, en los autos sobre reclamo de ilegalidad caratulados Subsecretaría del Interior con Consejo para la Transparencia, de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° 6704-2011, Rol 2153-11, sentencia de 11/09/2012 y Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Claudio Alvarado Andrade, Subsecretario General de la Presidencia, en representación del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, y Cristián Larroulet Vignau, Ministro Secretario General de la Presidencia, por sí, respecto del inciso segundo del artículo 5° de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, en la parte que dice “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”, en autos sobre reclamo de ilegalidad caratulados “Subsecretaría General de la Presidencia con Consejo para la Transparencia”, de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° 2496-2012”, Rol 2246/12, sentencia de 31/01/2013.

protección de dichas comunicaciones. Además, el Tribunal Constitucional estima que la publicidad ordenada por la Constitución solo se limita a los actos o resoluciones administrativas, sus fundamentos y procedimientos. En consecuencia, la Ley de Transparencia violaría la Constitución al referirse genéricamente a información y no circunscribirse exclusivamente a tal enumeración taxativa”<sup>233</sup>.

Sin perjuicio de adelantar que el Tribunal Constitucional chileno consideró que la aplicación de las disposiciones legales cuestionadas producirían un efecto contrario a la Constitución, específicamente a la protección del derecho a la vida privada y su respeto, de todas maneras, corresponde analizar brevemente el razonamiento utilizado por el Tribunal a fin de dar cuenta de la forma como ha ido variando su línea jurisprudencial en relación con la sentencia comentada precedentemente.

Al argumentar su fallo el Tribunal Constitucional expresó que el artículo 8 de la Carta Fundamental establece únicamente una declaración genérica de publicidad y que no se refería al acceso de información, ni de entrega de la misma ni de transparencia. Al mismo tiempo rechaza que en dicha disposición constitucional se establezca un “principio de publicidad”. En otras palabras, se entiende en esta sentencia que del artículo 8 de la Constitución no se desprende un derecho de acceso a la información pública, sino que este derecho se contiene (es parte de contenido esencial) en el derecho a la libertad de expresión, pero sin otorgarle ninguna función operativa en la decisión final. Al respecto explica el profesor CONTRERAS que “la sentencia estima que el derecho de respeto a la vida privada (artículo 19 N° 4) constituye un límite constitucional a las obligaciones de publicidad establecidas en las Bases de la Institucionalidad (artículo 8). Sin embargo, no

---

<sup>233</sup> CONTRERAS VÁSQUEZ, P. *Secretos de Estado...*, ob. cit., p. 17.

considera si tal conclusión afecta al derecho de acceso a la información pública (ahora reconocido expresamente en el artículo 19 N° 12). El derecho fue deliberadamente marginado de análisis para encontrar una solución que protegiese la vida privada del requirente. Sin entrar al mérito del fondo del asunto, el problema de la sentencia es que no aborda los problemas constitucionales que plantea la inaplicabilidad para el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, por un lado, y desacopla estratégicamente la conexión conceptual y normativa entre el artículo 8 y 19 N° 12 para mermar su fuerza normativa en causas iniciadas en el marco de la Ley N° 20.285<sup>234</sup>, por el otro.

Este nuevo giro jurisprudencial llevó a un grupo de parlamentarios a presentar un proyecto de reforma constitucional que tiene por objeto hacer compatibles en forma directa y expresa los principios de probidad, transparencia y el derecho de acceso a la información con el objeto de potenciar la protección de este último.

En la iniciativa legal presentada por los senadores Larraín, García, Tuma y las Senadoras Allende y Alvear, se deja expresa constancia de la forma en la que Chile ha ido avanzando en materia de transparencia, acceso a la información y lucha contra la corrupción, especialmente con la entrada en vigencia de la Ley N° 20.285 en abril del año 2009 y la importante labor desarrollada por el Consejo para la Transparencia para dar concreción a la normativa legal. Sin embargo, “tales avances han permitido, también, visibilizar los obstáculos y dificultades que enfrenta el país para profundizar la cultura de transparencia. Entre ellos, la falta de consagración expresa en la Constitución del principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública, aunque su incorporación puede desprenderse de su

---

<sup>234</sup> CONTRERAS VÁSQUEZ, P. *Secretos de Estado...*, ob. cit., p. 16.

tenor actual, ha derivado en criterios interpretativos contradictorios de su inserción en la Constitución. Los iniciales precedentes del Tribunal Constitucional del año 2007, ratificatorios de su integración implícita en los artículos 8 y 19 N° 12 de la Constitución, han sido confirmados por las Cortes de Apelaciones, que han entendido el derecho de acceso a información pública como un derecho ciudadano para alcanzar mayores grados de transparencia en el ejercicio de las funciones públicas y un deber constitucional que emana sea del principio de publicidad y de probidad. No obstante esto último, recientes sentencias de 2012 del Tribunal Constitucional muestran un retroceso jurisprudencial que los despoja del sustento y protección que concede el artículo 8 de la Constitución, al señalar que dicho artículo "no habla ni de acceso, ni de entrega, ni de transparencia" circunscribiendo el derecho implícitamente solo a lo dispuesto en el artículo 19 N° 12.

A ello se agrega, la constatación a través de recientes estudios del Consejo para la Transparencia de que las principales barreras inhibitoras que condiciona la satisfacción del derecho de acceso a la información pública en la Administración son la debilidad de los procedimientos de respuesta estatal a las solicitudes de información pública y el desconocimiento ciudadano de la Ley.

La sumatoria de los referidos obstáculos exige una pronta reacción normativa que consagra expresamente en la Constitución Política el principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública como parte integral del artículo 8 y el 19 N°12. Ello es un necesario llamado al Estado a inhibir los resabios de la tradición del secreto que aún se dejan entrever, ratificando de paso la inserción internacional de Chile y profundizando la democracia participativa que ha vitalizado la concreción de la transparencia

y el acceso a la información pública como fundamento de legitimidad social del ejercicio de la función pública”<sup>235</sup>.

En este contexto, el proyecto de reforma constitucional aludido complementa el artículo 8 de la Constitución incorporando expresamente a su tenor literal el principio de transparencia y el acceso a la información “como condicionantes del ejercicio de la función pública en el cumplimiento de sus actuaciones”. Por otro lado, se modifica el artículo 19 N° 12 sobre libertad de expresión, haciendo explícito el reconocimiento del derecho de acceso a la información.

En conclusión, si bien es verdad que Chile “ha tenido avances significativos en materia de publicidad, transparencia y acceso a la información –motivado en gran medida por el consenso político y democrático en consonancia con los estándares internacionales a los que Chile se adhiere– ello se ha debido a una serie de modificaciones constitucionales, legales y reglamentarias que han permitido alcanzar altos estándares. La reforma constitucional presentada estaría enmarcada en esta línea evolutiva y sería una reacción directa a los fallos del Tribunal Constitucional”<sup>236</sup>.

---

<sup>235</sup> SENADO (CHILE). “Proyecto de reforma constitucional, iniciado en moción de los Honorables Senadores señor Larraín Fernández, señoras Allende y Alvear y señores García y Tuma, que otorga reconocimiento constitucional al principio de transparencia y al derecho de acceso a la información pública”, Boletín N° 8.805-07, de 05/03/2013.

<sup>236</sup> CONTRERAS VÁSQUEZ, P. *Secretos de Estado...*, ob. cit., p. 37.

## **V.- El derecho de acceso a la información pública en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)**

### **1.- La vinculación de Chile a la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

En agosto de 1990, es decir, a pocos meses después de recuperar la vida democrática, Chile deposita el instrumento de ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ( en adelante CADH)<sup>237</sup>. En la misma ocasión, Chile reconoce la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aceptando que en lo sucesivo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión) u otros Estados presentaran casos en su contra ante este Tribunal.

El decreto aprobatorio de la Convención declara que el Gobierno de Chile “reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por tiempo indefinido y bajo condiciones de reciprocidad, para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte ha incurrido en violaciones de derechos humanos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los términos previstos en el artículo 45 de la mencionada Convención”, y además, “declara que reconoce como obligatoria de pleno derecho la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de los casos relativos a la interpretación y aplicación de esta Convención de conformidad con lo que dispone su artículo 62”.

---

<sup>237</sup> La Convención Americana de Derechos Humanos es aprobada por el Decreto N° 873 del Ministerio de relaciones Exteriores, cuya fecha de promulgación fue el 23 de agosto de 1990 y publicado en el Diario Oficial N° 33.860 de 05/01/1991.

## **2.- Doctrina fundamental de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derecho de acceso a la información pública**

La configuración del derecho de acceso a la información pública en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se encuentra marcada principalmente por la sentencia dictada en el caso “*Claude Reyes y otros contra Chile*” del año 2006.

Este caso se origina en la negativa del Comité de Inversiones Extranjeras (órgano de la Administración del Estado) de entregar información que obraba en su poder a unos ciudadanos que la requirieron, llevando a concluir a la Comisión y posteriormente a la CIDH, que el Estado chileno vulneró la CADH en diversas de sus normas. Las disposiciones de la CADH violentadas por el Estado chileno, a juicio de estos órganos supranacionales, son el artículo 13<sup>238</sup> que consagra el derecho a la libertad

---

<sup>238</sup> Convención Americana de Derechos Humanos: “Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.



de expresión, el artículo 25<sup>239</sup> que establece el derecho a la protección judicial, ambos en relación con las disposiciones que establecen la obligación de respetar los derechos humanos garantizados en la Convención y de realizar todas las medidas que sean necesarias a fin de adoptar las disposiciones de derecho interno que sean necesarias para el cumplimiento de este tratado internacional, ambas prescritas en sus artículos 1.1<sup>240</sup> y 2<sup>241</sup> de este instrumento.

En relación con la vulneración al derecho a la libertad de pensamiento y expresión, la CIDH recordó que ella, a través de su jurisprudencia, ha dado un amplio contenido a estos derechos, por medio de la descripción de sus dimensiones individual y social, de las que se desprenden una serie de derechos que se encuentran protegido en el citado artículo 13<sup>242</sup>. En efecto, la

---

<sup>239</sup> Convención Americana de Derechos Humanos: “Artículo 25. Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

<sup>240</sup> CADH: “Artículo 1. Obligación de respetar los Derechos. 1. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

<sup>241</sup> CADH: “Artículo 2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

<sup>242</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Claude Reyes y otros contra Chile, considerando N° 75.

propia disposición del artículo 13 establece que “este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”. Por lo tanto la Corte estimó que la Convención “al estipular expresamente los derechos a buscar y a recibir informaciones, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención”<sup>243</sup>.

En otras palabras, la CIDH realizando una interpretación extensiva de la norma del artículo 13, entendió que es parte del contenido esencial del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, el poder solicitar y acceder a la información que obra en poder del Estado. En dicho artículo se “ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto”<sup>244</sup>.

Pero la CIDH no solo se conforma con establecer la existencia implícita de este derecho a la luz del citado artículo 13, sino que también aporta a la configuración del mismo. Así, sostiene “que dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los caso en que se aplique una legítima restricción”<sup>245</sup>. Por lo demás, entiende la CIDH que una vez entregada la información a una persona se permite “a su vez que ésta circule en la

---

<sup>243</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Claude Reyes y otros contra Chile, considerando N° 77.

<sup>244</sup> *Ídem*.

<sup>245</sup> *Ídem*.

sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla”<sup>246</sup>.

Una vez dilucidada por la CIDH que el acceso a la información pública es parte del contenido esencial del derecho a la libertad de pensamiento y expresión, este organismo internacional dedica algunos considerandos de la sentencia a explicar la importancia que tiene este derecho.

En este contexto se destacan los diversos esfuerzos desarrollados por la OEA para resaltar su importancia. La AG/OEA ha señalado categóricamente que “el acceso a la información pública es un requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia”<sup>247</sup> e insta a todos los Estados miembros a adoptar todas las medidas internas que sean necesarias para su aplicación efectiva. Estas mismas ideas se ven reforzadas posteriormente el año 2004, donde además, se alienta a los Estados miembros que al momento de regular el ejercicio de este derecho “tengan en cuenta criterios de excepción claros y transparentes”<sup>248</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, en esta resolución se recomienda a la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH y a la Unidad para la Promoción de la Democracia que se preocupen de apoyar los esfuerzos de los Estados Miembros que soliciten asesoría en la elaboración de legislación y mecanismos sobre la materia de acceso a la información pública y participación ciudadana<sup>249</sup>.

---

<sup>246</sup> *Ídem*.

<sup>247</sup> ASAMBLEA GENERAL (OEA): Resolución AG/RES. N° 1932 (XXXIII – O/03) sobre “Acceso a la información pública: Fortalecimiento de la democracia”, aprobada en sesión plenaria de 10/06/2003.

<sup>248</sup> ASAMBLEA GENERAL (OEA): Resolución AG/RES. N° 2057 (XXXIV-O/04) sobre “Acceso a la información pública: Fortalecimiento de la democracia”, aprobada en sesión plenaria de 08/06/2004.

<sup>249</sup> *Ídem*.

Estas mismas ideas, y otras iniciativas tendentes a fortalecer el derecho de acceso a la información pública han sido adoptadas en los años siguientes<sup>250</sup>. Particularmente importante es la resolución del año 2011, por la que se crea la “*Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública*”, de la que ya hemos tenido oportunidad de referirnos en el Capítulo I de esta investigación.

La CIDH también destaca que el artículo 4 de la Carta Democrática Interamericana<sup>251</sup> valora especialmente “la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto a los derechos sociales y la libertad de expresión y prensa como componentes fundamentales del ejercicio de la democracia”<sup>252</sup>.

La CIDH fue enfática en indicar que, al igual que lo ha hecho en otras oportunidades, la democracia representativa es determinante en todo el Sistema Interamericano y del que la Convención forma parte<sup>253</sup>. Y dentro de este contexto, la libertad de expresión (incluyendo el derecho de acceso a la información pública) guarda una estrecha relación con la misma. Así lo ha dicho en reiteradas oportunidades. Por ejemplo, en el caso “Ultima tentación de Cristo” expresamente se señaló que “la libertad de expresión, como piedra angular de una sociedad democrática, es una condición esencial para que ésta esté suficientemente informada”<sup>254</sup>.

---

<sup>250</sup> ASAMBLEA GENERAL (OEA). Resoluciones AG/RES. N° 2121 (XXXV-O/05), AG/RES. N° 2252 (XXXV-O/06), AG RES. N° 2288 (XXXVII-O/07), AG/RES. N° 2418 (XXXVIII-O/08), AG/RES N° 2514 (XXXIX-O/09).

<sup>251</sup> Aprobada por la Asamblea General de la OEA, Vigésimo Octavo Período Extraordinario de Sesiones, Lima, Perú, 11/09/2001.

<sup>252</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Claude Reyes y otros contra Chile, considerando N° 79.

<sup>253</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Claude Reyes y otros contra Chile, considerando N° 84.

<sup>254</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Olmedo Bustos y otros contra

Ha sostenido la CIDH que “existe entonces una coincidencia entre los diferentes sistemas regionales de protección a los derechos humanos y el universal, en cuanto al papel esencial que juega la libertad de expresión en la consolidación y dinámica de una sociedad democrática. Sin una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se comienzan a tornar inoperantes y, en definitiva, se crea el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad”<sup>255</sup>.

De acuerdo al planteamiento de la CIDH, y dentro de la lógica de este discurso sobre las relaciones entre democracia y libertad de expresión, se concluye 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”<sup>256</sup>. En este sentido, “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”<sup>257</sup>.

Las reflexiones anteriores llevan a concluir a la CIDH la importancia que tiene en definitiva para la democracia que se concrete el control democrático por parte de los ciudadanos, y a su vez lo esencial que es para

---

Chile (Última tentación de Cristo), sentencia de 5 de febrero de 2001.

<sup>255</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Ricardo Canese contra Paraguay, sentencia de 31 de agosto de 2004.

<sup>256</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Claude Reyes y otros contra Chile, considerando N° 86.

<sup>257</sup> *Ídem*.

éste el derecho de acceso a la información pública. Sostuvo la CIDH que “el control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública. Por ello, para que las personas puedan ejercer el control democrático es esencial que el Estado garantice el acceso a la información de interés público bajo su control. Al permitir el ejercicio de ese control democrático se fomenta una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad”.

Luego de concluir la CIDH que dentro del derecho a la libertad de expresión se incluye el derecho de acceder a la información que obra en poder de los órganos del Estado y que a su vez éstos son esenciales para el éxito de la democracia, se pronuncia respecto de las “restricciones al ejercicio del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado”. En efecto, para este organismo internacional el derecho de acceso a la información no es absoluto, esto es, “admite restricciones”<sup>258</sup>.

En términos generales, estas restricciones deben cumplir, a criterio de la Corte una serie de requisitos. En primer lugar, estas restricciones siempre deben estar previamente fijadas en la ley, por lo que éstas no quedan entregadas al capricho de cualquier autoridad pública, especialmente a la potestad reglamentaria del ejecutivo. En segundo lugar, la restricción legal debe responder a un objetivo permitido por la Convención; y en tercer lugar, las restricciones que se impongan deben ser necesarias en una sociedad democrática, “lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo”<sup>259</sup>.

---

<sup>258</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Claude Reyes y otros contra Chile, considerando N° 88.

<sup>259</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Claude Reyes y otros contra Chile, considerando N° 90.

Ahora bien, si existen varias opciones que permitan alcanzar ese objetivo, siempre debe escogerse aquélla que sea la menos invasiva al derecho protegido. “Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ser conducente para alcanzar el logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida de lo posible en el efectivo ejercicio del derecho”<sup>260</sup>.

Es por eso que la CIDH entiende que “en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible”<sup>261</sup>, por lo que las excepciones, las hipótesis de reserva o secreto deben cumplir con los requisitos de las restricciones, señalados precedentemente y corresponderá siempre al Estado demostrarlo.

## **VI.- A modo de conclusión**

A pesar de la estrecha e innegable vinculación que existe entre el derecho de acceso a la información pública y la Constitución Política, con sus principios y con otros derechos fundamentales que tienen expreso reconocimiento constitucional, además del propio carácter de derecho fundamental implícito que le dió en su primer momento el Tribunal Constitucional.

A pesar de la sentencia dictada en el caso “*Claude Reyes y otros contra Chile*” en donde la CIDH expresamente declara que el derecho de acceso a la

---

<sup>260</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Claude Reyes y otros contra Chile*, considerando N° 91.

<sup>261</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Claude Reyes y otros contra Chile*, considerando N° 92.

información pública es parte del contenido esencial de la libertad de expresión consagrada en el artículo 13 de la CADH, norma que es parte del derecho público vigente chileno; y la extensa doctrina que plantea que los derechos humanos contenidos en tratados internacionales se incorporan al ordenamiento interno chileno con rango constitucional, a la luz de lo dispuesto en el artículo 5 inciso segundo de la Constitución, hoy por hoy no es posible afirmar que en Chile el derecho de acceso a la información pública tenga un expreso reconocimiento constitucional.

La última línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional chileno se ha encargado de señalar que el derecho de acceso a la información pública no se deriva del artículo 8 de la Constitución que consagra los principios de probidad y publicidad, ya que de esta disposición no se infiere ningún deber positivo del Estado de entregar información a requerimiento de la ciudadanía y, si bien este derecho pudiere ser considerado como parte del contenido del artículo 19 N° 12 que consagra la libertad de expresión, no tiene ninguna aplicación operativa por lo que no se trata de un derecho impetrable jurisdiccionalmente.

La posición del Tribunal Constitucional respecto del derecho de acceso a la información pública trae consigo que este derecho no queda provisto de toda la protección que el ordenamiento constitucional brinda a otros bienes jurídicos y otros derechos fundamentales, por lo que en el caso de una colisiones entre el ejercicio del derecho de acceso a la información y otro derecho fundamental, como es la vida privada o el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia, éstos últimos tendrán prevalencia.

Frente a los últimos fallos sobre la materia emanados del Tribunal Constitucional algunos integrantes del poder legislativo han presentado una



reforma constitucional (en trámite) que tiene por objeto explicitar el derecho de acceso a la información pública como parte de la libertad de expresión.

En la actualidad el Chile no se encuentra reconocido el derecho de acceso a la información pública, a pesar del claro soporte constitucional del mismo, ya que la LAIP en su artículo 1 solamente consagra un derecho de acceso a la información administrativa, derecho que tienen rango de ley, por lo que siempre va a ceder ante otros bienes y/o derechos constitucionales.

## **CAPÍTULO TERCERO: EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN EL SISTEMA CHILENO**

### **I.- Situación en Chile antes de la entrada en vigencia de la Ley Nº 20.285**

En las últimas décadas en Latinoamérica hemos observado una saludable tendencia constitucional y legislativa en orden a incorporar expresamente a los respectivos ordenamientos jurídicos los principios de transparencia y publicidad y, garantizar en concordancia con los mismos, el acceso de la información pública<sup>262</sup>.

Son varias las razones que explican estos avances. Las distintas políticas públicas y leyes sobre transparencia, publicidad, probidad y acceso a la información pública reconocen su origen en diversos factores, señala HARASIC<sup>263</sup>. En primer lugar, la respuesta a las violaciones de derechos humanos en el marco del “*derecho a la verdad*”, luego la incorporación en la agenda pública de nuevas demandas ciudadanas que requerían acceder a la información en poder del Estado tales como la defensa del medioambiente, la protección del consumidor y la libertad de prensa; y finalmente la lucha

---

<sup>262</sup> “Un estudio del *Open Society Justice Initiative*, publicado en el año 2006, señaló que más de 65 países en el mundo han sancionado leyes que establecen mecanismos para que el público pueda acceder a la información. Esta es una tendencia que ha crecido recién en los últimos 6 años, dado que al menos 28 de esas legislaciones se sancionaron desde el año 2000. En más de 40 países este derecho se incorporó en las constituciones”. RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. *Estudio especial sobre el derecho de acceso a la información*. Washington DC: 2007, p. 12. Disponible en: <http://cidh.oas.org/relatoria/section/Estudio%20Especial%20sobre%20el%20derecho%20de%20Acceso%20a%20la%20Informacion.pdf>

<sup>263</sup> HARASIC YAKSIC, D. Historia de la consagración del derecho fundamental de acceso a la información pública en Chile. En LETELIER WARTENBERG, R. y RAJEVIC MOSLER, E. (coord.). *Transparencia en la administración pública*. Santiago de Chile: Legal Publishing Chile, 2010, pp. 7-12, p.7-8.

contra la corrupción.

En el derecho chileno la preocupación por el acceso a la información pública no es del todo reciente. En efecto, desde los primeros años del retorno a la democracia aparecieron las primeras voces que estimaron que este derecho es fundamental para potenciar la participación ciudadana en el desarrollo de la vida social. Especialmente este derecho comenzó a ser vislumbrado por los ambientalistas como una útil herramienta para sus luchas. De esta manera, “el enfoque tradicional se centró en la relación de aquél con el derecho de petición y, más recientemente, con la participación ciudadana en materias medioambientales, respecto de lo cual existen normas legales expresas y jurisprudencia administrativa. En los últimos años el énfasis se ha dado respecto de su conexión con la efectiva vigencia de la libertad de opinión e información en un sistema democrático-constitucional, enfoque que se ha extendido, además, hacia su funcionalidad para la existencia de una organización administrativa escrutinizable por la comunidad y sujeta a la juridicidad. Es desde este punto de vista en que se puede entender el énfasis dado al mismo en la última década por nuestro derecho”<sup>264</sup>.

Tal como sostiene CORDERO VEGA, la doctrina chilena históricamente sostuvo “que si los particulares, o en términos más específicos, los administrados, tienen derecho a saber lo que el Estado hace, y lo que de mayor o menor manera se proyecta respecto de ellos, ya generándoseles derechos, ya creándoseles obligaciones, es indudable que para los efectos de que tales particulares puedan hacer uso de los derechos que legítimamente contempla la ley, para que puedan reclamar de la eventual ilegitimidad de

---

<sup>264</sup> ALLESCH PEÑAILILLO, J. y OBANDO CAMINO, I. Una visión crítica..., ob. cit., p. 16.

tales actos, es necesario que puedan conocerlos en su oportunidad”<sup>265</sup>.

A pesar de que la doctrina publicista abogaba por la transparencia y la publicidad, en la práctica la regla general venía dada por el secretismo. El ciudadano de la incipiente democracia chilena seguía en esta etapa tolerando el secretismo casi como un orden natural de las cosas.

Así las cosas, hasta el año 1999, entendía la doctrina especializada que solo la ley podía decretar el secreto o reserva de la información que se encontraba en poder del Estado, y que por lo mismo, la regla general debía ser la publicidad. “El principal inconveniente fue la inexistencia de mecanismos para exigir la transparencia de la función pública”<sup>266</sup>.

Sostiene REHREN PULIDO, “la agenda de transparencia que se desarrolla durante los gobiernos de la Concertación en los noventa intenta responder a los desafíos planteados para la democracia chilena por la aparición de un nuevo fenómeno: la corrupción. Concordante con la literatura experta y recomendaciones de agencias internacionales, la transparencia es incorporada en forma gradual a la agenda de gobierno a contar de 1994 como una herramienta eficaz para controlar la corrupción”<sup>267</sup>.

En el año 1994 es creada la Comisión Nacional de Ética Pública (en

---

<sup>265</sup> CORDERO VEGA, L. Delimitando la ley de acceso a la información: Los dilemas tras la regulación. En LETELIER WARTENBERG, R. y RAJEVIC MOSLER, E. (coord.) *Transparencia en la administración pública*. Santiago de Chile: Legal Publishing Chile, 2010, pp. 19-42, p. 24.

<sup>266</sup> CORDERO VEGA, L. Delimitando la ley..., ob. cit., p. 24.

<sup>267</sup> REHREN PULIDO, A. La evolución de la agenda de transparencia en los gobiernos de la concertación. En *Temas de Agenda Pública* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), año 3, N° 18, 2008, p. 4.

adelante CNEP)<sup>268</sup>. Esta CNEP debía perseguir como objetivos principales analizar la normativa vigente en materia de probidad funcionaria, analizar el funcionamiento de los mecanismos de control y fiscalización existentes a la fecha, a fin de proponer los perfeccionamientos o reformas y otros relacionados directamente con la transparencia y la lucha contra la corrupción.

La CNEP presentó un informe en el año 1995, el cual contenía una serie de consideraciones relativas a la situación de la probidad en Chile y se resume en la recomendación planteada al Gobierno sobre la necesidad de legislar sobre la probidad administrativa.

Dentro de este contexto, en 1995 se presentó el primer proyecto de ley de acceso a la información pública, proyecto que no prosperó y resultó archivado el año 1998. En este orden de cosas, recuerdan algunos autores, resulta esclarecedor lo expresado por el entonces senador Viera-Gallo, quien señaló que este proyecto no se concretó “porque se consideró que extremaba el principio de transparencia y publicidad”, ya que “acorde con nuestra idiosincrasia, es menester preservar un equilibrio entre lo que las personas tienen derecho a saber y los documentos o debates internos de los órganos del Estado que no es conveniente que trasciendan a la opinión pública”. Planteando como alternativa “que cada organismo pudiera determinar en forma autónoma los casos en que la actuación o documento debe mantenerse en reserva”, ya que encomendar esta misión a la ley, agregó, “ofrece el riesgo de que ésta sea tachada de inconstitucional por ser restrictiva, con lo cual se llega a un grado de transparencia completa de los órganos del Estado”, para

---

<sup>268</sup> Creada por el Decreto N° 423, del Ministerio del Interior, publicado en el Diario Oficial N° 34.842, de 18/04/1994.

lo cual, en opinión del senador, “nuestro país no está preparado”<sup>269</sup>.

Por su parte, en el mes de enero de 1999, entró en vigencia en el ordenamiento jurídico chileno la Convención Americana Contra la Corrupción<sup>270</sup>. Esta promulgación daba cuenta del compromiso asumido por Chile en la lucha regional contra este flagelo social. Este instrumento internacional impone a los estados implementar, dentro de sus propios sistemas institucionales, medidas destinadas a crear, mantener y fortalecer tanto sistemas adecuados para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas y los mecanismos necesarios para estimular la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción.

El Gobierno envió un proyecto de ley que posteriormente se transformaría en la Ley N° 19.653 sobre Probidad Administrativa de los Órganos de la Administración del Estado<sup>271</sup>. La mayor parte de las normas contenidas en el proyecto se concretaron en la mencionada Ley N° 19.653, por lo que se produjo la modificación de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado<sup>272</sup>, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por decreto con fuerza de ley N° 1, de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia<sup>273</sup>.

---

<sup>269</sup> TELLO, C., CERNA, M. y PAVÓN, A. Acceso a la información pública: Los desafíos del Consejo de la Transparencia. En *Anuario de Derecho Humanos* (Universidad de Chile), 2009, pp. 193-204, p. 195.

<sup>270</sup> Adoptada en Caracas el 29/03/1996, promulgada en Chile por el Decreto Supremo N° 1.879, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial N° 36.279, de 02/02/1999.

<sup>271</sup> Publicada en el Diario Oficial N° 36.538, de 14/12/1999.

<sup>272</sup> Publicada en el Diario Oficial N° 32.640, de 05/12/1986.

<sup>273</sup> Publicado en el Diario Oficial N° 37.113, de 17/11/2001.

“Al mismo tiempo, el Ejecutivo propuso al Congreso Nacional un proyecto de ley sobre acceso a la información administrativa, cuya dilatada tramitación llevó a que el Senado incorporara parte de sus normas al proyecto de ley de reforma a la Ley N° 18.575, del que ya estaba conociendo”<sup>274</sup>.

La citada Ley N° 19.653, en su artículo 1, modificó distintos cuerpos legales con el objeto de adecuar la administración del Estado principalmente, a los principios de probidad, transparencia y publicidad. Aparece acá una segunda etapa en este proceso que ha conducido a Chile a la actual regulación constitucional y legal.

El artículo 1 de la Ley N° 19.653 introdujo, por medio de su artículo 11 bis, a la LBGAE un nuevo artículo 13, norma que consagra expresamente los principios de probidad, transparencia y publicidad. Además, en esta ley fueron previstas causales de reserva o secreto, siendo la más controversial la que validaba causales de reserva o secreto establecidas tanto en disposiciones legales como reglamentarias<sup>275</sup>.

Otro aspecto importante de destacar de esta normativa, es la incorporación, a la LBGAE, de un procedimiento contencioso administrativo especial para hacer efectivo el ejercicio del derecho de acceso a la información administrativa.

---

<sup>274</sup> POBLETE VINAIXA, J. Acceso a la información pública. En CORDERO QUINZCARRA, E. (coord.) *Estudios sobre la Ley Orgánica Constitucional de bases de la Administración del Estado*. Santiago de Chile: Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Antofagasta, 2008, pp. 209-235, p. 223.

<sup>275</sup> El resto de las causales de reserva o secreto contempladas en esta normativa decían relación con el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, derechos de terceros, la seguridad y el interés nacional.

Tal como es posible apreciar la Ley N° 19.653 tiene la virtud de otorgar un rango legal a los principios de probidad, transparencia y publicidad y establecer un procedimiento al que pueden acudir los ciudadanos para hacer efectivo el derecho de acceso a la información administrativa. “También en resguardo de la probidad se establece un conjunto de inhabilidades de ingreso a la Administración Pública, incompatibilidades en el ejercicio de las funciones públicas, y la prohibición de determinadas conductas en los funcionarios públicos y disposiciones de igual naturaleza en las leyes que regulan las Municipalidades, los Gobiernos Regionales, el Poder Judicial, el Congreso Nacional, el Consejo de Defensa del Estado y el Banco Central”<sup>276</sup>.

“De conformidad a la ley el derecho consistía en que los ciudadanos tenían acceso a los actos administrativos y a los documentos que le servían de sustento o complemento directo y esencial. Esta publicidad se extiende a los informes y antecedentes de las empresas privadas que prestan servicios de utilidad pública y aquellas en que el Estado tiene participación, siempre que sean de interés público y que dicha información no afecte el funcionamiento de la empresa”<sup>277</sup>.

En relación con el derecho de acceso a la información la Ley N° 19.653 tuvo el mérito de ampliar la noción de legitimado activo, el que fue denominado por la misma como “*interesado*”.

La Contraloría General de la República (en adelante CGR) entendió “que no corresponde restringir el sentido y alcance de la expresión

---

<sup>276</sup> POBLETE VINAIXA, J. Acceso a la..., ob. cit., p. 228.

<sup>277</sup> CORDERO VEGA, L. Delimitando la ley..., ob. cit., p. 25.



"*interesado*" de ley N° 18.575 artículo 11 bis inciso quinto...solo a quienes tienen un interés actual y económico en los documentos que solicitan a la Administración. Ello, porque el principio general de la transparencia en el ejercicio de la función pública ha recibido una consagración legislativa expresa en nuestro ordenamiento jurídico..."<sup>278</sup>. Como sostiene CORDERO VEGA, "desde esta perspectiva interesada, para el derecho de acceso a un procedimiento finalizado, era equivalente a cualquier persona o tercero ajeno a un procedimiento administrativo"<sup>279</sup>.

En efecto, atendida la finalidad de este tipo de leyes, especialmente si se considera el objetivo de fomentar el control social que subyace en ellas, una interpretación amplia del término interesado resulta mucho más coherente que fijar su sentido y alcance de manera restringida.

Si pensamos en la sociedad chilena gobernada por una dictadura militar, en donde el secretismo es un elemento casi de la esencia de este tipo de gobiernos, toda esta nueva normativa significó un giro radical en la forma de entender la función pública, en especial la administrativa y la participación ciudadana en el desarrollo de la vida social.

Sin embargo, este importante avance legislativo sufrió un serio revés con la dictación del Decreto Supremo 26/2001 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia<sup>280</sup>.

Este Decreto Supremo (en adelante DS) vuelve a reiterar en su artículo 2 que la función pública se debe ejercer con transparencia, de tal manera que se debe permitir y promover el conocimiento de los

---

<sup>278</sup> CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictámen N° 43.688, de 23/11/2001.

<sup>279</sup> CORDERO VEGA, L. Delimitando la ley..., ob. cit., p. 26.

<sup>280</sup> Publicado en el Diario Oficial N° 36.955, de 07/05/2001.

procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en el ejercicio de ellas. Por lo tanto, la regla general será siempre, salvo las excepciones legales y reglamentarias, la publicidad de los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo o esencial. Esta misma publicidad también es extendida a los informes y antecedentes que las empresas privadas que presten servicios de utilidad pública y las empresas a que se refieren los incisos tercero y quinto del artículo 37 de la Ley N° 18.046<sup>281</sup>, sobre Sociedades Anónimas, proporcionen a las entidades estatales encargadas de su fiscalización, en la medida que sean de interés público, que su difusión no afecte el debido funcionamiento de la empresa y que el titular de dicha información no ejerza su derecho a denegar el acceso a la misma, conforme a lo establecido en el artículo 13 de la LBGAE.

A pesar, de que a primera vista está norma reglamentaria resultaba del todo armónica con la nueva regulación en materia de probidad y transparencia, este DS fue tan generoso con las hipótesis de reserva o secreto que prácticamente invirtió la excepción en regla general<sup>282</sup>. El artículo 6 del DS 26/2001 exceptuó de la publicidad, los actos administrativos, documentos y antecedentes declarados secretos o reservados<sup>283</sup> de conformidad a las

---

<sup>281</sup> Publicada en el Diario Oficial N° 31.096, de 22/10/1981.

<sup>282</sup> “Como se sabe la norma fue tempranamente cuestionada pues excedía el ámbito de competencia legal en la medida que establecía causales nuevas para impedir acceso a la información más allá de las señaladas por la ley. La práctica confirmó estas aprensiones. Durante la vigencia del reglamento los servicios públicos dictaron más de 83 resoluciones exentas que establecían secreto o reserva sobre un conjunto de actos y procedimientos, que se traducían finalmente en la implementación del secretismo, violentando el objetivo original de la regulación”. CORDERO VEGA, L. Delimitando la ley..., ob. cit., p. 28.

<sup>283</sup> De acuerdo al artículo 7 del DS 26/2001, los documentos de carácter “secreto” serán conocidos solo por las autoridades o personas a las que vayan dirigidos y por quienes deban intervenir en su estudio o resolución; los actos o documentos “reservados” por su parte, serán conocidos únicamente en el ámbito de la unidad del órgano a que sean remitidos, tales como división, departamento, sección u oficina.

normas del mismo reglamento, como a los que se podían contener en leyes u otros reglamentos especiales.

Como se puede apreciar, la solución dada por esta disposición reglamentaria resulta totalmente contraria a los principios que deben informar el ejercicio de un derecho de esta naturaleza, toda vez que las causales de reserva o secreto solo pueden ser establecidas por ley y jamás por el reglamento<sup>284</sup>.

Las disposiciones contenidas en la Ley N° 19.653, fueron complementadas por la Ley N° 19.880, sobre Bases Generales de los Procedimientos Administrativos<sup>285</sup>.

El artículo 4 de esta ley, que consagra los principios que deben inspirar el procedimiento administrativo, señala que éste estará sometido entre otros, a los principios de publicidad y transparencia. El artículo 16 del mismo cuerpo legal expresa, como consecuencia de lo anterior, 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”. Consecuencialmente, se señala que “salvo las excepciones establecidas por la ley o el reglamento, son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que le sirva de sustento o complemento directo o esencial”.

En estricta relación con la norma precedentemente transcrita, el

---

<sup>284</sup> En el mismo sentido: FREDES G., M. El derecho de acceso a la información pública en Chile: Estado de arte en materia jurídica. En FRANCHINI, M. y otros (comp.) *Libertad de expresión y democracia desde una perspectiva latinoamericana*. Buenos Aires: Fabián J. di Plácido Editor, 2002, pp. 83-93.

<sup>285</sup> Publicada en el Diario Oficial N° 37.570, de 29/05/2003.

artículo 17 de la misma Ley N° 19.880 señala que los derechos de las personas, tanto naturales y jurídicas, puesto que la ley no distingue, en sus relaciones con la Administración del Estado tienen derecho a: i) conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copia autorizada de los documentos que rolan en el expediente y la devolución de los originales, salvo que por mandato legal o reglamentario éstos deban ser acompañados a los autos, a su costa; ii) identificar a las autoridades y al personal al servicio de la Administración, bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos; y, iii) a acceder a los actos administrativos y sus documentos, en los términos previstos por la ley.

Como se puede apreciar de la lectura de las normas contenidas en la Ley de Procedimiento Administrativo, el legislador de alguna manera da un fuerte respaldo al Gobierno y a su cuestionado DS 26/2001, pues establece expresamente que la transparencia y la publicidad cederán ante las “excepciones establecidas por la ley o el reglamento”.

En conclusión, la existencia del DS 26/2001, implicó un fuerte golpe a la transparencia y a la publicidad, pues las normas que se circunscriben dentro de la llamada potestad reglamentaria, son dictadas por el Gobierno, esto es, por el Estado ejecutivo y administrador, y si éste tiene la facultad de determinar los actos que estarán sujetos a reserva o secreto, es fácil entender, que dentro de este contexto, contará con poderosos incentivos para hacer uso de esta facultad, en el supuesto que tradicionalmente ha existido una fuerte tendencia al repudio a la necesidad de dar explicaciones y al sentirse fiscalizado.

Ahora, en el plano represivo, especialmente en el ámbito

sancionatorio penal, se llevaron a cabo algunas reformas al Código Penal, contenidas principalmente en la Ley N° 19.645<sup>286</sup>, por medio de la cual se buscaba actualizar algunos tipos penales con el objeto de adecuar nuestra legislación interna a la Convención Americana contra la Corrupción. Así se introdujeron modificaciones a la tipificación del cohecho, al tráfico ilícito de influencias y a la negociación incompatible, al uso de información reservada y la desviación de fondos públicos. Además, se actualizó el delito de lavado de dinero en relación al delito de tráfico de drogas penalizado en la Ley N° 20.000<sup>287</sup>.

En términos generales éste era el escenario en que se encontraba el principio de transparencia y publicidad y el derecho de acceso a la información pública hasta el año 2005.

Según algunos importantes autores, “a la época de la reforma constitucional nuestro país había hecho ya el esfuerzo de adecuación de su legislación interna a los patrones del Derecho Internacional y había igualmente expandido el ámbito del principio de probidad a la acción de todos los poderes del Estado, en términos que la elevación de rango de este deber no ha venido sino a enriquecer el respectivo capítulo de la Carta Política, con una base valórica de innegable trascendencia filosófica que, en el futuro, servirá para ilustrar al intérprete en su misión de declarar el verdadero sentido y alcance de la preceptiva subordinada”<sup>288</sup>.

---

<sup>286</sup> Publicada en el Diario Oficial N° 36.536, de 11/12/1999.

<sup>287</sup> Publicada en el Diario Oficial N° 38.088, de 16/02/2005.

<sup>288</sup> HERNÁNDEZ EMPARZA, D. 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 NOGUEIRA ALCALÁ, H. (coord.) *La Constitución reformada*. Santiago de Chile, Editorial Librotecnia, 2005, pp. 19-37, p. 31.

## **II.- La Ley N° 20.285 sobre acceso a la información pública**

### **1.- Factores que influyeron en su aprobación**

Como suele suceder con la mayor parte de las normas que forman parte del ordenamiento jurídico de un Estado su existencia se debe a múltiples fuentes materiales que han influido tanto en su nacimiento como en su contenido. La Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública chilena (en adelante LAIP) no es una excepción a esta norma. En las páginas siguientes nos referiremos a los principales factores, que según nuestro entender, fueron determinantes para la dictación de esta normativa.

#### **a.- Escándalos de corrupción**

Hemos considerado que no resulta oportuno dar cuenta de cada uno de los casos de corrupción, al menos los más importantes, que han explotado en la sociedad chilena desde el retorno de la democracia en el año 1990. En los gobiernos de Patricio Aylwin (1990-1994), Eduardo Frei (1994-2000) y especialmente bajo el mandato de Ricardo Lagos (2000-2006) sucedieron escandalosos hechos de corrupción que en su momento indignaron a la opinión pública<sup>289</sup>.

---

<sup>289</sup> Posiblemente los cinco casos de corrupción más emblemáticos y escandalosos vividos en Chile desde el retorno a la democracia son: el Caso Mop-Gate y los sobresueldos, Caso Coimas, Caso Inverlink, Caso Chiledeportes-Publicam y Caso Ferrocarriles del Estado. Es posible conocer en forma más detallada la explicación de estos casos en: <http://www.biobiochile.cl/noticias/2015/01/24/cinco-casos-de-corrupcion-que-mancharon-la-politica-antes-de-penta-en-los-ultimos-15-anos.shtml> (consulta 20/02/2016). Para profundizar respecto a la corrupción en Chile durante los primeros años de retorno a la democracia leer: ORELLANA VARGAS, P. Chile, un caso de corrupción oculta. En *Revista de Sociología* (Universidad de Chile), N° 21, 2007, pp.257-277. También ver: ORELLANA VARGAS, P. Probidad y corrupción en Chile. El punto de quiebre. En *Polis, Revista Latinoamericana*, N° 8, 2004, disponible en: <https://polis.revues.org/6120> Del mismo modo consultar: DUQUE, F. Una muy breve historia de la corrupción en Chile. Diario Electrónico

Sin embargo, bajo el gobierno de la Presidenta Bachelet (2006-2010), se sucedieron una serie de hechos que provocaron indignación en la ciudadanía. En especial particularmente grave resultó, el año 2006, el llamado “*caso Chiledeportes*”, en donde se desviaron fondos para desarrollar proyectos deportivos para la ciudadanía al financiamiento de campañas políticas de militantes del Partido por la Democracia (PPD).

En este contexto, el segundo semestre del año 2006, la Presidenta Bachelet convocó a un Grupo de Trabajo sobre Transparencia y Probidad, con el objeto de revisar la normativa existente y proponer estándares y mecanismos de control de la gestión pública, que permitieran mejorar la lucha contra la corrupción.

Este Grupo de Trabajo propuso una serie de recomendaciones que decían relación con la necesidad de presentar, por parte del Ejecutivo un proyecto de Ley de Transparencia de la Función Pública y de acceso a información de la Administración del Estado que, por primera vez, incluyese la creación de un órgano autónomo y dotado de imperio para la promoción de la transparencia, orientado a promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de la legislación, garantizar el derecho de acceso a la información pública y conocer y resolver sobre los reclamos de denegación de acceso a la información.

La Presidenta acogió esta propuesta y presentó a fines del 2006 una indicación sustitutiva a la moción de los senadores Larraín y Gazmuri que creaba el Instituto para la Transparencia, convertido en el curso de la

---

Clarín, edición de 27 de febrero de 2015, disponible en: <http://www.elclarin.cl/web/opinion/politica/14850-una-muy-breve-historia-de-la-corrupcion-en-chile.html> (consulta 20/02/2016).

tramitación parlamentaria en el actual Consejo para la Transparencia.

## **b.- Ingreso de Chile a la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico**

Otro de los antecedentes que influyeron en la dictación de la Ley de acceso a la información pública en Chile fue el interés del Estado chileno de oficializar su ingreso como miembro de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (en adelante OCDE).

La OCDE es una organización internacional intergubernamental que reúne a los países más industrializados del mundo dentro del contexto de la economía de mercado. Esta organización reconoce sus antecedentes en el año 1948 en la Organización para la Cooperación Económica Europea que fue creada para implementar y administrar el Plan Marshall para la reconstrucción europea después de la Segunda Guerra Mundial. En 1960, los países miembros acordaron invitar a Estados Unidos y Canadá en la creación de una organización que coordinara las políticas entre los países occidentales.

Esta nueva organización nace con la firma de su Convención constitutiva, el 14 de diciembre de 1960 en la ciudad de París.

Según el artículo 1 de la Convención constitutiva de la OCDE, son objetivos de ésta el promover políticas destinadas a realizar la más fuerte expansión posible de la economía y del empleo y a un aumento del nivel de vida en los países miembros, manteniendo la estabilidad financiera y a contribuir así al desarrollo de la economía mundial, contribuir a una sana expansión económica en los países miembros y en los países no miembros en



vías de desarrollo y, finalmente, contribuir a la expansión del comercio mundial sobre una base multilateral y no discriminatoria conforme a las obligaciones internacionales.

En estricta relación con los objetivos planteados por la OCDE, señalados en el artículo 2 de la Convención, como la implementación de políticas diseñadas para lograr el crecimiento económico y la estabilidad financiera interna y externa y para evitar que aparezcan situaciones que puedan poner en peligro su economía o la de otros países, resulta del todo coherente que los Estados miembros cuenten con una eficaz legislación interna que tenga, entre otras pretensiones, como finalidad detectar y perseguir casos de corrupción que puedan afectar el adecuado desarrollo económico de los países.

Por lo mismo se entiende que los Estados miembros de la OCDE estén obligados a realizar importantes esfuerzos legislativos tendientes a transparentar el ejercicio de la función pública, a fin de evitar la corrupción o reprimirla cuando ella se lleve a cabo.

Chile desde las postrimerías de la década del noventa se mostró muy interesado en acercarse a la OCDE. En este contexto, en el año 2001 se promulgó la Convención para combatir el cohecho a funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales y su anexo, adoptada en la ciudad de Paris el 17 de diciembre de 1997, en el seno de la OCDE. El instrumento de ratificación fue depositado ante el Secretario General del organismo con fecha 18 de abril de 2001.

Sin embargo, a pesar de que Chile incorpora esta Convención, tal como hemos señalado, fue necesario tomar más medidas legislativas para lograr su

ingreso como miembro oficial de la OCDE el año 2010.

Así, las leyes que se dictaron en este contexto podemos mencionar la Ley N° 19.913, que crea la Unidad de Análisis Financiero y que modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos, posteriormente modificada por la Ley N° 20.119.

También podemos mencionar la Ley N° 19.829, que modifica el Código Penal respecto del delito de cohecho.

Es importante de la misma manera, la Ley N° 20.393, que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica, del año 2009; y la Ley N° 20.406, por la que se establecen normas que permiten el acceso a la información bancaria por parte de la autoridad tributaria, del mismo 2009.

Pues bien, es dentro de este contexto legislativo, que en el año 2008 se dicta la Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública.

El 11 de enero de 2010, el Secretario General de la OCDE, Ángel Gurría, por una parte, y por la otra, el Gobierno de Chile, presidido en aún por la Presidenta Michelle Bachelet, procedieron a firmar el Convenio de Adhesión del país a la OCDE, transformándose Chile en el miembro N° 31 de esta importante organización internacional.

### **c.- Caso “Claude Reyes y otros contra Chile” en la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

Otro antecedente que ha influido en la dictación de la LAIP chilena es la condena a Chile por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso “*Claude Reyes y otros contra Chile*”. En términos generales, y sin entrar en mayores detalles en cuanto a los antecedentes de hecho y al fallo mismo, pues volveremos sobre éstos en su oportunidad, valga decir de todas formas, que esta condena al Estado de Chile implicó la necesidad de éste de “adoptar, en un plazo razonable, las medidas necesarias para garantizar el derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, de acuerdo al deber general de adoptar disposiciones de derecho interno establecido en el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en los términos de los párrafos 161 163 y 168 de la presente sentencia” y por otro lado se le impuso el deber “realizar, en un plazo razonable, la capacitación a los órganos, autoridades y agentes públicos encargados de atender las solicitudes de acceso a información bajo el control del Estado sobre la normativa que rige este derecho, que incorpore los parámetros convencionales que deben respetarse en materia de restricciones al acceso a dicha información, en los términos de los párrafos 164, 165 y 168 de la presente Sentencia”.

Como se puede apreciar este escenario también explica que hubiese existido la voluntad política de los órganos colegisladores chilenos en orden a crear la Ley de Acceso a la Información Pública.

### **III.- Algunos aspectos básicos de la Ley N° 20.285**

#### **1.- Aclaración previa sobre la estructura formal de la Ley N° 20.285**

Antes de comenzar el desarrollo de esta parte de nuestra investigación debemos plantear la siguiente precisión: la Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública, tiene una estructura especial y compleja, que lleva en cierta medida a una excusable confusión si no se estudia con detención. Especialmente importante resulta para su adecuada comprensión entender que en la Ley N° 20.285 se establecen las bases generales para instaurar la transparencia en el ordenamiento chileno en concordancia con la Constitución y a su vez en unos de sus artículos incorpora la llamada Ley de Acceso a la Información Pública con un ámbito de aplicación más restringido a la función administrativa del Estado. Por lo mismo, cuando nos refiramos a la Ley N° 20.285 como tal utilizaremos la expresión Ley de Transparencia (LT) y al hacer alusión a la Ley que consagra el derecho de acceso a la información pública propiamente tal hablaremos de la Ley de Acceso, Ley de acceso a la información pública o LAIP.

La Ley N° 20.285, se encuentra complementada por su respectivo Reglamento, contenido en el Decreto Supremo N° 13/2009, de 2 de marzo<sup>290</sup>, que se circunscribe dentro de la llamada potestad reglamentaria de ejecución, que de acuerdo a la Constitución corresponde al Presidente de la República.

---

<sup>290</sup> Publicado en el Diario Oficial N° 39.335, de 13/04/2009.

## **2.- Ámbito de aplicación de la ley de Acceso (LAIP)**

Sin lugar a dudas esta materia es uno de los puntos claves de la LAIP, puesto que a pesar del mandato constitucional que hace extensivos los principios de probidad y publicidad al ejercicio de la función pública desarrollada por todos los órganos del Estado, el derecho de acceso a la información pública de acuerdo a la regulación legal en comento se puede hacer efectivo solamente respecto de la Administración del Estado y no de todos los órganos estatales.

De acuerdo a la norma contenida en el artículo 2 de la LAIP, se puede concluir que existen ciertos órganos del Estado a los que se les aplica directa y completamente la ley y otros a los que se les aplicará solo en la medida que ella lo exprese y otros que se seguirán rigiendo por sus respectivos estatutos.

Así, se aplicará íntegramente la ley a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones, los gobiernos regionales, las municipalidades, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa.

Por su parte, la Contraloría General de la República y el Banco Central se deberán regir por las disposiciones de la LAIP que ésta expresamente señalaré, además de las disposiciones relativas al principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información, los procedimientos para el ejercicio del derecho y su amparo, y las excepciones a la publicidad, que sus propias leyes orgánicas contemplaren.

Del mismo modo, las empresas públicas creadas por ley y las empresas del Estado y sociedades en que éste tenga participación accionaria

superior al 50% o mayoría en su directorio, les será aplicable la ley en aquellas disposiciones que ésta misma señale.

Otros órganos del Estado, como son por ejemplo, el Congreso Nacional, el Tribunal Constitucional, el Ministerio Público, etc., deberán ajustarse a las normas relativas al principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información, los procedimientos para el ejercicio del derecho y su amparo, y las excepciones a la publicidad, que sus propias leyes orgánicas establecieron<sup>291</sup>.

Respecto del ámbito de aplicación de la LAIP, y sin perjuicio de las disposiciones que acabamos de transcribir, debemos destacar que al Consejo para la Transparencia le ha cabido un importante rol de precisión de estas disposiciones. En el Capítulo IV dedicado al estudio del Consejo de Transparencia, y a fin de explicar la importancia de la existencia de un órgano de esta naturaleza, expondremos a forma más detallada la principal jurisprudencia emanada del mismo, especialmente en su primer año de funcionamiento, en relación con el ámbito de aplicación de la LAIP.

### **3.- Transparencia y publicidad en la Ley de acceso a la información pública (LAIP)**

El derecho chileno ya hizo una apuesta por la transparencia y la publicidad, la reforma constitucional del año 2005 y la nueva redacción del artículo 8 de la Carta Fundamental. Además la propia dictación de la LAIP ha venido a dejar muy en claro cuál es la regla general al respecto. Por lo mismo

---

<sup>291</sup> Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, publicada en el Diario Oficial de 5 de febrero de 1990; Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, publicada en el Diario Oficial de 19 de mayo de 1981; Ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, publicada en el Diario Oficial de 15 de octubre de 1999.

no es de extrañar que el artículo 3 de la ley disponga que “la función pública se ejerce con transparencia, de modo que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y decisiones que se adopten en ejercicio de ella”.

Por su parte, el artículo 4 de la misma norma legal prescribe que “las autoridades, cualquiera que sea la denominación con que las designen la Constitución y las leyes, y los funcionarios de la Administración del Estado, deberán dar estricto cumplimiento al principio de transparencia de la función pública”.

Ahora bien, para los efectos de la LAIP, en el inciso segundo del artículo 4, y sin perjuicio de las precisiones conceptuales que hicimos en el Capítulo Primero de esta investigación, se define el principio de transparencia de la función pública señalando que éste “consiste en respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley”.

En relación con la publicidad, la misma LAIP en su Título II, vuelve a reiterar la idea de que ella es la regla general en el Derecho Público chileno, entendiendo que la publicidad viene a ser una consecuencia necesaria de la transparencia. Así, el artículo 5 de la ley dispone que “en virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum

calificado”.

La Ley de Transparencia también ha estimado en este mismo artículo 5 que “es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamientos, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas”.

Como se puede observar, sin perjuicio de las conclusiones a las que pueda arribar la doctrina, para el legislador existen dos criterios perfectamente definidos para establecer cuando una información debe ser considerada pública. Así, en primer lugar se entiende que es pública “la información elaborada con presupuesto público” y por otro lado, también lo es aquella información “que obre el poder de los órganos de la Administración”. Esta solución legislativa es de suma importancia, pues ella amplía considerablemente el contorno normativo del derecho de acceso a la información, pues el concepto de “información pública” no solo queda subsumido a la información producida con recursos públicos sino el concepto también abarca a la que detenta la Administración del Estado, cualquiera que sea la procedencia de ésta.

Esta amplitud a nuestro juicio genera dos problemas, aunque en caso alguno restan mérito a lo acertado de esta solución legal, coherente por lo demás con las exigencias del proceso democrático. Por un lado, ella hace más ostensible la necesidad de la Administración del Estado de establecer mecanismos idóneos para satisfacer el requerimiento ciudadano, dicho en términos más simples, mientras mayor sea la cantidad de información que eventualmente deba ser entregada, mayor es la carga de trabajo y la complejidad del mismo; y por otro, mucha información que se encuentra en



manos de la Administración proviene de los ciudadanos, es por ello, que esta norma debe ser armonizada con el respeto a los derechos de las personas.

Por su parte, el artículo 6 de la LAIP dispone que “los actos y documentos que han sido objeto de publicación en el Diario Oficial y aquellos que digan relación con las funciones, competencias y responsabilidades de los órganos de la Administración del Estado, deberán encontrarse a disposición permanente del público y en los sitios electrónicos<sup>292</sup> del servicio respectivo, el que deberá llevar un registro actualizado en las oficinas de información y atención del público usuario de la Administración del Estado”.

#### **4.- La Transparencia activa**

El Título III de la LAIP se denomina “*de la Transparencia Activa*”<sup>293</sup>, y con ello el legislador busca en definitiva adelantarse a los requerimientos de información usuales de la ciudadanía, imponiendo a los órganos de la Administración del Estado señalados en el artículo 2 de la ley “mantener a disposición permanente del público, a través de sus sitios electrónicos, los siguientes antecedentes actualizados, al menos, una vez al mes”.

Por su parte, el Reglamento de la Ley N° 20.285 en su artículo 3 letra i) indica que la transparencia activa es la obligación que tienen los órganos

---

<sup>292</sup> De acuerdo a lo establecido en el artículo 1 de la Ley de acceso a la información pública, debe ser entendido por “sitios electrónicos”, los también denominados “sitios web”. Dispositivos tecnológicos que permiten transmitir información por medio de computadores, líneas telefónicas o mediante el empleo de publicaciones digitales.

<sup>293</sup> Estas normas de transparencia activa deben ser completadas por dos instrucciones generales dictadas por el Consejo para la Transparencia, en virtud de las atribuciones que le confiere el artículo 33 letra d) de la LAIP. Nos referimos a la Instrucción General N° 4 del Consejo para la Transparencia sobre transparencia activa (Publicada en el Diario Oficial N° 39.576, de 02/02/2010) y la Instrucción General sobre transparencia activa para empresas públicas, empresas del Estado y sociedades del Estado (Publicada en el Diario Oficial N° 39.576, de 02/02/2010).

de la Administración del Estado regulados por este reglamento, de mantener a disposición permanente del público a través de sus sitios electrónicos y actualizados mensualmente, los antecedentes que se definen en el artículo 51 de este reglamento.

Valga destacar que estos antecedentes constituyen un requerimiento legal mínimo y no máximo, por lo que entendemos que el órgano estatal respectivo puede perfectamente ofrecer otros antecedentes al público. Además, estos antecedentes deben mantenerse actualizados a lo menos una vez al mes. Esta exigencia se entiende especialmente si tomamos en consideración el dinamismo propio de la actividad administrativa del Estado.

De acuerdo a la Ley de Transparencia, estos antecedentes son:

- a) La estructura orgánica del respectivo órgano.
- b) Las facultades, funciones y atribuciones de cada una de sus unidades u órganos internos.
- c) El marco normativo que les sea aplicable.
- d) La planta del personal y el personal a contrata y a honorarios, con las correspondientes remuneraciones.
- e) Las contrataciones para el suministro de bienes muebles, para la prestación de servicios, para la ejecución de acciones de apoyo y para la ejecución de obras, y las contrataciones de estudios, asesorías y consultorías relacionadas con proyectos de inversión, con indicación de los contratistas e identificación de los socios y accionistas principales de las sociedades o empresas prestadoras, en su caso.
- f) Las transferencias de fondos públicos que efectúen, incluyendo todo aporte económico entregado a personas jurídicas o naturales, directamente o mediante procedimientos concursales, sin que estas o

- aquéllas realicen una contraprestación recíproca en bienes o servicios.
- g) Los actos y resoluciones que tengan efectos sobre terceros.
  - h) Los trámites y requisitos que debe cumplir el interesado para tener acceso a los servicios que preste el respectivo órgano.
  - i) El diseño, montos asignados y criterio de acceso a los programas de subsidios y otros beneficios que entregue el respectivo órgano, además de las nóminas de beneficiarios de los programas sociales en ejecución. No se incluirán en estos antecedentes los datos sensibles, esto es, los datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen social, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual.
  - j) Los mecanismos de participación ciudadana, en su caso.
  - k) La información sobre el presupuesto asignado, así como los informes sobre su ejecución, en los términos previstos en la respectiva Ley de Presupuestos de cada año.
  - l) Los resultados de las auditorías al ejercicio presupuestario del respectivo órgano y, en su caso, las aclaraciones que procedan.
  - m) Todas las entidades en que tengan participación, representación e intervención, cualquiera que sea su naturaleza y el fundamento normativo que la justifica.

El legislador además, expresamente ordena que la información precedente deberá ser incorporada en los sitios electrónicos en forma completa y actualizada, y de un modo que permita su fácil identificación y un acceso expedito. En caso, de que un órgano o servicio no cuente con sitios electrónicos propios, mantendrán esta información en el medio electrónico del ministerio del cual dependen o se relacione con el Ejecutivo, sin perjuicio

de lo cual serán responsables de preparar la automatización, presentación y contenido de la información que les corresponda.

Para el caso de “las contrataciones para el suministro de bienes muebles, para la prestación de servicios, para la ejecución de acciones de apoyo y para la ejecución de obras, y las contrataciones de estudios, asesorías y consultorías relacionadas con proyectos de inversión, con indicación de los contratistas e identificación de los socios y accionistas principales de las sociedades o empresas prestadoras, en su caso”, la ley prevé que tratándose de adquisiciones y contrataciones sometidas al Sistema de Compras Públicas<sup>294</sup>, cada institución incluirá, en su medio electrónico institucional, un vínculo al portal de compras públicas, a través del cual deberá accederse directamente a la información correspondiente al respectivo servicio u organismo.

Por su parte, todas las contrataciones no sometidas a dicho Sistema deberán incorporarse a un registro separado, al cual también deberá accederse desde el sitio electrónico institucional.

En el caso de la información relativa a “las transferencias de fondos públicos que efectúen, incluyendo todo aporte económico entregado a personas jurídicas o naturales, directamente o mediante procedimientos concursales, sin que estas o aquéllas realicen una contraprestación recíproca en bienes o servicios”, y tratándose de transferencias reguladas por la Ley N°

---

<sup>294</sup> El Sistema de Compras Públicas, es el mecanismo a través del cual los organismos públicos afectos a la Ley de Compras Públicas, realizan de manera autónoma sus adquisiciones y las empresas pueden ofrecer sus productos y servicios. La autoridad encargada de este Sistema de Compras Públicas es la Dirección de ChileCompra, que es un organismo público descentralizado, dependiente del Ministerio de Hacienda, y sometido a la supervigilancia del Presidente de la República. Este Sistema de Compras Públicas, fue creado por la Ley N° 19.886, de Bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios. Publicada en el Diario Oficial N° 37.622, de 30/07/2003.

19.862, que establece registros de las personas jurídicas receptoras de fondos públicos<sup>295</sup>, cada institución incluirá, en su sitio electrónico institucional, los registros a que obliga dicha ley, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 9<sup>296</sup> de la misma norma legal.

Ahora bien, las transferencias no regidas por dicha ley deberán incorporarse a un registro separado, al cual también deberá accederse desde el sitio electrónico institucional.

En concordancia con el estatuto funcional del Consejo para la Transparencia, el artículo 8 de la LAIP, cualquier persona podrá presentar un reclamo ante éste, si alguno de los organismos de la Administración no informa los antecedentes descritos supra. Después tendremos la oportunidad de confirmar que esta acción estará sometida al mismo procedimiento que la acción regulada para el ejercicio de la acción destinada a hacer efectivo el derecho de acceso a la información pública.

Con el objeto de reforzar el cumplimiento de esta normativa, la LAIP, en su artículo 9, dispone que las reparticiones encargadas del control interno de los órganos u organismos de la Administración, tendrán la obligación de velar por la observancia de las normas del Título relativo a la transparencia activa, sin perjuicio de las atribuciones y funciones que esta ley encomienda al Consejo y a la Contraloría General de la República.

En cuanto a la extensión de las normas sobre transparencia activa, ella no es solamente una exigencia a los órganos de la Administración del Estado,

---

<sup>295</sup> Publicada en el Diario Oficial N° 37.480, de 08/02/2003.

<sup>296</sup> Según el artículo 9° de la Ley N° 19.862, “todos los registros a que se refiere la presente ley deberán encontrarse a disposición de la Contraloría General de la República, con el propósito de facilitar su fiscalización”.

también el legislador la quiso hacer extensiva al Congreso Nacional, a la Corte Suprema, al Tribunal Constitucional, a los tribunales electorales, al Ministerio Público, al Banco Central y empresas públicas, tal como se dispone en los artículos transitorios N° 6º, 7º, 8º y 9º de la LAIP.

“El legislador no solo ha reconocido inobjetablemente el derecho a la información sino que también aspira a que gran parte de las necesidades de información del ciudadano común, se resuelvan sin que éste tenga que realizar requerimiento alguno, por cierto, en ello radica la clave del éxito del sistema de transparencia que se instaura con la Ley N° 20.285”<sup>297</sup>.

Empero, “la sola existencia de una página web no es *per se* un cumplimiento por parte del Estado con las obligaciones que derivan del derecho de las personas al acceso a la información pública”<sup>298</sup>. Por otro lado, la transparencia activa “tampoco releva al Estado de su obligación de suministrar información a las personas que lo solicitan, o de responder ante una solicitud de información que se encuentre accesible al público en la página web respectiva. Cuando la persona que solicita información tiene acceso a Internet el Estado debe proveer la dirección exacta en donde puede hallar la información solicitada para guiar al solicitante, debido a que a veces, la complejidad de la información sistematizada, su cantidad o su forma de denominarla puede confundir al receptor”<sup>299</sup>. Por otro lado, el servicio público respectivo tampoco puede desconocer que por diversas razones no todas las personas tienen acceso a Internet o teniéndolo se encuentran en condiciones de usarlo.

---

<sup>297</sup> CAMACHO CEPEDA, G. Algunas precisiones sobre el concepto de información pública. En LETELIER WARTENBERG, R. y RAJEVIC MOSLER, E. (coord.) *Transparencia en la administración pública*. Santiago de Chile: Legal Publishing Chile, 2010, pp. 43-66, p. 45.

<sup>298</sup> RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN (2007) 40.

<sup>299</sup> *Ídem*.

La transparencia activa, esto es, “la creación, mantenimiento y actualización de una página web es un mecanismo más que tiene el Estado para cumplir con su obligación de coleccionar, guardar y diseminar la información que se encuentra en su poder, pero de ninguna manera puede ser el único”<sup>300</sup>.

#### **IV.- El derecho de acceso a la información pública en la Ley N° 20.285**

##### **1.- El concepto de acceso a la información pública**

El derecho de acceso a la información pública se encuentra regulado en el Título IV de la Ley de Transparencia. El artículo 10º de la ley expresa: “toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley”.

El legislador consagra expresamente el derecho de acceso a la información de la Administración del Estado, estableciendo una titularidad amplia respecto del mismo, donde se incluyen tanto las personas naturales como las personas jurídicas, pero reservándose a su regulación la forma y las condiciones para su ejercicio.

En el inciso segundo del mencionado artículo 10º el legislador se esboza un concepto jurídico del derecho de acceso en los siguientes términos: “El acceso a la información comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda la información elaborada con

---

<sup>300</sup> *Ídem*.

presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales”.

Por su parte el artículo 2º letra b) del Reglamento, al definir el derecho de acceso a la información señala que “toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información que obre en poder de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece la ley”.

## **2.- Los principios que informan en derecho de acceso a la información pública en Chile**

De acuerdo a lo establecido en el artículo 11º de la LAIP, el derecho de acceso a la información pública está informado por una serie de principios: el principio de relevancia, el de libertad de información, el de apertura o transparencia, el de máxima divulgación, el de divisibilidad, el de facilitación, el de no discriminación, el de oportunidad, el de control, el de responsabilidad y el de gratuidad.

En las páginas que siguen desarrollaremos brevemente cada uno de estos principios.

### **a.- El principio de relevancia**

Según este principio se presume relevante toda información que posean los órganos de la Administración del Estado, cualquiera que sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento.

La relevancia implica importancia y significación de la información. Este principio es particularmente importante en relación con la posición de la



Administración ante la solicitud de información, pues ella no podrá jamás calificar si la información que se requiere “vale la pena o no ser entregada” al solicitante, pues toda la información que se encuentra en su poder se presume relevante. En este sentido el Consejo para la Transparencia ha dicho que “acerca de la argumentación del órgano requerido relativa a la supuesta impertinencia de la información solicitada para efectos de que el reclamante formule una solicitud de libertad condicional, es preciso tener presente que para el legislador no resulta relevante el motivo por el cual el solicitante requiere la información ni los fines de la mismas, por así disponerlo el principio de relevancia”<sup>301</sup>.

Ahora, nos podemos preguntar si es posible que esta presunción pueda ser destruida por la Administración del Estado, esto es, que se logre probar que una información en su poder no tiene el carácter de relevante. En realidad da lo mismo, la cuestión poco o nada importa, pues la carencia de relevancia de la información no es considerada como una causal legal de reserva o secreto y si ella no es considerada de esa forma la información siempre tendrá que ser entregada.

## **b.- El principio de libertad de información**

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 11 letra b) de la LAIP, el principio de libertad de información implica que toda persona goza del derecho de acceder a la información que obre en poder de los órganos de la Administración del Estado, con las solas excepciones o limitaciones establecidas por las leyes de quórum calificado.

La manera como el legislador ha formulado este principio no es muy

---

<sup>301</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C399-09, C481-09 y C482-09, José Fuentes Castro con Gendarmería de Chile, 15/01/2009, considerando 7.

diferente al mismo concepto de derecho de acceso a la información pública contenido en el artículo 10 de la LAIP. Tampoco hasta la fecha hay algún pronunciamiento por parte del Consejo para la Transparencia que permita identificar las diferencias que pueden existir entre el concepto del derecho y este principio. Por nuestra parte consideramos que el legislador tampoco lo tuvo muy claro al momento de aprobar la ley y solo se trató de establecer un principio que viniera a reforzar la idea de que toda persona tiene derecho de acceder a la información pública en los términos previstos en esta normativa con las solas excepciones que la ley calificada contemple.

### **c.- El principio de apertura o transparencia**

Según lo establecido en el artículo 11 letra c) de la LAIP, el principio de apertura o transparencia postula que toda la información en poder de los órganos de la Administración del Estado se presume pública, salvo que esté sujeta a las excepciones legales.

Este principio es particularmente importante en cualquier sistema de acceso a la información pública, toda vez que se parte de la base que la información que se encuentra en poder de la Administración del Estado se presume pública, por lo tanto accesible a la ciudadanía, a menos que exista una excepción legal que impida su liberación.

La presunción de publicidad de la información trae como consecuencia por un lado, que se traslade a la Administración del Estado la obligación de probar que la información requerida no tiene este carácter, y por otro, que no resulta suficiente a ésta solo invocar una causal de secreto ya que debe acreditar fehacientemente su concurrencia al caso concreto. Sobre estos puntos volveremos más adelante al analizar el rol del Consejo

para la Transparencia.

#### **d.- El principio de máxima divulgación**

Este principio nos dice que los órganos de la Administración del Estado deben proporcionar información en los términos más amplios posibles, excluyendo de su entrega solo aquello que esté sujeto a las excepciones constitucionales o legales.

En virtud del principio de máxima divulgación, ha sostenido el Consejo para la Transparencia, que “la inexistencia de la información es una circunstancia de hecho, cuya sola invocación no exime a los órganos de la Administración de su obligación de entregarla. Esta alegación debe ser fundada, indicando en forma clara el motivo por el cual la información requerida no obra en su poder, debiendo ser acreditada en forma fehaciente”<sup>302</sup>. Por el contrario, “no habiéndose acreditado fehacientemente la búsqueda exhaustiva de la información solicitada, ni obrando en poder de este Consejo antecedentes que den cuenta del agotamiento de todos los medios a su disposición e instancias para encontrar los antecedentes solicitados, este Consejo procederá a rechazar la causal de hecho alegada por la reclamada y ordenará la entrega de la nómina o listado de funcionarios de Carabineros de Chile que participaron en la investigación del denominado caso Alto Hospicio, o en caso de no obrar ésta en su poder, indique los motivos concretos que justifiquen y fundamenten su inexistencia”<sup>303</sup>.

---

<sup>302</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C1265-16, Sergio Lamas Alarcón con Municipalidad de Chaitén, 24/06/2016, considerando 3.

<sup>303</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C1577-15, Matías Rojas Medina con Carabineros de Chile, 09/09/2016, considerando 5.

### **e.- El principio de divisibilidad**

El artículo 11 letra e) de la LAIP dispone que el principio de divisibilidad implica que si un acto administrativo contiene información que puede ser conocida e información que está sujeta a las causales de reserva o secreto, se dará acceso a la primera y no a la segunda.

Este principio tiene una gran importancia práctica ya que permite a la Administración del Estado dar cumplimiento al requerimiento formulado aún cuando exista alguna información amparada por una causal de reserva o secreto. Así por ejemplo, el Consejo para la Transparencia ha resuelto acoger “el amparo en este punto y se ordenará a la Municipalidad de Las Condes entregar al reclamante el acta del Concejo Municipal en el cual se discutió el proyecto de cierre del Parque Montegrande, entendiendo por ésta el acta de la sesión ordinaria del Concejo Municipal N° 879 de 14 de enero de 2016, debiendo tarjar los datos personales de contexto, tales como números de cédula de identidad, domicilios particulares y teléfonos, entre otros, en forma previa a su entrega, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2°, letra f), 4° y 7°, de la ley N° 19.628, sobre protección a la vida privada. Lo anterior en cumplimiento de la atribución conferida a este Consejo por el artículo 33, letra m), de la Ley de Transparencia, y en aplicación del principio de divisibilidad, reconocido por el artículo 11, letra e), del mismo cuerpo legal”<sup>304</sup>.

### **f.- El principio de facilitación**

De acuerdo a este principio, los mecanismos y procedimientos para el acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado debe

---

<sup>304</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C716-16, Cristóbal Miranda Mery con Municipalidad de las Condes, 28/06/2016, considerando 12.

facilitar el ejercicio del derecho, excluyendo exigencias o requisitos que pueda obstruirlo o impedirlo. En este sentido, es bastante usual que el Consejo para Transparencia decrete ordenar la derivación de la solicitud de acceso al órgano en cuyo poder debe esta información encontrarse, a pesar de no acoger el amparo deducido en contra de un determinado órgano de la Administración<sup>305</sup>. Del mismo modo, en aplicación del principio de facilitación, el Consejo para la Transparencia, ha ordenado hacer entrega de la información solicitada, aunque ésta haya sido entregada fuera de plazo, y sin perjuicio de las responsabilidades que correspondan, a la parte solicitante<sup>306</sup>.

En la Decisión A-255-09<sup>307</sup> el Consejo resolvió un amparo de acceso a la información originada en la negativa de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) de entregar la información solicitada por una ciudadana, argumentando que la requirente pidió la entrega de información en representación de los Lonkos Pascual Pichón y Aniceto Noria (pueblos originarios), sin embargo, no acreditó dicha representación y por tanto no existe claridad si la misma es solicitada a título personal o en representación de las comunidades indígenas. En este orden de cosas el órgano administrativo (CONADI) le exige aclarar esta situación y una vez subsanado este defecto formal recién se procedería a resolver sobre el fondo de la solicitud formulada, todo según lo establecido en el artículo 12º letra a) de la LAIP que dispone que “la solicitud de acceso a la información será formulada por escrito o por sitios electrónicos y deberá contener: a) nombre, apellidos y dirección del solicitante y de su apoderado, en su caso”, previendo la misma

---

<sup>305</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C1517-16, Rodolfo José Novakovic Cerda con Servicio de Impuestos Internos, 28/06/2016, considerando 6.

<sup>306</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C729-16, Cristián Catalán Moraga con Servicio de Cooperación Técnica (SERCOTEC), 28/06/2016, considerando 14.

<sup>307</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° A255-09, Ylenia Hartog con Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), 06/04/2010.

disposición que “si la solicitud no reúne los requisitos señalados en el inciso anterior, se requerirá al solicitante para que, en un plazo de cinco días contado desde la respectiva notificación, subsane la falta, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá desistido de su petición”.

En este asunto el Consejo para la Transparencia, a la luz del principio de facilitación, parte sobre el supuesto que los órganos de la Administración del Estado deben facilitar el ejercicio del derecho, excluyendo exigencias o requisitos que puedan obstruirlo o impedirlo. Por lo tanto, estimó el Consejo que, analizando lo dispuesto en el artículo 12º letra a), se concluye que esta norma no indica expresamente si el apoderado del solicitante debe acreditar su personería ante el órgano requerido. Frente al silencio de la LAIP debe aplicarse en subsidio lo dispuesto en la Ley Nº 19.880 sobre procedimiento administrativo. En virtud de esta normativa el Consejo consideró que un tercero que dice actuar a nombre de otro debe acreditar su personería con un fin precautorio, con el objeto de proteger a terceros que no se han pronunciado en el procedimiento de entrega de la información.

En este contexto, y con el objeto de facilitar la entrega de la información el Consejo solicitó a la requirente acreditar su personería dentro de procedimiento de reclamo y entregar la información solicitada.

Como se puede apreciar la decisión del Consejo formulada en este caso concreto busca la eficiencia y la facilitación de la entrega de la información a la ciudadana requirente. Por lo tanto le evita volver a empezar todo el trámite de nuevo, acreditando la personería ante el órgano requerido, entiendo que este requisito se tendrá por cumplido si se verifica dentro del propio procedimiento seguido ante el Consejo.

Por su parte, en la decisión pronunciada en el Rol C843-14<sup>308</sup> el Consejo para la Transparencia con el objeto de facilitar el acceso de la información al ciudadano requeriente optó por hacer entrega de esta directamente dentro del proceso de reclamación respectivo. En efecto, con fecha 26 de marzo de 2014, el requeriente solicita a la Municipalidad de Buin una serie de documentos relacionados con contrato de mejoramiento de alumbrado público para la comuna de Buin. Ante la ausencia de respuesta por parte de la Municipalidad dentro del plazo legal, el requirente deduce el amparo a su derecho de acceso a la información pública en contra de la Municipalidad. Notificado el Alcalde de la Municipalidad en el proceso de amparo, al formular sus descargos entrega parte de la información solicitada al Consejo.

Pronunciada la decisión final, el Consejo para la Transparencia, además de representar al Alcalde de la Municipalidad de Buin la falta incurrida por no responder a la solicitud de entrega de la información dentro del plazo, a fin de facilitar la información requerida, remite directamente al reclamante, conjuntamente con la notificación de la decisión la información recibida en los descargos de la autoridad alcaldía.

Finalmente, el principio de facilitación guarda una estrecha relación con el principio de divisibilidad, pues en caso de concurrir alguna causal de reserva o secreto respecto a una determinada información, la Administración del Estado, debe aplicar este principio, tarjando la información que no puede ser liberada y entregando el resto, facilitando el acceso a la información al requirente.

---

<sup>308</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C843-14, Nivaldo Sepúlveda Verdugo con Municipalidad de Buin, 17/12/2014.

### **g.- El principio de no discriminación**

Según este principio, consagrado expresamente en el artículo 11 letra g) de la LAIP, los órganos de la Administración del Estado deben entregar información a todas las personas que lo soliciten, en igualdad de condiciones, sin hacer distinciones arbitrarias y sin exigir expresión de causa o motivo para la solicitud.

Entendemos que el contenido de este principio constituye una de las piedras angulares del derecho de acceso a la información pública, pues el ciudadano que requiere la información es libre de hacerlo y no está obligado a dar explicaciones de las razones o motivos que se encuentran tras esa solicitud, ya que en caso contrario se lo podría estar inhibiendo en el ejercicio de su derecho. A la luz de este principio, ha entendido el Consejo para la Transparencia, que “el órgano reclamado no está facultado para hacer distinciones en cuanto a la persona que requirió la información ni requerir otros datos de identidad distintos a los exigidos en el artículo 12 de la citada Ley. Tampoco se encuentra habilitado para consultar al requirente sobre los motivos que fundan su requerimiento ni los fines para los cuales se solicita información de naturaleza pública que obra en poder de un Órgano de la Administración”<sup>309</sup>.

### **h.- El principio de oportunidad**

Conforme a este principio, recogido en la letra h) del artículo 11 de la LAIP, la información debe ser entregada dentro de los plazos legales, con la máxima celeridad posible y evitando todo tipo de trámites dilatorios. En otras palabras, no basta con la entrega de la información por parte del órgano

---

<sup>309</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C401-16, Demetrio Venegas Castro con Servicio de Impuestos Internos (SII), 03/05/2016, considerando 11.



requerido, esta entrega debe llevarse a cabo en un tiempo tal que resulte útil para los fines requeridos. El Consejo para la Transparencia ha señalado que la no entrega oportuna de la información requerida y que se encuentra en poder del órgano respectivo constituye una “falta de diligencia en su actuar” que compromete su responsabilidad<sup>310</sup>.

La entrega tardía de la información solicitada puede ocasionar perjuicios al requirente, en cuyo caso no solo se deben activar los mecanismos para hacer efectiva la responsabilidad contemplados en la LAIP sino también se puede ver comprometida la responsabilidad extracontractual del Estado Administrador por falta de servicio.

#### **i.- El principio de control**

De acuerdo a este principio, contemplado en el artículo 11 letra i) de la LAIP, el cumplimiento de las normas que regulan el derecho de acceso a la información será objeto de fiscalización permanente, y las resoluciones que recaigan en solicitudes de acceso a la información son reclamables ante un órgano externo.

La actividad de control en el cumplimiento de las disposiciones contenidas en la LAIP debe producirse en primer lugar en el ámbito interno a la luz del principio de jerarquía de la Administración del Estado contemplado en los artículos 7 y 11 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en virtud del cual el Servicio debe exigir a los funcionarios el cumplimiento de sus funciones y obligaciones, dentro de las cuales se encuentran las obligaciones derivadas de la

---

<sup>310</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C1392-16, Sergio Avendaño con Superintendencia de Educación Escolar, 24/06/2016, acuerdo III.

transparencia.

En el ámbito externo, en Chile el órgano encargado de llevar a cabo esta labor de control en relación al cumplimiento de las normas de la LAIP es el denominado Consejo para la Transparencia, sin perjuicio, del papel que la propia norma legal asigna al Poder Judicial (Corte de Apelaciones) conociendo del reclamo de ilegalidad contemplado en el artículo 28 de la Ley Nº 20.285 y que detallaremos más adelante.

#### **j.- El principio de responsabilidad**

Establece el artículo 11 letra j) de la LAIP que el incumplimiento de las obligaciones que esta ley impone a los órganos de la Administración del Estado, origina responsabilidades y da lugar a las sanciones que establece esta misma ley.

#### **k.- El principio de gratuidad**

Establece el artículo 11 letra k) de la LAIP el acceso a la información de los órganos de la Administración es gratuito, es decir, este acceso no puede ser objeto de cobro por parte de la misma. La sola posibilidad de que esta información fuere accesible previo el pago de cualquier expensas podría generar una suerte de discriminación intolerable entre quienes pueden pagar y quiénes no.

En todo caso, es preciso advertir que el principio de gratuidad no exime al requirente de pagar por los costos asociados a la reproducción material de la información solicitada. En este sentido el Consejo para la Transparencia ha sostenido “que no se podrá efectuar cobro alguno si la

remisión de la información se realiza telemáticamente salvo que el documento no se encuentre digitalizado y sea necesario fotocopiarlo para su posterior escaneo. Del mismo modo, en virtud de este principio solo se podrá exigir el pago de los costos directos de reproducción y de los demás valores que una ley expresamente autorice cobrar por la entrega de la información solicitada”<sup>311</sup>. La gratuidad aludida en la LAIP debe ser completada con el artículo 20 de su Reglamento, en virtud del cual se dispone “que se entenderá por costos directos de reproducción todos aquellos que sean necesarios para obtener la información en el soporte que el requirente haya solicitado, excluyendo el valor del tiempo que ocupe el o los funcionarios para realizar la reproducción.”

Además de los principios legales que deben informar el ejercicio del derecho, valga decir que el Reglamento en el Título II, “Principios y garantías del derecho de acceso a la información”, párrafo 1º, “de los principios del derecho de acceso a la información”, entre sus artículo 10º al 20º vuelve a dar cuenta de éstos.

### **3.- La solicitud de acceso a la información pública**

De acuerdo a la normativa que regula el ejercicio del derecho de acceso a la información a la luz de la LAIP y de su Reglamento, es dable concluir que el ejercicio del derecho da inicio a un procedimiento administrativo especial de acceso a la información pública.

Según el artículo 18 de la Ley Nº 19.880, que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, se entiende por procedimiento administrativo “la

---

<sup>311</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo Nº C346-16, Renato Marchionio Cuevas con Municipalidad de Cunco, 03/06/2016, considerando 8.

sucesión de actos trámites vinculados entre sí, emanados de la Administración y, en su caso, de particulares interesados, que tienen por finalidad producir un acto administrativo terminal”.

Por su parte, el Consejo para la Transparencia ha precisado este concepto en la Instrucción General N° 10, Sobre el procedimiento administrativo de acceso a la información<sup>312</sup>, señalando que el procedimiento administrativo de acceso a la información es “una sucesión de actos trámites vinculados entre sí, a través de los cuales una persona, en ejercicio del derecho de acceso a la información, requiere a un órgano de la Administración del Estado, la entrega de información que obre en su poder y que concluye con una decisión formal de éste”.

En las páginas que siguen daremos cuenta de los principales aspectos de este procedimiento de acceso a la información, el cual, de acuerdo a lo dispuesto en la ya aludida instrucción general del Consejo para la Transparencia, se compone de 4 etapas, a saber: i) etapa de presentación y recepción de la solicitud de acceso a la información, la que se encuentra conformada por el ingreso o presentación de la solicitud de acceso a la información y su recepción por parte del órgano administrativo respectivo; ii) etapa de análisis formal de la solicitud de acceso a la información, que se encuentra conformada por la verificación de la competencia del órgano, la revisión de los aspectos formales de la solicitud y su eventual subsanación, por la búsqueda de la información y, cuando corresponda, por la determinación, notificación y eventual oposición de los terceros cuyos derechos pudieran verse afectados; iii) etapa de resolución de la solicitud de acceso a la información, que se encuentra integrada por la revisión de fondo de la solicitud, por la presentación y firma del acto administrativo de

---

<sup>312</sup> Publicada en el Diario Oficial N° 40.137, de 17/12/2011.

respuesta por parte del órgano respectivo y su correspondiente notificación al peticionario; y, iv) etapa de cumplimiento de lo resuelto, en donde se harán efectivo el eventual cobro de los costos directos de reproducción y certificación de la misma, de haber sido dispuesta en la etapa de resolución.

Dado lo anterior, la implementación del derecho de acceso a la información pública que se encuentra en poder de los órganos de la Administración del Estado, cuando se lleva a cabo en sede administrativa propiamente tal siempre reconoce las cuatro etapas precedentemente indicadas.

#### **a.- La solicitud de información**

La solicitud de acceso a la información puede ser formulada por escrito o a través de los sitios electrónicos<sup>313</sup>.

En concordancia con la LAIP, el artículo 27 del Reglamento, en su Título III, "Procedimiento administrativo del derecho de acceso a la información", establece que el procedimiento administrativo de petición, se iniciará mediante la presentación de una solicitud del sujeto activo<sup>314</sup>, ante el órgano de la Administración del Estado competente. Cualquiera que sea la forma la solicitud debe contener: el nombre, apellidos y dirección del solicitante y de su apoderado, en su caso, la identificación clara de la

---

<sup>313</sup> Artículo 12 LAIP.

<sup>314</sup> El mismo Reglamento, en su Título I, "Elementos del derecho de acceso a la información", en su artículo 4º y 5º se encarga de definir que debe entenderse por sujeto activo y sujeto pasivo del derecho. De tal modo, sujeto activo es toda persona que tiene derecho a solicitar, acceder y recibir información que obre en poder de los órganos de la Administración del Estado, con las solas excepciones o limitaciones establecidas por leyes de quórum calificado, y en la forma y condiciones que establece la ley. Por su parte, son sujetos pasivos del derecho de acceso a la información pública los órganos y servicios públicos a que se refiere el inciso 1º del artículo 2º del Reglamento.

información que se requiere<sup>315</sup>, la firma del solicitante estampada por cualquier medio habilitado y el órgano administrativo al que se dirige.

El propio Consejo para la Transparencia ha señalado que en este procedimiento administrativo especial, el solicitante, requirente, peticionario o sujeto activo es “cualquier persona que solicita información pública, sin que a este respecto tenga aplicación incapacidad alguna, incluidas las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras”<sup>316</sup>. Del mismo modo se ha precisado el concepto de órgano, servicio, órgano requerido, órgano administrativo, órgano o servicio público, o sujeto pasivo, indicando que éste corresponde a cualquier órgano de la Administración del Estado correspondiente a aquellos señalados en el inciso primero del artículo 21 de la LAIP<sup>317</sup>.

Si la solicitud no reúne los requisitos señalados, se debe requerir al solicitante para que, en un plazo de cinco días contado desde la respectiva notificación, subsane la falta, con indicación de que si no lo hiciere, se le tendrá por desistido de su petición. Cabe hacer presente que de acuerdo a la LAIP el órgano administrativo se encuentra obligado a requerir al solicitante la necesidad de subsanar la falta, norma que es una consecuencia directa del principio de facilitación<sup>318</sup>.

Además, se precisa que el requirente contará con un plazo de 5 días

---

<sup>315</sup> Según el artículo 28 letra b) del Reglamento, se entenderá que una solicitud identifica claramente la información cuando indica las características esenciales de ésta, tales como su materia, fecha de emisión o período de vigencia, origen o destino, soporte, etcétera.

<sup>316</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Instrucción General N° 10, sobre el procedimiento administrativo de acceso a la información, Diario Oficial de 17/12/2012.

<sup>317</sup> *Ídem*.

<sup>318</sup> Más específicamente en la Instrucción General N°10 del Consejo para la Transparencia ya aludida, se establece que para el caso de no cumplir con los requisitos de la solicitud señalados en la LAIP y precisados en la misma Instrucción General, se deberá comunicar de inmediato al requirente de esta situación, indicándole con exactitud cuál o cuáles requisitos debe subsanar y la forma de hacerlo.

hábiles contados desde la correspondiente notificación, bajo el apercibimiento de tenérsele por desistido de su petición, sin necesidad de dictar una resolución posterior que declare el respectivo incumplimiento.

En cuanto a las notificaciones, la ley permite que el solicitante exprese en su solicitud, su voluntad de ser notificado mediante comunicación electrónica para todas las actuaciones y resoluciones del procedimiento administrativo de acceso a la información, debiendo indicar para ello, bajo su responsabilidad, una dirección de correo electrónico habilitada.

Si no hace uso de su derecho a solicitar la notificación electrónica, las notificaciones se realizarán de acuerdo a las reglas contenidas en los artículos 46 y 47 de la Ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos<sup>319</sup>.

Para el evento que el órgano de la Administración del Estado que sea requerido no sea competente para ocuparse de la solicitud de información o no posea los documentos solicitados, enviará de inmediato la solicitud a la autoridad que debe conocerla según el ordenamiento jurídico, en la medida que ésta sea posible de individualizar, informando de ello a la persona que ha

---

<sup>319</sup> En conformidad al artículo 46 de la Ley N° 19.880, las notificaciones se harán por escrito, mediante carta certificada dirigida al domicilio que el interesado hubiere designado en su primera presentación o con posterioridad. Estas notificaciones por carta certificada se entenderán practicadas a contar del tercer día siguiente a su recepción en la oficina de Correos que corresponda. Las notificaciones podrán, también, hacerse de modo personal por medio de un empleado del órgano correspondiente, quien dejará copia íntegra del acto o resolución que se notifica en el domicilio del interesado, dejando constancia de tal hecho. Asimismo, las notificaciones podrán hacerse en la oficina o servicio de la Administración, si el interesado se apersonare a recibirla, firmando en el expediente la debida recepción. Si el interesado requiriere copia del acto o resolución que se le notifica, se le dará sin más trámite en el mismo momento. Por su parte en el artículo 47 de la citada ley se contempla una especie de notificación tácita, de tal manera, aun cuando no hubiere sido practicada notificación alguna, o la que existiere fuere viciada, se entenderá el acto debidamente notificado si el interesado a quien afectare, hiciere cualquier gestión en el procedimiento, con posterioridad al acto, que suponga necesariamente su conocimiento, sin haber reclamado previamente de su falta o nulidad.

formulado el requerimiento. Cuando no sea posible individualizar al órgano competente o si la información solicitada pertenece a múltiples organismos, el órgano requerido comunicará dichas circunstancias al solicitante<sup>320</sup>.

Como se puede apreciar, esta solución adoptada por el legislador busca facilitar el acceso del ciudadano a la información pública, trasladando la obligación al órgano requerido de facilitar dicho acceso al requirente. Nuevamente aparece una clara manifestación del principio de facilitación.

Una vez formulado el requerimiento o solicitud, la autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado<sup>321</sup>, requerido, deberá pronunciarse sobre la solicitud, sea entregando la información solicitada o negándose a ello, en un plazo máximo de veinte días hábiles, contado desde la recepción de la solicitud que cumpla con los requisitos que prescribe la ley<sup>322</sup>.

Se contempla la posibilidad que este plazo sea prorrogado excepcionalmente por otros diez días hábiles, cuando existan circunstancias que hagan difícil reunir la información solicitada, caso en que el órgano requerido deberá comunicar al solicitante, antes del vencimiento del plazo, la prórroga y sus fundamentos. Como se puede entender, si bien esta prórroga es una facultad que la LAIP le entrega al órgano requerido, y que por tanto es él quien deberá ponderar las circunstancias que la justifican, esta decisión debe ser excepcional, esto es, se debe hacer todo lo posible para entregar la información dentro del plazo que constituye la regla general y ella debe estar

---

<sup>320</sup> Artículo 13 LAIP.

<sup>321</sup> Recordemos que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1 de la LAIP y artículo 3 letra b) del Reglamento respectivo, “la autoridad o jefatura superior del órgano o servicio de la Administración del Estado es la autoridad con competencia comunal, provincial, regional o, en su caso, el jefe superior del servicio a nivel nacional”.

<sup>322</sup> Artículo 14 LAIP.



fundada.

Cuando la información solicitada esté permanentemente a disposición del público, o lo esté en medios impresos tales como libros, compendios, folletos, archivos públicos de la Administración así como también en formatos electrónicos disponibles en internet o en cualquier otro medio, se comunicará al solicitante la fuente, el lugar y la forma en que puede tener acceso a dicha información, con lo cual se entenderá que la Administración ha cumplido con su obligación de informar<sup>323</sup>.

Una vez formulado el requerimiento en forma legal la autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, requerido, estará obligado a proporcionar la información que se le solicite, salvo que concurra la oposición regulada en el artículo 20 o algunas de las causales de secreto o reserva que establece la ley, ambas instituciones que tendremos la oportunidad de analizar más adelante<sup>324</sup>.

La negativa a entregar la información deberá formularse por escrito, por cualquier medio, incluyendo los electrónicos. Las negativas además deberán ser fundadas, especificando la causa legal invocada y las razones que en cada caso motiven su decisión.

La resolución denegatoria se notificará al requirente en la forma dispuesta en el inciso final del artículo 12 y la reclamación recaída en ella se deducirá con arreglo a lo previsto en los artículos 24 y siguientes de la LAIP, es decir, se tramitará de acuerdo a las reglas de reclamación ante el Consejo para la Transparencia.

---

<sup>323</sup> Artículo 15 LAIP.

<sup>324</sup> Artículo 16 LAIP.

En conclusión admitida a trámite la solicitud, el órgano requerido tendrá tres alternativas: entregar la información, comunicar a los terceros la facultad que les asiste para oponerse a la entrega, o denegar la solicitud.

La información solicitada se entregará en la forma y por el medio que el requirente haya señalado, siempre que ello no importe un costo excesivo o un gasto no previsto en el presupuesto institucional, casos en que la entrega se hará en la forma y a través de los medios disponibles<sup>325</sup>.

Esta norma además dispone que se deba contar con un sistema que certifique la entrega efectiva de la información al solicitante, que contemple las provisiones técnicas correspondientes.

En virtud del principio de gratuidad que informa el ejercicio del derecho de acceso a la información, solo se podrá exigir el pago de los costos directos de reproducción y de los demás valores que una ley expresamente autorice cobrar por la entrega de la información solicitada. Valga destacar que la obligación del órgano requerido se suspende en tanto el interesado no cancele los costos y valores mencionados.

Finalmente, la entrega de copia de los actos y documentos se hará por parte del órgano requerido sin imponer condiciones de uso o restricciones a su empleo, salvo las expresamente estipuladas en la ley<sup>326</sup>.

## **b.- El derecho de oposición**

La LAIP contempla la posibilidad que cuando la solicitud de acceso se refiera a documentos o antecedentes que contengan información que pueda

---

<sup>325</sup> Artículo 17 LAIP.

<sup>326</sup> Artículo 19 LAIP.

afectar los derechos de terceros, la autoridad o jefatura o jefe superior del órgano de la Administración del Estado, requerido, dentro del plazo de dos días hábiles, contado desde la recepción de la solicitud que cumpla con los requisitos, deberá comunicar mediante carta certificada, a la o las personas a que se refiere o afecta la información correspondiente, la facultad que les asiste para oponerse a la entrega de los documentos solicitados, adjuntando copia del requerimiento respectivo<sup>327</sup>. Se debe entender por terceros a “cualquier persona, distinta del requirente o del órgano público, que pueda ver afectados sus derechos con la entrega de la información que se solicita en el procedimiento administrativo de acceso”<sup>328</sup>.

Los terceros afectados podrán ejercer su derecho de oposición dentro del plazo de tres días hábiles contados desde la fecha de notificación. La oposición deberá presentarse por escrito y requerirá expresión de causa. En este caso, la obligación de fundamentar la oposición es del todo comprensible, pues la regla general es el pleno acceso a la información que se encuentra en poder de la Administración del Estado y si la oposición no exigiera motivación la regla general se estaría desvirtuando innecesariamente.

Deducida la oposición en tiempo y forma, el órgano requerido quedará impedido de proporcionar la documentación o antecedentes solicitados, salvo resolución en contrario del Consejo para la Transparencia, dictada conforme al procedimiento legal.

En caso de no deducirse la oposición, se entenderá que el tercero afectado accede a la publicidad de dicha información.

---

<sup>327</sup> Artículo 20 LAIP.

<sup>328</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Instrucción General N° 10...

### **c.- Las causales de reserva o secreto**

Hemos indicado que de acuerdo a la normativa constitucional y legal, la publicidad como principio inspirador del ejercicio de la función pública es la regla general, por lo que las hipótesis en que debe ceder esta regla general son excepcionalísimos y ellas solo pueden tener un sustento en la causales indicadas expresamente en el Carta Fundamental y en la Ley de Transparencia. Además estas causales son de derecho estricto, no admiten una interpretación e integración analógica y su interpretación debe ser restrictiva.

Las cuasales de reserva o secreto se encuentran establecidas en el artículo 21 de la LAIP, pero atendida la importancia de esta materia para el ejercicio del derecho de acceso a la información pública hemos optado por desarrollarlas con meridiana profundidad en un apartado especial al final del presente Capítulo.

### **d.- El amparo ante el Consejo para la Transparencia**

La LAIP establece que vencido el plazo legal para la entrega de la documentación requerida, o denegada la petición, el requirente tendrá derecho a recurrir ante el Consejo para la Transparencia, solicitando el amparo a su derecho de acceso a la información<sup>329</sup>.

La reclamación deberá señalar claramente la infracción cometida y los hechos que la configuran, y deberá acompañarse de los medios de prueba que los acrediten, en su caso.

---

<sup>329</sup> Artículo 24 LAIP.

Además deberá presentarse dentro del plazo de quince días, contado desde la notificación de la denegación de acceso a la información o desde que haya expirado el plazo previsto en el artículo 14 para la entrega de la información.

Cuando el requirente tenga su domicilio fuera de la ciudad asiento del Consejo (Santiago), podrá presentar su reclamo en la respectiva gobernación, la que deberá transmitirla al Consejo de inmediato y por el medio más expedito de que disponga. En estos casos, el reclamo se entenderá presentado en la fecha de su recepción por la gobernación.

El Consejo pondrá formularios de reclamos a disposición de los interesados, los que también proporcionará a las gobernaciones.

Una vez recibida la reclamación el Consejo para la Transparencia notificará de la misma al órgano de la Administración del Estado correspondiente y al tercero involucrado, si lo hubiere, mediante carta certificada<sup>330</sup>.

La autoridad reclamada y el tercero, en su caso, podrán presentar descargos u observaciones al reclamo dentro del plazo de diez días hábiles, adjuntando los antecedentes y los medios de prueba de que dispusieren.

Además, el Consejo, de oficio o a petición de las partes interesadas, podrá, si lo estima necesario, fijar audiencias para recibir antecedentes o medios de prueba.

Cuando la resolución del Consejo para la Transparencia que falle el

---

<sup>330</sup> Artículo 25 LAIP.

reclamo declare que la información que lo motivó es secreta o reservada, también tendrán dicho carácter los escritos, documentos y actuaciones que hayan servido de base para su pronunciamiento<sup>331</sup>. En caso contrario, la información y dichos antecedentes y actuaciones serán públicos, en la situación prevista en el inciso precedente, el reclamante podrá acceder a la información una vez que quede ejecutoria la resolución que así lo declare.

La LAIP ordena que la resolución del reclamo se dictará dentro de quinto día hábil vencido el plazo para formular descargos u observaciones indicados en el artículo 25, ya sea que estos se hayan presentado o no. En caso de haberse decretado la audiencia a que se refiere ese mismo artículo 25, este plazo correrá una vez vencido el término fijado para ésta. La resolución del Consejo que otorgue el acceso a la información, fijará un plazo prudencial para su entrega por parte del órgano requerido<sup>332</sup>.

Esta resolución será notificada mediante carta certificada al reclamante, al órgano reclamado y al tercero, si lo hubiere.

En la misma resolución, el Consejo podrá señalar la necesidad de iniciar un procedimiento disciplinario para establecer si algún funcionario o autoridad ha incurrido en algunas de las infracciones previstas en la propia LAIP.

La LAIP contempla la posibilidad de reclamo de ilegalidad para el evento que el Consejo deniegue el acceso a la información. Este reclamo de ilegalidad será conocido por la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante<sup>333</sup>. La ley expresamente obsta la posibilidad que los órganos de la

---

<sup>331</sup> Artículo 26 LAIP.

<sup>332</sup> Artículo 27 LAIP.

<sup>333</sup> Artículo 28 LAIP.

Administración del Estado puedan reclamar ante la Corte de Apelaciones de la resolución del Consejo que otorgue el acceso a la información que hubieren denegado, pero solo cuando la denegación se hubiera fundado en la causal del número 1 del artículo 21<sup>334</sup>. En este mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago sostuvo que “el artículo 28 de esta ley dispone que los órganos de la Administración del Estado no tendrán derecho a reclamar ante la Corte de Apelaciones de la resolución del Consejo que otorgue el acceso a la información que hubieren denegado, cuando la denegación se hubiere fundado en la causal del N° 1 del artículo 21. De este modo, el reclamo por la citada causal es improcedente por no estar legitimada activamente la Policía de Investigaciones de Chile para deducirlo”<sup>335</sup>.

Por lo mismo, y aunque sea redundante señalarlo, la Administración del Estado, sí puede acudir a la Corte de Apelaciones respectiva cuando la denegación de entrega de información se funde en las otras causales legales.

El afectado, es decir, la persona a la que se le ha denegado el acceso a la información, también podrá reclamar ante la Corte de Apelaciones respectiva, cuando la causal invocada hubiere sido la oposición oportunamente deducida por el titular de la información, en conformidad al artículo 20 de la misma ley.

---

<sup>334</sup> Recordemos que esta causal es la siguiente: 1.- cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente: si es en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito o se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales; tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sean adoptadas; tratándose de requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales.

<sup>335</sup> CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Sentencia 25/10/2012, caso Policía de Investigaciones de Chile contra Consejo para la Transparencia, Rol N° 2267-2010 (N° Identificador Westlaw Chile CL/JUR/8706/2010).

En cuanto al plazo para interponerse en reclamo, éste será de quince días corridos, contado desde la notificación de la resolución reclamada. El reclamo deberá contener los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya y las peticiones concretas que se formulan.

Finalmente, en caso que la resolución reclamada hubiere otorgado el acceso a la información denegada por un órgano de la Administración del Estado, la interposición del reclamo, cuando fuere procedente, suspenderá la entrega de la información solicitada y la Corte de Apelaciones no podrá decretar medida alguna que permita el conocimiento o acceso a ella<sup>336</sup>.

#### **e.- El reclamo ante la Corte de Apelaciones**

La LAIP dispone que en contra de la decisión del Consejo para la Transparencia adoptada en el procedimiento de amparo al ejercicio del derecho de acceso procede un reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones respectiva<sup>337</sup>. En primer lugar se establece que a Corte de Apelaciones dispondrá que el reclamo de ilegalidad sea notificado por cédula al Consejo y al tercero interesado, en su caso, quienes dispondrán del plazo de diez días para presentar sus descargos u observaciones.

Evacuado el traslado por el Consejo para la Transparencia, o vencido el plazo de que dispone para formular observaciones, el tribunal ordenará traer los autos en relación y la causa se agregará extraordinariamente a la tabla de la audiencia más próxima, previo sorteo de la sala.

Además, la Corte de Apelaciones podrá, si lo estima pertinente, abrir

---

<sup>336</sup> Artículo 29 LAIP.

<sup>337</sup> Artículo 30 LAIP.



un término probatorio que no podrá exceder de siete días, y escuchar los alegatos de las partes.

La Corte de Apelaciones dictará sentencia dentro del término de diez días, contados desde la fecha en que se celebre la audiencia probatoria o, en su caso, desde que quede ejecutoriada la resolución que declare vencido el término probatorio. Contra esta resolución no procederá recurso alguno.

Para el evento de acogerse el reclamo de ilegalidad interpuesto contra la denegación del acceso a la información, la sentencia señalará un plazo para la entrega de dicha información. Y, en esta misma resolución, la Corte podrá señalar la necesidad de iniciar un procedimiento disciplinario para establecer si algún funcionario o autoridad ha incurrido en alguna de las infracciones legales.

#### **4.- Sanciones previstas en la ley**

En el Título VI de la LAIP aparecen reguladas las infracciones y sanciones que proceden para el caso de inobservancia de las obligaciones impuestas en la misma.

De este modo, la autoridad o jefatura superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, requerido, que hubiere denegado infundadamente el acceso a la información, contraviniendo, así, lo dispuesto en el artículo 16, será sancionado con multa de 20% a 50% de su remuneración<sup>338</sup>.

Por su parte, la no entrega oportuna de la información en la forma

---

<sup>338</sup> Artículo 45 LAIP.

decretada, una vez que ha sido ordenada por resolución firme, será sancionada con multa de 20% a 50% de la remuneración correspondiente. Ahora, si la autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, requerido, persistiere en su actitud, se le aplicará el duplo de la sanción indicada y la suspensión en el cargo por un lapso de cinco días<sup>339</sup>.

La LAIP también se encarga de sancionar el incumplimiento injustificado de las normas sobre transparencia activa, con las mismas multas precedentemente indicadas<sup>340</sup>.

Estas sanciones, deberán ser publicadas en los sitios electrónicos del Consejo para la Transparencia y del respectivo órgano o servicio, dentro del plazo de cinco días hábiles, contados desde que la respectiva resolución quede a firme<sup>341</sup>.

El órgano competente para aplicar estas sanciones es el propio Consejo para la Transparencia, previa instrucción de una investigación sumaria o sumario administrativo, de acuerdo a las reglas del Estatuto Administrativo. Con todo, cuando así lo solicite el Consejo, la Contraloría General de la República, de acuerdo a las normas de su ley orgánica, podrá incoar el sumario y establecer las sanciones que correspondan<sup>342</sup>.

---

<sup>339</sup> Artículo 46 LAIP.

<sup>340</sup> Artículo 47 LAIP.

<sup>341</sup> Artículo 48 LAIP.

<sup>342</sup> Artículo 49 LAIP.

## **5.- Causales de reserva o secreto contempladas en la ley**

### **a.- La regulación legal de las causales de reserva o secreto**

#### **i.- Ideas preliminares**

Cabe destacar que “en los debates en el Congreso Nacional, especialmente aquellos llevados a cabo en la Comisión Mixta, se discutió si convenía generar una amplia norma que replicara las causales de reserva que autoriza la Constitución y se limitara a señalar algunos ejemplos, o si era mejor promover un detalle más pormenorizado de dichas causales”<sup>343</sup>.

Me parece que esta última técnica legislativa fue la correcta, es decir, y tal como sostiene el mismo SOTO VELASCO “la decisión del legislador de optar por causales genéricas especificándolas solo en casos muy precisos parece acertada. Si se hubiera seguido la otra opción, esto es, causales genéricas de reserva con numerosos ejemplos o especificaciones, se corría el riesgo de aumentar, en los hechos los espacios de reserva entregándole a los operadores ya no solo las causales genéricas que contempla la Constitución, sino que otras tan diversas como ambiguas en sus límites”<sup>344</sup>.

#### **ii.- Causales de reserva o secreto previstas en la ley**

De acuerdo al artículo 21 de la LAIP, las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes:

---

<sup>343</sup> SOTO VELASCO, S. Ley de Transparencia: desafíos en su aplicación. En *Temas de Agenda Pública*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, año 4, N° 30, 2009, p. 6.

<sup>344</sup> *Ídem*.

i.- Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte al debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente: si es en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito o se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales; Tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sean adoptadas; tratándose de requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales.

El artículo 7º letra c) del Reglamento de la Ley Nº 20.285, dice que debe entenderse por requerimientos genéricos “aquellos que carecen de especificidad respecto de las características esenciales de la información solicitada, tales como su materia, fecha de emisión o período de vigencia, autor, origen o destino, soporte, etcétera”. Además, esta misma disposición reglamentaria considera que “un requerimiento distrae indebidamente a los funcionarios cuando su satisfacción requiera por parte de éstos, la utilización de un tiempo excesivo, considerando su jornada de trabajo, o un alejamiento de sus funciones habituales”.

ii.- Cuando la publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derecho de carácter comercial o económico.

iii.- Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o la

mantención del orden público o la seguridad pública.

iv.- Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el interés nacional, es especial si se refieren a la salud pública o las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país.

v.- Cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8 de la Constitución.

#### **b.- La extensión de la reserva o secreto**

En conformidad a la LAIP, los actos que una ley de quórum calificado declare secretos o reservados mantendrán ese carácter hasta que otra ley de la misma jerarquía deje sin efecto dicha calificación<sup>345</sup>.

Transcurridos cinco años contados desde la notificación del acto que declara la calificación, el servicio u órgano que la formuló, de oficio o a petición de cualquier persona y por una sola vez, podrá prorrogarla por otros cinco años, total o parcialmente, evaluando el peligro de daño que pueda irrogar su terminación. Sin embargo, el carácter de secreto o reservado será indefinido tratándose de los actos y documentos que, en el ámbito de la defensa nacional, establezcan la planificación militar o estratégica, y de aquéllos cuyo conocimiento o difusión puedan afectar: la integridad territorial de Chile; la interpretación o el cumplimiento de un tratado internacional suscrito por Chile en materia de límites; la defensa internacional de los derechos de Chile y la política exterior del país de manera grave.

---

<sup>345</sup> Artículo 22 LAIP.

Los documentos en que consten los actos cuya reserva o secreto fue declarada por una ley de quórum calificado, deberán guardarse en condiciones que garanticen su preservación y seguridad por el respectivo órgano o servicio.

Los documentos en que consten los actos declarados secretos o reservados por un órgano o servicio, deberán guardarse en condiciones que garanticen su preservación o seguridad por el respectivo órgano o servicio, durante el plazo de diez años, sin perjuicio de las normas que regulen su entrega al Archivo Nacional.

Los resultados de las encuestas o sondeos de opinión encargados por los órganos de la Administración del Estado facultados para ello serán reservados hasta que finalice el período presidencial durante el que fueron efectuados, en resguardo del debido cumplimiento de las funciones de aquéllas.

Por último se establece que, según lo dispuesto en el artículo 23 de la LAIP, los órganos de la Administración del Estado deberán mantener un índice actualizado de los actos y documentos calificados como secretos o reservados de conformidad a esta ley, en las oficinas de información o atención del público usuario de la Administración del Estado, establecidas en el DS N° 680, de 1990, del Ministerio del Interior<sup>346</sup>.

La misma disposición señala que este índice incluirá la denominación de los actos, documentos e informaciones que sean calificados como secretos o reservados de conformidad a esta ley, y la individualización del acto o

---

<sup>346</sup> Publicado en el Diario Oficial N° 33.794, de 16/10/1990.

resolución en que conste tal calificación.

Entendemos que en materia de transparencia la regla general no puede ser otra más que la publicidad, pero tampoco podemos desconocer que sería absurdo absolutizar esta regla, pues una sociedad democrática tiene necesariamente que tolerar una cierta esfera de reserva o secreto, que en caso alguno se debe dar pie a que se eludan las normativas de publicidad.

Es por ello que las causales de reserva o secreto a las que hemos aludido deben ser interpretadas adecuadamente, desde una perspectiva finalista y en base a la Carta Fundamental, tanto por los órganos de la Administración del Estado, como por parte del Consejo para la Transparencia y las Corte de Apelaciones llamadas a conocer de los eventuales reclamos de legalidad que se deduzcan en contra de las decisiones de este Consejo.

Tal como sostiene SOTO VELASCO, “es tal vez en la interpretación de estas normas donde el Consejo deberá poner mayor atención para ir generando una jurisprudencia estable y conocida, que facilite la decisión de aquellos a quienes se les solicita la información”<sup>347</sup>.

Y en este sentido no puedo dejar de estar de acuerdo con el citado académico, pues “estas especificaciones o ejemplos en que se concreta cada una de las causales genéricas, no deben interpretarse como causales de reserva autónomas que operan independientemente de la causal genérica. Ello sería vulnerar la Constitución al invocar e incorporar nuevas causales que no están incluidas en la Carta Fundamental. Por esta razón, lo adecuado es interpretar la causal genérica y la especificación en forma conjunta”<sup>348</sup>.

---

<sup>347</sup> SOTO VELASCO, S. Ley de transparencia..., ob. cit., p. 6.

<sup>348</sup> *Ídem*.

## **6.- Conclusión**

En resumen, podemos señalar que la LAIP ha establecido un procedimiento de acceso a la información simple, con plazos razonables y estructurado sobre la base de principios que tienen aplicación práctica en la resolución de los requerimientos de amparo respectivos. Además, contempla la existencia de un procedimiento de amparo entregado a un órgano independiente como es el Consejo para la Transparencia, viene a garantizar un efectivo ejercicio del derecho por parte de la ciudadanía. En la parte final de la presente investigación entregaremos un visión crítica sobre esta normativa.

Finalmente, para concluir esta parte de nuestra investigación no podemos dejar de señalar que cualquier legislación sobre acceso a la información pública no solo debe reconocer el derecho, establecer un procedimiento para hacerlo efectivo y precisar estrictamente las causales de denegación de la información solicitada, sino que también debe considerar la existencia de un órgano independiente que sea el encargado de velar por el cumplimiento de la misma. La LAIP ha entregado esta labor al Consejo para la Transparencia.

El Capítulo siguiente lo hemos destinado al estudio detallado del Consejo para la Transparencia como órgano encargado de aplicar la LAIP y velar por el cumplimiento de sus objetivos.



## CAPÍTULO CUARTO: EL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA

### I.- Introducción

El derecho se encuentra repleto de instituciones teóricas que poco o nada tienen que ver con la realidad. Es más, en el plano de los derechos fundamentales muchos países se encargan de constitucionalizar o legalizar derechos sin prever herramientas, especialmente jurisdiccionales, que permitan a los ciudadanos hacerlos efectivos ante el evento de su desconocimiento o vulneración.

En el caso del derecho de acceso a la información pública, se hace más necesario contemplar los mecanismos que permitan hacerlo operativo, más aún, cuando los titulares o integrantes de los diversos órganos del Estado suelen tener razones bastante poderosas para seguir actuando bajo el amparo del secreto y la reserva<sup>349</sup>. Con esto queremos decir que de nada o de muy poco serviría la existencia de un derecho de esta naturaleza si los ciudadanos no pudieran impetrar su garantía ante órganos, ya sea jurisdiccionales o administrativos, independientes e imparciales y dotados de facultad de imperio para la ejecución de sus decisiones. Tal como advierte FERNÁNDEZ RAMOS “la aprobación de una Ley de Acceso a la Información, por muy bien intencionada y progresista que sea, no es en sí misma suficiente para generar la inversión en las prácticas y usos administrativos que requiere el derecho de acceso a la información, sino que la ley debe concebirse como un instrumento –desde luego imprescindible– de

---

<sup>349</sup> A modo de ejemplo, resulta interesante estudiar el proceso de instalación y aplicación de la Freedom of Information Act del año 1967 en Estados Unidos de Norteamérica y constatar los innumerables inconvenientes que tuvo la puesta en práctica de esta norma, especialmente por la resistencia de los órganos del Estado a liberar información en virtud de la misma norma legal. Al respecto ver: REVENGA SÁNCHEZ, M. El acceso a información reservada por motivos de seguridad nacional en los Estados Unidos. En *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, N° 51, 1997, pp. 61-94.

administración de una verdadera política pública de transparencia, que comprenderá otras medidas complementarias, y, sobre todo, una auténtica voluntad política de impulso al principio de transparencia. Debe, así, subrayarse que el derecho de acceso precisa de un especial cuidado o esmero para garantizar su efectividad”<sup>350</sup>.

En este sentido la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA ha sostenido reiteradamente que “para satisfacer plenamente las necesidades de acceso a la información de la sociedad y generar a largo plazo una cultura de la transparencia, los Estados no solo deben asegurar recursos sencillos, expeditivos y gratuitos para controvertir las negativas de acceso a la información, también deben implementar adecuadamente las normas en materia de acceso a la información. Al respecto la Relatoría Especial ha indicado que esta obligación implica a lo menos los siguientes tipos de acciones: (a) diseñar un plan de implementación del acceso a la información pública y el consiguiente presupuesto; (b) adoptar normas, políticas y prácticas que permitan conservar y administrar adecuadamente la información; (c) entrenar y capacitar a los funcionarios públicos destinados a satisfacer, en cada una de sus facetas, el derecho de acceso a la información pública; y (d) realizar campañas sistemáticas para divulgar entre el público en general la existencia y los modos de ejercicio del derecho de acceso a la información”<sup>351</sup>.

Como se puede apreciar, la sola positivización del derecho de acceso a la información pública no es suficiente para instalar en una sociedad una

---

<sup>350</sup> FERNÁNDEZ RAMOS S. Algunas proposiciones para..., ob. cit., p. 889.

<sup>351</sup> RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. El derecho al acceso a la información pública en las Américas: entidades especializadas para la supervisión y cumplimiento. Informe temático contenido en el Informe Anual 2014. Washington DC: Marzo, 2015.

verdadera cultura de la transparencia o al menos para que el ejercicio de éste sea efectivo, es necesario que se adopten una serie de medidas complementarias, dentro de las cuales la existencia de un órgano independiente dotado de facultades suficientes para hacer efectivo el derecho, resulta fundamental.

Recuerda ALASDAIR ROBERTS<sup>352</sup> que las diversas leyes de acceso a la información pública, adoptan distintas modalidades para asegurar su cumplimiento. Por un lado, se les reconoce a los ciudadanos el derecho a interponer una apelación administrativa, que será tomada y conocida por otro oficial dentro de la misma institución donde se hubiera solicitado la información. Para el evento que esta apelación administrativa fuere infructuosa, los ciudadanos podrán apelar a un tribunal o corte la que podrá en definitiva ordenar la liberación y la entrega de la información. En otros casos, los ciudadanos tienen derecho a apelar ante un defensor independiente o un comisario de información quien hará una recomendación sobre la difusión de la información solicitada. Si la institución desconociera la recomendación podrá ser revisada por otra instancia judicial.

Por último, plantea el autor referido, que los individuos tienen derecho a apelar a un comisario quien tendrá el poder de ordenar la remisión de la información. No se considerarán otras instancias de apelación en la ley de acceso, aunque la decisión del mentado comisario podrá ser revisada por los tribunales en caso de no ser razonable.

En otras legislaciones esta competencia es entregada al órgano encargado de la protección de datos personales. Por ejemplo, el Reino Unido

---

<sup>352</sup> ROBERTS, A. Acceso a la información gubernamental: compendio de temas. En NEUMAN, L. (ed.). *Acceso a la información. La llave para la democracia*. Atlanta: Centro Carter, 2004, pp. 9-15, pp-13-14.

el Comisionado para la Protección de Datos se transformó en el Comisionado para la Información<sup>353</sup>. Una solución similar se adopta en Alemania, donde se señala que las funciones relacionadas con el derecho de acceso a la información regulado en la Ley de Libertad de Información del año 2005 se radicarán en la Comisión Federal de Protección de Datos Personales<sup>354</sup>.

En el caso chileno, el legislador optó por entregar esta importante función a un órgano llamado Consejo para la Transparencia (También CPT).

Concordamos con RAJEVIC MOSLER, quien sostiene que la Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública, representa una verdadera revolución en el enfoque sobre la transparencia administrativa. Aunque desde 1999 el principio de publicidad tenía el carácter de regla general en nuestro Derecho Público (con la Ley N° 19.653 o “Ley de Probidad”) con rango legal, y desde 2005 lo tiene con rango constitucional, la LAIP avanzó un paso más creando un organismo autónomo para garantizar y hacer efectivo el derecho de acceso a la información administrativa denominado CPT, al que pueden dirigirse las personas que no hayan visto satisfecha una solicitud de información formulada a un organismo público o detecten infracciones a sus deberes de transparencia activa. Además de estar facultado para ordenar la entrega de información o el cumplimiento de las normas sobre transparencia activa, el Consejo puede iniciar procedimientos disciplinarios en algunas hipótesis de incumplimiento de la normativa.

En esta parte de la investigación nos abocaremos a explicar la organización y funcionamiento del CPT, aunque nuestro principal objetivo es

---

<sup>353</sup> Freedom of Information Act 2000, Part I, N° 18: The Information Commissioner and the Information Tribunal.

<sup>354</sup> VILLANUEVA, E. *Derecho de acceso a la información en el mundo*. México D.F.: Universidad Autónoma Metropolitana, 2008, p. 90.

intentar demostrar la importancia de la existencia de un órgano de esta naturaleza para el éxito de cualquier legislación que reconozca a la ciudadanía el derecho de acceso a la información pública.

## **II.- El Consejo para la Transparencia. Organización y estructura interna**

### **1.- Sobre su naturaleza jurídica**

El Consejo para la Transparencia, su organización y su ámbito competencial se encuentra regulado en el Título V de la LAIP, entre los artículos 31 a 44. De acuerdo a estos preceptos el Consejo para la Transparencia “es una corporación autónoma de Derecho Público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuyo objeto es promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado y garantizar el derecho de acceso a la información”.

BERMÚDEZ SOTO explica que el Consejo para la Transparencia “se establece como una corporación autónoma de Derecho Público, con personalidad jurídica y patrimonio propio y con potestad sancionatoria”<sup>355</sup>.

En cuanto a la naturaleza jurídica del Consejo para la Transparencia, sostiene BERMÚDEZ SOTO<sup>356</sup>, a pesar de que originalmente se intentó desvincular este órgano de la Administración del Estado, el Tribunal Constitucional en una sentencia del año 2008 estimó lo contrario<sup>357</sup>.

---

<sup>355</sup> BERMÚDEZ SOTO, J. *Derecho administrativo general*. Santiago de Chile: Legal Publishing Chile, 2012, p. 343.

<sup>356</sup> *Ídem*.

<sup>357</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO. Control de constitucionalidad del proyecto de

En una versión distinta, RAJEVIC MOSLER<sup>358</sup> plantea que al analizar las normas de la Ley de Transparencia relativas al Consejo, la primera idea que brota es pensar que estamos en presencia de un “*órgano de naturaleza sui generis*”, pues existen una serie de cualidades de las que ha sido dotado este organismo que nos hacen muy difícil reconducirlo a las categorías de la Ley Órgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Se trata de una corporación autónoma de Derecho Público, facultada para proponer al Presidente de la República sus propios estatutos, no adscribiéndose por tanto al marco organizatorio general que regula a los Ministerios y demás servicios públicos creados por la ley para el ejercicio de la función administrativa, pero no a este tipo de corporaciones.

Por otro lado y reforzando lo explicado por el profesor RAJEVIC MOSLER, vamos a advertir que el CPT se encuentra excluido del Título II de la LBGAE, el que con su denominación “*Normas Especiales*”, establece disposiciones dedicadas a la organización y funcionamiento de determinados organismos públicos a los que la doctrina chilena califica como “Administración del Estado en sentido restringido”<sup>359</sup>. De esta forma el artículo 21 de la LBGAE dispone que las disposiciones de dicho Título II solo serán aplicables a Ministerios, Intendencias, Gobernaciones y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa. Excluyendo expresamente en su inciso segundo al Consejo para la Transparencia, órgano que se regirá por sus propios estatutos legales.

---

ley, aprobado por el Congreso Nacional, sobre acceso a la información pública, Rol 1051-2008, sentencia de 10/07/2008.

<sup>358</sup> RAJEVIC MOSLER, E. El Consejo para la Transparencia como “administración independiente”. En LETELIER WARTENBERG, R. y RAJEVIC MOSLER, E. (coord.): *Transparencia en la administración pública*. Santiago de Chile: Legal Publishing Chile, 2010, pp. 231-247, p. 233.

<sup>359</sup> CORDERO VEGA, L. *Lecciones de derecho administrativo*. Santiago de Chile: Legal Publishing Chile, 2015, p. 205.

Por otro lado, el inciso final del artículo 2º de la LAIP, excluye al CPT de la nómina de órganos de la Administración que se regirán por ella, señalando que los demás órganos del Estado (donde se incluye al Consejo) se ajustarán a las disposiciones de sus respectivas leyes orgánicas que versen sobre asuntos relacionados con la transparencia y la publicidad, el derechos de acceso y los procedimientos para su ejercicio.

Otra razón para sostener que el CPT no es un órgano de la Administración del Estado, sostiene el mismo autor<sup>360</sup>, se explica porque de ser entendido éste como parte de la Administración del Estado, necesariamente debería ser considerado dentro de la Administración del Estado descentralizada, esto es, como un órgano que tiene personalidad jurídica, patrimonio propio y que se encuentran sometido al Gobierno en virtud de un vínculo de supervigilancia a través del Ministerio respectivo. Sin embargo, y a pesar de que no hay duda en que el Consejo para la Transparencia tiene personalidad jurídica y patrimonio propio, mal podría controlar al Gobierno en materias de transparencia si, al final del día, estuviese sujeto a la supervigilancia del Presidente. “Al revés, su rol es precisamente supervigilar al Gobierno. Por ello, al no establecer esta relación típica el legislador nos dice, inequívocamente, que está resguardando la autonomía de este organismo”<sup>361</sup>.

En suma, no existe disposición alguna en la legislación chilena que califique al Consejo para la Transparencia como parte de la Administración del Estado. Además, si tomamos en consideración sus cualidades, esta tesis cobra fuerza. “Sin embargo, no puede sostenerse que el Consejo para la

---

<sup>360</sup> *Ídem.*

<sup>361</sup> *Ídem.*

Transparencia sea una especie de islote autárquico en nuestra institucionalidad. La Constitución establece que el ejercicio de la soberanía se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece, como el Gobierno, la Administración, el Congreso Nacional, el Poder Judicial, etc. El Consejo para la Transparencia no puede estar en un limbo, debe adscribirse a una de esas autoridades. De las disposiciones que hemos comentado se desprende implícitamente que el Consejo para la Transparencia es una de las entidades autónomas a que se refiere el artículo 65, inciso 4 N° 2 y N° 3<sup>362</sup> de la Constitución, y que en tal calidad integran la Administración Pública como uno de los órganos creados para el cumplimiento de la función administrativa<sup>363</sup>.

Estamos de acuerdo con el profesor RAJEVIC cuando sostiene que el Consejo para la Transparencia puede situarse dentro de lo que la doctrina española ha llamado “*administraciones independientes*”<sup>364</sup>.

Si hacemos caso a la doctrina española especializada, podemos indicar que las diferentes administraciones independientes reconocen entre sí a lo menos tres características comunes, las que consideramos, de alguna manera están presentes en el Consejo para la Transparencia chileno. POMED

---

<sup>362</sup> Constitución Política de Chile. Artículo 65, inciso cuarto: “Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República la iniciativa exclusiva para: 2° Crear nuevos servicios públicos o empleos rentados, sean fiscales, semifiscales, autónomos o de las empresas del Estado; suprimirlos y determinar sus funciones o atribuciones; 3° Contratar empréstitos o celebrar cualquier otra clase de operaciones que puedan comprometer el crédito o la responsabilidad financiera del Estado, de las entidades semifiscales, autónomas, de los gobiernos regionales o de las municipalidades, y condonar, reducir o modificar obligaciones, intereses u otras cargas financieras de cualquier naturaleza establecidas a favor del Fisco o de los organismos o entidades referidos”.

<sup>363</sup> RAJEVIC MOSLER, E. El Consejo para..., ob. cit., p. 235.

<sup>364</sup> RAJEVIC MOSLER, E. El Consejo para..., ob. cit., p. 231.



SÁNCHEZ<sup>365</sup>, sostiene que estas administraciones presentan como rasgos comunes, que en primer lugar están llamadas a actuar sobre sectores especialmente sensibles de intervención pública; en segundo lugar, el propósito que se persigue encomendando a las citadas administraciones independientes dicha actuación no es en modo alguno el de proceder a la constitución de ordenamientos jurídicos sectoriales, lo que únicamente sucede en la ordenación del sistema financiero. Antes bien, se trata de asegurar el alejamiento de las instancias de intervención de la lucha política partidista. Que ello se consiga depende, en gran medida, de los propios contendientes en esta lucha; y en tercer lugar, debemos destacar el requisito constitucional de la objetividad de la Administración Pública, este modelo organizativo añade otra nota caracterizadora, el de su neutralidad. Se trata de alcanzar objetivos (la transparencia informativa, la seguridad nuclear, la estabilidad monetaria, el buen funcionamiento del mercado de valores, o la defensa de la intimidad frente al uso indebido de la informática) que afectan al conjunto de la sociedad y cuya proyección temporal se extiende más allá de la vida de los Gobiernos de turno.

En buenas cuentas, las administraciones independientes, en el contexto del Estado Social y su rol regulador en el panorama europeo, se caracterizan por reunir los siguientes rasgos: i) independencia o autonomía frente al electorado y las instituciones políticas configuradas por medio de la elección popular; ii) una dirección y un personal con credenciales técnicas y científicas sobre su ámbito material de actuación; y iii) poderes y potestades suficientes para ejercer sus competencias<sup>366</sup>.

---

<sup>365</sup> POMED SÁNCHEZ, L. A. Fundamento y naturaleza jurídica de las administraciones independientes. En *Revista de Administración Pública* (España), Nº 123, septiembre-diciembre, 1993, pp. 117-119, p. 121.

<sup>366</sup> SOLANES MULLOR, Joan. *Administraciones independientes y Estado regulador. El impacto de la Unión Europea en el Derecho Público español*. Madrid: Congreso de los Diputados, 2016, p. 95.

El propio RAJEVIC MOSLER<sup>367</sup>, citando al administrativista SANTAMARÍA PASTOR, recuerda que las administraciones independientes pueden ser de dos tipos. Están aquellas “entidades creadas para el desempeño de servicios de interés general o de funciones públicas relevantes, cuya fuerte incidencia en la dinámica política y en el régimen de libertades públicas exige su realización con arreglo a criterios de neutralidad y de profesionalidad, sin sesgos partidarios” y las “entidades creadas para la ordenación y disciplina de sectores económicos capitales (de agencias reguladoras se habla comúnmente, con una terminología tomada del lenguaje estadounidense) cuyo difícil equilibrio y fuerte incidencia en la vida económica general requieren asimismo una gestión neutral y profesional”. En caso de asumir que el CPT es una de estas administraciones independientes, no hay duda que debe circunscribirse dentro del primer de los grupos mencionados.

Finalmente, y sin perjuicio de su naturaleza jurídica, hay un generalizado consenso en la sociedad chilena del acierto que significó la creación del Consejo para la Transparencia y la forma de cómo fue estructurado orgánica y funcionalmente para el éxito de la legislación sobre la transparencia creada a partir de la LAIP.

Sin embargo, este nuevo órgano del Estado no se puede sustraer de al menos dos críticas. En primer lugar, según VALDIVIA OLIVARES, “por amplia aceptación de que goce hoy, este modelo de organización de la gestión pública enfrenta una crítica severa... las administraciones independientes chocan con el principio democrático”<sup>368</sup>. En definitiva, estamos en presencia

---

<sup>367</sup> RAJEVIC MOSLER, E. El Consejo para..., ob. cit., pp. 231-232.

<sup>368</sup> VALDIVIA OLIVARES, J. Lo que oculta la transparencia. En LETELIER WARTENBERG, R. y

de un órgano que no depende del Presidente de la República, que tampoco tiene una autonomía constitucional, que ha sido investido de una importante facultad normativa y que, “con alcance sobre toda la administración presenta el riesgo de constituir una limitación a la dirección que el gobierno debe ejercer sobre la administración, proviniendo estas reglas de un órgano no electo y sin responsabilidad política”<sup>369</sup>.

Y en segundo lugar, también se ha criticado la forma “política” de la configuración del Consejo para la Transparencia, que es el reflejo del sistema electoral chileno imperante hasta el año 2015<sup>370</sup>. Es decir, el sistema binominal chileno imperante hasta la fecha, determina que en el Congreso Nacional se instalen dos grandes bloques, la Alianza y la Concertación (hoy Nueva Mayoría), el primero de ellos representando a la derecha chilena y el segundo conformado por el Partido Demócrata Cristiano y partidos socialistas, con fuerzas similares, las designaciones en el Senado debe casi siempre se traducen en acuerdos de integración paritaria. Es decir, el vicio

---

RAJEVIC MOSLER, E. (coord.) *Transparencia en la administración pública*. Santiago de Chile: Legal Publishing Chile, 2010, pp. 69-78, p.74.

<sup>369</sup> *Ídem*.

<sup>370</sup> El Sistema Electoral Chile está conformado de la siguiente manera: Para la elección de Presidente de la República se aplica el sistema de la mayoría absoluta o la segunda vuelta electoral entre las dos más altas mayorías relativas; para la elección de diputados y senadores se aplica el sistema binominal y para la de alcaldes y concejales se aplica un sistema de representación proporcional. En términos muy simples el sistema binominal chileno funciona de la siguiente forma: En cada circunscripción senatorial o distrito se eligen dos senadores y dos diputados. Los candidatos se presentan en listas de dos candidatos. Cada lista representa una alianza o colisión. Para que la lista pueda elegir a sus dos candidatos debe doblar en sufragios a la más cercana. Si ello no es así, las dos listas con mayor número de sufragios eligen a sus primeras mayorías. De tal forma que en muchas ocasiones, al no producirse este doblaje ocupan el cargo de diputado o senador candidatos que han obtenido menos sufragios que aquellos que integraban la lista que no pudo doblar. Y desde luego los candidatos independientes casi no tiene opciones. En todo caso advertimos que la Ley N° 20.840, “que sustituye el sistema electoral binominal por uno de carácter proporcional inclusivo y fortalece la representatividad del Congreso Nacional”, publicada en el Diario Oficial de 05/05/2015, y que se aplicará por primera vez para la elección parlamentaria del 2017, modifica sustancialmente el sistema electoral.

antidemocrático de origen del Congreso Nacional irradia a órganos como el Consejo para la Transparencia o el mismo Tribunal Constitucional chileno, quedando en gran medida entregada la eficiencia y neutralidad de dichos órganos a las cualidades personales de sus integrantes.

## **2.- Organización y estructura del Consejo para la Transparencia**

De acuerdo al artículo 36 de la LAIP, “la dirección y administración superiores del Consejo corresponderán a un Consejo Directivo integrado por cuatro consejeros designados por el Presidente de la República, previo acuerdo del Senado, adoptado por los dos tercios de sus miembros en ejercicio”.

La misma disposición establece que “el Presidente hará la proposición en un solo acto y el Senado deberá pronunciarse respecto de la propuesta como una unidad”. Estimamos que con una norma de esta naturaleza se busca propender a los acuerdos políticos en el Senado, pues al exigir que este se pronuncie sobre todos los nombres propuestos como unidad, imponen al Presidente de la República presentar consejeros que se encuentren vinculados a las diversas tendencias políticas presentes en el Senado en un momento determinado, y por otro lado, al ser presentados como eventuales candidatos al Consejo ciudadanos de distintas posturas, dentro del Senado necesariamente se buscará llegar a un acuerdo, transando en el nombramiento de personas determinadas a fin de que se materialice la designación de los propios.

Estos los consejeros ostentarán el cargo durante seis años, pudiendo ser designados para un nuevo período. La nueva designación solamente es para un solo período más. Por otro lado, estos consejeros se renovarían por

parcialidades cada tres años. Sobre este punto consideramos que si bien la reelección trae consigo una mayor especialización en la persona que oficia de consejero, debe siempre ser descartada en órganos de naturaleza contralora como es el Consejo para la Transparencia, pues la sola posibilidad de reelección puede influir en forma negativa en la independencia del ciudadano o ciudadana que ejerce el cargo.

El Consejo Directivo elegirá de entre uno de sus miembros a su Presidente, y en caso de no haber acuerdo, esta elección se realizará mediante sorteo. La presidencia del Consejo será rotativa por dieciocho meses y el consejero designado o elegido Presidente, no podrá serlo por el resto de su actual período como consejero<sup>371</sup>.

La LAIP también establece una serie de incompatibilidades para ser designado consejero del Consejo para la Transparencia. De tal modo, no podrán ser designados como tales los diputados y senadores, los miembros del Tribunal Constitucional, los Ministros de la Corte Suprema, consejeros del Banco Central, el Fiscal Nacional del Ministerio Público, ni las personas que conforman el alto mando de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública<sup>372</sup>.

Además, la misma norma sostiene que los cargos de consejero son incompatibles con los de ministros de Estado, subsecretarios, intendentes y gobernadores; alcaldes y concejales; consejeros regionales; miembros del Escalafón Primario del Poder Judicial; secretario y relatores del Tribunal Constitucional; fiscales del Ministerio Público; miembros del Tribunal Calificador de Elecciones y su secretario-relator; miembros de los tribunales electorales regionales, sus suplentes y sus secretarios-relatores; miembros

---

<sup>371</sup> Artículo 36 LAIP.

<sup>372</sup> Artículo 36 LAIP.

de los demás tribunales creados por ley; funcionarios de la Administración del Estado, y miembros de los órganos de dirección de los Partidos Políticos.

La LAIP también contempla las causales y forma de remoción de los consejeros<sup>373</sup>. Los consejeros serán removidos por la Corte Suprema, a requerimiento del Presidente de la República, de la Cámara de Diputados mediante acuerdo adoptado por simple mayoría, o a petición de diez diputados. Las causales por las cuales se puede pedir la remoción de un consejero son la incapacidad, el mal comportamiento o la negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones.

La Corte Suprema conocerá del asunto en pleno especialmente convocado al efecto y para acordar la remoción deberá reunir el voto conforme de la mayoría de sus miembros en ejercicio.

Pero además de la remoción, se contemplan otras causales de cesación del cargo de consejero, a saber: i) expiración del plazo por el que fue designado; ii) renuncia ante el Presidente de la República; iii) postulación a un cargo de elección popular; e iv) incompatibilidad sobreviniente, circunstancia que será calificada por la mayoría de los consejeros con exclusión del afectado<sup>374</sup>.

En el caso que uno o más de los consejeros tuviere que cesar en el ejercicio de sus funciones, procederá la designación de un nuevo consejero, mediante una proposición unipersonal del Presidente de la República, de acuerdo al mismo procedimiento previsto en el artículo 36, y este nombramiento será por el tiempo que faltará al consejero que haya producido la vacante.

---

<sup>373</sup> Artículo 38 LAIP.

<sup>374</sup> *Ídem*.

Finalmente, el Consejo Directivo adoptará sus decisiones por la mayoría de sus miembros y, en caso de empate, resolverá su Presidente. Además, el quórum mínimo de aprobación para sesionar será de tres consejeros. Y se encarga a un Reglamento establecer las demás normas que sean necesarias para el funcionamiento del Consejo Directivo<sup>375</sup>.

De acuerdo al artículo 2 transitorio de la LAIP, la primera designación de consejeros del Consejo para la Transparencia, se hará a los sesenta días siguientes de la entrada en vigencia de la presente ley y en la respectiva propuesta que el Presidente hiciera al Senado debía identificar a los dos consejeros que durarían seis años en sus cargos y aquellos que solamente ejercerían dichas funciones por tres años.

Durante el año 2008 se procedió a nombrar a los primeros consejeros, constituyéndose así el primer CPT<sup>376</sup>, cuya labor ha resultado esencial, especialmente en la primera etapa de la ley, tal como se desprende del contexto de este trabajo.

---

<sup>375</sup> Artículo 40 LAIP.

<sup>376</sup> Mediante oficio N° 1.240, del Gabinete de la Presidencia, del 17 de septiembre de 2008, la Presidenta de la República, Michelle Bachelet, solicitó el acuerdo del Senado para nombrar en el cargo de consejero del Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia, a los señores Alejandro Ferreiro Yazigi, Roberto Guerrero Valenzuela por el período de seis años, que venció en el año 2014, y a los señores Juan Pablo Olmedo Bustos y Raúl Urrutia Ávila, por el período de tres años, que venció el 2011. A través del oficio N° 1.336/SEC/08, del 8 de octubre de 2008, el Senado comunicó su acuerdo a la propuesta de designación contenida en el oficio N° 1.240, del Gabinete de la Presidencia, del 17 de septiembre de 2008, de la Presidenta de la República. Una vez obtenido el acuerdo del Senado, por medio del Decreto N° 123 de fecha 14 de Octubre 2008, del Ministerio Secretaria General de la Presidencia, y habiéndose cumplido con los requisitos legales indicados precedentemente, se designó como Consejeros a las personas indicadas precedentemente.

### III.- El Consejo para la Transparencia. Aspectos funcionales

De conformidad a la LAIP el Consejo para la Transparencia “tiene por objeto promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y garantizar el derecho de acceso a la información”<sup>377</sup>.

De acuerdo a la LAIP el CPT está llamado a cumplir tres tipos de funciones, por así decirlo, generales, a saber: i) una labor de promoción; ii) una labor de fiscalización, y iii) una labor de tutela.

Pues bien, en el ejercicio de esta labor de promoción<sup>378</sup>, el Consejo debe ser el órgano encargado de “iniciar” o “impulsar” un proceso para crear una cultura de la transparencia en la sociedad chilena, tomando la iniciativa para que ello se concrete. Por su parte la labor de fiscalización apunta a verificar que los actos, ya sea de los órganos del Estado o de algún particular, se ajusten a la normativa constitucional y legal vigente o bien a un sistema normativo de referencia. La fiscalización puede tener lugar en el ámbito público como en el privado. En relación con esta función fiscalizadora, al Consejo le corresponde realizar esta tarea respecto de los distintos órganos del Estado en relación con las obligaciones de publicidad y transparencia que les impone la LAIP. Finalmente, y he aquí uno de los principales aciertos de la ley de acceso chilena, es que se encomienda al Consejo garantizar a los individuos legitimados el acceso a la información para el evento que ésta no sea debida y oportunamente entregada por los órganos del Estado, ya sea

---

<sup>377</sup> Artículo 32 LAIP.

<sup>378</sup> Según el Diccionario de la Lengua Española de la RAE (22ª edición on-line), promover en su acepción N° 1 significa “iniciar o impulsar una cosa o un proceso, procurando su logro”, y en su acepción N° 3 “tomar la iniciativa para la realización o el logro de algo”.



bajo la modalidad de transparencia activa como en el evento que se desconozca el derecho de acceso propiamente tal.

Dentro del esquema general presentado por el artículo 32 de la LAIP, el artículo 33 del mismo cuerpo legal entrega al Consejo para la Transparencia las funciones y atribuciones<sup>379</sup>, que a continuación se mencionan: a) fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones de esta ley y aplicar las sanciones en caso de infracción a ellas, b) resolver, fundadamente, los reclamos por denegación de acceso a la información que le sean formulados de conformidad a esta ley, c) promover la transparencia de la función pública, la publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y el derecho de acceso a la información, por cualquier medio de publicación; d) dictar instrucciones generales para el cumplimiento de la legislación sobre transparencia y acceso a la información por parte de los órganos de la Administración del Estado, y requerir a éstos para que ajusten sus procedimientos y sistemas de atención de público a dicha legislación; e) formular recomendaciones a los órganos de la Administración del Estado tendientes a perfeccionar la transparencia de su gestión y a facilitar el acceso a la información que posean; f) proponer al Presidente de la República y al Congreso Nacional, en su caso, las normas, instructivos y demás perfeccionamientos normativos para asegurar la transparencia y el acceso a la información; g) realizar, directamente o a través de terceros, actividades de capacitación de funcionarios públicos en materias de transparencia y acceso a la información; h) realizar actividades

---

<sup>379</sup> De acuerdo al Diccionario de la Lengua Española de la RAE (22<sup>a</sup> edición on-line), función en su acepción N<sup>o</sup> 2 es la “tarea que corresponde realizar a una institución o entidad, o a sus órganos o personas” y atribución en su acepción N<sup>o</sup> 2 se refiere a “cada una de las facultades o poderes que corresponde a cada parte de una organización pública o privada según las normas que las ordenen”. Por lo tanto, podemos concluir que las atribuciones son en definitiva el conjunto de facultades de las que se encuentra dotado un órgano o una persona para cumplir las funciones que les han sido encomendadas.

de difusión e información al público, sobre las materias de su competencia; i) efectuar estadísticas y reportes sobre transparencia y acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado y sobre el cumplimiento de esta ley; j) velar por la debida reserva de los datos e informaciones que conforme a la Constitución y a la ley tengan carácter secreto o reservado; k) colaborar con y recibir cooperación de órganos públicos y personas jurídicas o naturales, nacionales o extranjeras, en el ámbito de su competencia; l) celebrar los demás actos y contratos necesarios para el cumplimiento de sus funciones; y, m) velar por el adecuado cumplimiento de la Ley N° 19.628, de protección de datos de carácter personal<sup>380</sup>, por parte de los órganos de la Administración del Estado.

Como se puede apreciar de la sola lectura de la norma transcrita en el párrafo precedente, la LAIP ha dotado al Consejo para la Transparencia de una serie de funciones y atribuciones que en principio lo transforman en un órgano importante y eficaz para asegurar el debido acceso de los ciudadanos a la información pública.

En las páginas que siguen analizaremos con un mayor grado de detención algunas de las principales funciones y atribuciones del Consejo.

Por razones de coherencia con el objetivo general de la presente investigación, no profundizaremos mayormente en cada una de las funciones y atribuciones que la LAIP le entrega al Consejo, solamente reforzaremos la idea planteada al inicio de este apartado en orden a la importante misión que le corresponde a este organismo estatal tanto en la configuración del contenido de cada una de las disposiciones de la ley como en relación al efectivo ejercicio de los ciudadanos de su derecho de acceso a la información

---

<sup>380</sup> Publicada en el Diario Oficial N° 36.451, de 28/08/1999.

pública.

#### **IV.- El rol adquirido por el Consejo para la Transparencia en el éxito de la legislación sobre acceso a la información pública en Chile**

##### **1.- Introducción**

Hemos sostenido la importancia que tiene para el éxito de una legislación de acceso a la información pública la existencia de un órgano independiente con facultades suficientes que le permitan fomentar la cultura de la transparencia en una sociedad democrática y ordenar la entrega efectiva de la información a la persona requirente cuando ella ha sido negada al margen de la juridicidad, sin perjuicio del poder de sancionar a los infractores de las normas de acceso. Se trata de un supuesto que no admite contradicción.

En el caso chileno la LAIP ha creado el Consejo para la Transparencia, órgano que desde su establecimiento ha mostrado un fuerte voluntad jurídica y política en orden a cumplir no solo la letra de la norma sino por sobre todo su espíritu.

En esta parte de la investigación intentaremos demostrar la importancia que ha tenido en la aplicación y desarrollo de la LAIP este organismo. Esta tarea la llevaremos a cabo analizando algunas de las más importantes decisiones del Consejo (que constituyen su jurisprudencia) relativas al ámbito de aplicación de la LAIP, cuestión particularmente importante en los primeros meses de vigencia de la normativa, especialmente dentro de un contexto de resistencia de muchos funcionarios públicos a abrirse a una actuación en que la regla general es la publicidad; el

desarrollo e interpretación de las causales de reserva o secreto, cuestión fundamental pues una interpretación demasiado laxa de estas causales pueden transformar fácilmente la regla general en la excepción y el análisis de algunas decisiones importantes, que muestran fehacientemente la disposición del CPT a instalar en Chile la transparencia como valor central de nuestra democracia.

## **2.- Ámbito de aplicación de la ley**

### **a.- Consideraciones generales**

Esta materia es uno de los puntos claves de la LAIP, pues a pesar de que de la Constitución se desprende que la probidad y la publicidad alcanzan a todos los órganos del Estado, el derecho subjetivo a exigir información solo puede ser impetrado respecto de los órganos que integran la Administración del Estado, según lo dispone el artículo 2 de la misma LAIP.

Las normas y disposiciones de la LAIP serán aplicables a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones, los gobiernos regionales, la municipalidades, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa.

Por su parte, la Contraloría General de la República y el Banco Central se ajustarán a las disposiciones de LAIP que ésta expresamente señale, y a las de sus respectivas leyes orgánicas que versen sobre los asuntos relacionados con la transparencia de la función pública, el derecho de acceso, procedimientos para su ejercicio y excepciones a la publicidad.

También se aplicarán las disposiciones que esta ley expresamente señale a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio. Los demás órganos del Estado se ajustarán a las disposiciones de sus respectivas leyes orgánicas que versen sobre los asuntos indicados precedentemente.

Es posible concluir que existen ciertos órganos del Estado a los que se les aplica directa y completamente la ley y otros a los que se les aplicará solo en la medida que ella lo exprese y otros que se seguirán rigiendo por sus respectivos estatutos. Así, se aplicará íntegramente la ley a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones, los gobiernos regionales, las municipalidades, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa. Por su parte, la Contraloría General de la República y el Banco Central se deberán regir por las disposiciones de la ley que ésta expresamente señale, además de las disposiciones relativas al principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información, los procedimientos para el ejercicio del derecho y su amparo, y las excepciones a la publicidad, que sus propias leyes orgánicas contemplaren.

Del mismo modo, las empresas públicas creadas por ley y las empresas del Estado y sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en su directorio, les será aplicable la ley en aquellas disposiciones que ésta misma señale.

Otros órganos del Estado, como son por ejemplo, el Congreso Nacional, el Tribunal Constitucional, el Ministerio Público, etc., deberán ajustarse a las normas relativas al principio de transparencia de la función

pública, el derecho de acceso a la información, los procedimientos para el ejercicio del derecho y su amparo, y las excepciones a la publicidad, que sus propias leyes orgánicas establecieren.

Tomando en consideración lo anterior, la labor del Consejo para la Transparencia, especialmente en los primeros meses de su establecimiento ha sido relevante para ir determinando y precisando el ámbito de aplicación de la normativa y extendiéndolo a organismos que no se encuentran señalados explícitamente en las disposiciones legales pertinentes.

A continuación presentaremos algunas decisiones del Consejo para la Transparencia que nos muestran con meridiana claridad la voluntad del mismo en orden a ampliar el ámbito de aplicación de la LAIP y con ello concretar y justificar su creación.

#### **b.- Casos universidades estatales**

En relación con el ámbito de aplicación de la LAIP, el Consejo para la Transparencia, ha tenido la oportunidad de pronunciarse si la normativa contenida en esta ley es o no aplicable a las Universidades Estatales.

En el primer caso conocido por el Consejo, en el año 2009, éste órgano se pronunció sobre el reclamo de un profesor de la Universidad de los Lagos por la infracción de esta institución de educación superior a las normas de transparencia activa, específicamente el reclamo se fundó en “que la información que ésta desplegaba en su sitio web era incompleta en lo relativo a su personal y las remuneraciones de éste, permitiendo esta falta de transparencia que a académicos de igual jerarquía se les pagasen sueldos

diferentes injustificadamente”<sup>381</sup>.

Para determinar si la LAIP se aplica o no a las Universidades Estatales, señaló el Consejo que en primer lugar debe tenerse en cuenta el artículo 88 de la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza, en cuanto establece que las Universidades Estatales existentes al 31 de diciembre de 1981 y las instituciones de educación superior, derivadas de ésta o sus sucesoras, conservarán su naturaleza de entidades autónomas con personalidad jurídica y con patrimonio propio. Además, estas instituciones se regirán por: a) las disposiciones del Título III de la misma Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza en lo que les sea aplicable; b) las leyes que hagan referencia a ellas; c) sus respectivos estatutos y reglamentos en cuanto no sean contrarias a éstas y, d) supletoriamente, por las normas de Derecho Privado.

Dentro de la expresión “leyes que hacen referencia a ella”, entiende el Consejo que queda incluida la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que hacen alusión a las Universidades Estatales en dos normas: a) En su artículo 32 que regula la organización interna de los servicios públicos, donde se indica que las instituciones de educación superior de carácter estatal podrán, además, establecer en su organización facultades, escuelas, institutos, centro de estudio y otras estructuras necesarias para el cumplimiento de sus fines específicos; y, b) el artículo 40 prescribe que los jefes superiores de servicio, con excepción de los rectores de las instituciones de educación superior de carácter estatal, serán de exclusiva confianza del Presidente de la República.

Pues bien, entendió el Consejo para la Transparencia que estas

---

<sup>381</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión Reclamo N° R1-09, Pedro Antonio Vergara Montecinos con Universidad de los Lagos, 29/05/2009.

normas de excepción solo tienen sentido si se considera que las Universidades son parte de la Administración del Estado, en la categoría genérica de órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función pública, más específicamente, como servicios públicos descentralizados.

Además, siguió razonando el Consejo, el artículo 2º de la LAIP señala, a su vez, que las disposiciones de esta ley serán aplicable a (...) los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa y qué órganos o servicios de la Administración del Estado son los señalados en el inciso segundo del artículo 1º de la Ley orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Por lo mismo, de todo lo anterior se concluye claramente que las Universidades Estatales son servicios públicos sujetos a la LAIP.

Esta misma doctrina fue reafirmada por el Consejo para la Transparencia en un reclamo formulado contra la Universidad de Valparaíso, el mismo año 2009<sup>382</sup>. El planteamiento de esta Universidad también se basó en la inaplicabilidad de la LAIP a las Universidades Estatales, agregando además como antecedentes “el impacto negativo que la Ley Nº 20.085 sobre la estructura de costos de las Universidades, y de los planes de desarrollo de las mismas, las cuales debe competir en un mercado desregulado con actores privados los cuales no poseen costos de transacción que gravan a las Universidades Estatales, por ejemplo, la interferencia de la Contraloría General de la República, el sistema de incompatibilidades, o el mecanismo de Chile-Compra que encarece los costes de los proveedores de las

---

<sup>382</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión Reclamo Nº R11-09, Asociación de Académicos de Universidad de Valparaíso con Universidad de Valparaíso, 25/08/2009.



Universidades, al ser un sistema que tiende a ser monopólico y que no fue pensado para las Universidades, etc.”.

Del mismo modo en la decisión de amparo a que dio lugar el requerimiento de don Carlos Campusano, Presidente de la Asociación de Académicos de la Universidad de Valparaíso al señor rector de esta Casa de Estudios<sup>383</sup>, a fin de que le informar en un CD las remuneraciones de las planillas complementarias correspondientes a los años 2007, 2008, y 2009 hasta marzo.

Frente a la oposición del Rector de la Universidad de Valparaíso, el Consejo para la Transparencia indicó expresamente que la información solicitada por los reclamantes es de aquella que la ley considera pública, e incluso a partir de la entrada en vigencia de la ley es de aquel tipo de información que la Universidad de Valparaíso debe publicar de manera proactiva y actualizar todos los meses, en su página web, como consecuencia de las obligaciones de transparencia que la ley impone.

También resulta interesante traer a colación en esta relación la decisión adoptada por el Consejo a propósito del amparo solicitado por Elena Cortés Videla a la Universidad de Atacama<sup>384</sup>. En efecto, en este caso en particular, la propia Universidad de Atacama reconoce su naturaleza de órgano de la Administración del Estado y el Consejo vuelve a confirmar su doctrina sobre este punto.

---

<sup>383</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° A71-09, Carlos Campusano M., Presidente de la Asociación de Académicos de Valparaíso (AFA-UV) con Universidad de Valparaíso, 04/08/2009.

<sup>384</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° A146-09, Elena Cortés Videla con Universidad de Atacama, 01/09/2009.

Siguiendo la misma línea, en la decisión de amparo originada por un requerimiento de información a la Universidad de Chile<sup>385</sup>, el Consejo sostuvo que, en primer lugar, es menester reiterar lo ya sostenido por este Consejo en sus decisiones de amparos Roles R1-09, de 29 de mayo de 2009, C449-10 y C520-11, contra la misma Casa de Estudios, según los cuales las disposiciones de la LAIP son de aplicación obligatoria para las Universidades Estatales, en tanto éstas forman parte integrante de la Administración del Estado, por lo que, a este respecto, deben darse por reproducidos los considerandos 2° al 10° de la citada decisión recaída en el amparo Rol C449-10. En síntesis, sostiene el Consejo, las Universidades Estatales, entre las cuales se encuentra la Universidad de Chile, tienen la naturaleza jurídica de órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, lo que se desprende con nitidez de las disposiciones de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en relación con los preceptos de la LAIP, optando el legislador, en consecuencia, por aplicarles íntegramente a aquéllas el último cuerpo legal citado. Lo anterior, también se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Contraloría General de la República, como también de la doctrina.

Esta doctrina sustentada por el CPT también ha sido confirmada por las Cortes de Apelaciones en el ejercicio de su competencia de conocer reclamos de ilegalidad en contra de las decisiones del Consejo. Así, por ejemplo, lo ha entendido la Corte de Apelaciones de Santiago cuando ha sostenido que “siendo la reclamante (Universidad de Santiago) un órgano de la Administración del Estado y existiendo la presunción legal a que se ha hecho referencia, no cabe duda que –en principio– toda la información que

---

<sup>385</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C604-11, Juan Leighon González con Universidad de Chile, 31/08/2011.

posee es de carácter público, por lo cual, para negarse a proporcionarla dichos datos a quienes se lo soliciten debería, en primer término, probar legalmente que la información requerida es reservada, privada o sensible, de manera que, mientras no se pruebe dicha característica, el órgano se encuentra en la obligación de entregar los antecedentes solicitados”<sup>386</sup>.

### **c.- Casos organismos autónomos**

También el CPT ha tenido que pronunciarse sobre la aplicación de la LAIP respecto de organismos autónomos como el Consejo Nacional de Televisión<sup>387</sup>.

El CPT, conociendo de un reclamo originado en contra del Consejo Nacional de Televisión por no cumplir con todas las exigencias legales de la transparencia activa, fue concluyendo que de acuerdo al artículo 2º, inciso primero, de la LAIP, sus disposiciones serán aplicables a los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, consignando los incisos siguientes un grupo de excepciones dentro de las cuales no se encuentra el Consejo Nacional de Televisión. Por otro lado, la Ley N° 18.838, de 1989, que creó este organismo establece que éste es un servicio público autónomo, funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y de patrimonio propio, que se relacionará con el Presidente de la República por intermedio del Ministerio Secretaría General de Gobierno.

---

<sup>386</sup> CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Sentencia 01/10/2010, caso Universidad de Santiago contra Consejo para la Transparencia, Rol 1803-2010 (Nº Identificador Westlaw Chile CL/JUR/7983/2010).

<sup>387</sup> El Consejo Nacional de Televisión servicio público autónomo, funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y de patrimonio propio, que se relacionará con el Presidente de la República por intermedio del Ministerio Secretaría General de Gobierno. Así lo señala el artículo 1º de la Ley N° 18.838, que crea El Consejo Nacional de Televisión. Publicada en el Diario Oficial N°33.485, de 30/09/1989.

Por su parte, el artículo 21, inciso segundo, de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado excluyó de las normas de su Título II a una serie de organismos entre los cuales se encuentra el Consejo Nacional de Televisión, lo que sería del todo innecesario de no encontrarse dicho organismo regido por ese cuerpo legal, en cuanto integrante de la Administración Pública.

Por lo mismo, el Consejo para la Transparencia señala que se desprende claramente que este organismo es parte de la Administración del Estado, lo que supone forzosamente que se rija por la LAIP y que este Consejo sea el órgano encargado de velar por el cumplimiento de los deberes impuestos por dicha Ley, ante la ausencia de una norma especial que haya dispuesto otra cosa<sup>388</sup>.

#### **d.- Casos empresas públicas, empresas y sociedades del Estado**

Recuerda el profesor RAJEVIC, que “tratándose de la actividad empresarial del Estado, la Ley de Transparencia contiene disposiciones especiales para las empresas públicas creadas por ley y las empresas del Estado y sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio”<sup>389</sup>, que al Consejo ha tocado interpretar reiteradamente desde la entrada en vigencia de la ley.

En el mes de junio del año 2009, el Consejo para la Transparencia resolvió un reclamo de acceso a la información pública respecto de la

---

<sup>388</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Reclamo N° R4-09, Patricio Herman Pacheco y José Tomás Fabres Bordeu con Consejo Nacional de Televisión (CNTV), 05/06/2009, considerando 5.

<sup>389</sup> RAJEVIC MOSLER, E. La jurisprudencia inicial del Consejo para la Transparencia. En *Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado*, Chile, N° 22, 2009, pp. 31-54, p. 37.

Empresa de Ferrocarriles del Estado, con ocasión de la solicitud de información formulada por un ciudadano en relación con el calendario de las reuniones del Directorio de esta empresa ferroviaria<sup>390</sup>.

Realizado el traslado a la Empresa, su Gerente General hizo la presentación de sus descargos u observaciones, expresando que la normativa de la Ley N° 20.285 aplicable a las empresas públicas y que se encuentra está contenida en su artículo décimo, establece normas claramente aplicables a empresa estatal y que dicen relación con obligaciones de transparencia activa y el deber de entregar información a la Superintendencia de Valores y Seguro, en conformidad a lo establecido en la Ley 18.046 sobre Sociedad Anónimas.

De tal modo, agregan que, en cuanto a las obligaciones que impone el derecho de acceso a la información, la Empresa de Ferrocarriles del Estado no se encuentra sujeta al procedimiento de reclamación regulado en los artículos 24 y siguientes de la LAIP, y que el Reglamento de esta Ley excluye expresamente de su aplicación a las empresas públicas creadas por ley. Razón por la cual, el Consejo para la Transparencia carecería de facultades para el conocimiento de las reclamaciones sobre incumplimiento de obligaciones relativas al derecho de acceso a la información que eventualmente puedan afectar a dicha Empresa.

Pronunciándose sobre dicha solicitud formulada a la Empresa de Ferrocarriles del Estado, el Consejo entendió que la aplicación de las disposiciones de la ley a las empresas públicas se extiende únicamente a las referentes a la transparencia activa, con el contenido especificado en el

---

<sup>390</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° A4-09, Mauricio Oyarzún Muñoz con Empresa de Ferrocarriles del Estado, 06/06/2009.

artículo décimo recién transcrito. Adicionalmente, se exigió que estas empresas entreguen a la Superintendencia respectiva idéntica información a la que deben entregar las sociedades anónimas abiertas a la Superintendencia de Valores y Seguros. Sin embargo, nada se dijo en forma expresa –como exige el ya señalado artículo 2º, inciso tercero de la ley- sobre la aplicación de las normas referentes al derecho de acceso a la información que puede hacerse valer en un procedimiento de amparo. Por consiguiente, es dable concluir que dichas normas no se aplican a las empresas públicas creadas por ley.

Con posterioridad el Consejo para la Transparencia en una solicitud hecha al Banco Estado<sup>391</sup> señaló expresamente su incompetencia para conocer de las reclamaciones de amparo al derecho de acceso a la información pública en contra de empresas públicas como es este organismo financiero por no ser aplicables las normas de la ley en conformidad a su artículo 10.

Frente a la decisión del Consejo, y en virtud a lo dispuesto en los artículos 28, 29 y 30 de la LAIP, se dedujo un reclamo de legalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago<sup>392</sup>. Este tribunal, sostuvo en primer lugar que el plazo legal de quince días corridos para deducir el reclamo de ilegalidad, se extinguió, motivo por el cual deberá necesariamente concluirse que el reclamo de la especie fue deducido extemporáneamente. En otras palabras, se desecha el reclamo de ilegalidad por cuestiones meramente formales.

---

<sup>391</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° A69-09, Álvaro Pérez Castro con Banco Estado de Chile, 12/06/2009.

<sup>392</sup> CORTE DE APLEACIONES DE SANTIAGO. Sentencia Rol 4625-09, Chávez Baeza Rodrigo con Consejo para la Transparencia, 23/10/2009.

Sin embargo, y a pesar de lo anterior, resulta particularmente interesante la opinión de un miembro de dicho tribunal que de todas maneras expresó su postura de declarar la competencia del Consejo para la Transparencia en este caso. En primer lugar se sostiene que el recurrido (Consejo para la Transparencia) reconoce y sostiene que el mandato de transparencia activa del artículo 7º de la LAIP se aplica al Banco Estado, en cuanto dicha norma se refiere a los órganos de la Administración del Estado señalados en el artículo 2º, cuyo inciso tercero establece que se aplicarán a las empresas de su tipo las obligaciones que esta ley expresamente señale.

Además, el citado artículo 7º, de aplicación indiscutida al Banco del Estado, obliga a dicha institución, en su letra g) a mantener a disposición del público los actos y resoluciones que tengan efectos sobre terceros, cuyo es el caso de los actos y documentos cuya información requirió legalmente el recurrente, por no estar disponible en dicha forma.

Por lo tanto, al denegarse o no ser puesta a su disposición la información requerida, la norma del artículo 8º de la misma ley establece que cualquier persona podrá presentar un reclamo ante el Consejo si alguno de los organismos de la administración no informa lo prescrito en el artículo anterior. Esta acción estará sometida al mismo procedimiento que la acción regulada en los artículos 24º y siguientes y, por mandato de dicho artículo 24º, el recurrente tendrá derecho a recurrir ante el Consejo solicitando amparo a su derecho de acceso a la información.

En consecuencia, queda en claro que, aun limitando el análisis solamente al artículo 7º invocado por el recurrido, que se refiere a la transparencia activa que éste y el Banco expresamente reconocen ser aplicable en la especie, persiste a favor del recurrente su derecho a recurrir

de amparo ante el Consejo para la Transparencia, a virtud del mandato de transcrito artículo 8º y, en tal virtud, la competencia del Consejo recurrido resulta indiscutible.

Este mismo razonamiento sostuvo el CPT en la decisión de amparo C450-09<sup>393</sup>, que en un ulterior reclamo de ilegalidad deducido por el requirente fue confirmada por la Corte de Apelaciones respectiva. Así, este Tribunal de Alzada indicó “que el derecho de acceso a la información, del modo que ha sido configurado en la citada legislación (Ley de Transparencia) no procede en su ejercicio respecto de una empresa estatal, cualquiera sea el acto de su creación, sea constitucional, legal o contractual”<sup>394</sup>. En efecto, “cuando la Constitución de 1980, artículo 19 Nº 21, en concordancia con el principio de subsidiariedad, artículo 1, inciso tercero, condiciona la actividad empresarial del Estado a un acto de autorización legislativa concreto que habrá de determinar su ámbito, dispone que la empresa del Estado quedará sujeta –en su giro– a la legislación común aplicable a los particulares, esto es, al derecho común, salvo las excepciones que por motivos justificados establezca una ley de quórum calificado. De modo que la Ley Nº 20.285 no podría interpretarse en términos de hacer aplicable sus disposiciones solo a las empresas del Estado y no a aquellas del sector privado. Más todavía si en el desarrollo de su actividad empresarial el Estado no ejerce potestades públicas (normativas o fiscalizadoras); no emite actos administrativos ni tampoco se vale de la posición de privilegio que es propia de la Administración y su actuación queda sometida –como ya se ha dicho– a la legislación común que rige para análoga actividad de los particulares”<sup>395</sup>.

---

<sup>393</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo Nº C450-09, Sebastián Minay Carrasco con Polla Chilena de Beneficencia S.A., 11/12/2009.

<sup>394</sup> CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Sentencia de 29/07/2010, caso Sebastián Minay Carrasco contra Consejo para la Transparencia, Rol Nº 608-2010, considerando Nº 9 (Nº Identificador Westlaw Chile CL/JUR/4206/10).

<sup>395</sup> *Ídem*.



Por último la Corte de Apelaciones haciendo alusión a la historia fidedigna de la Ley N° 20.285 sostiene que “queda claro que el régimen de transparencia pasiva no rige respecto de las empresa del Estado”<sup>396</sup>.

Ha sostenido reiteradamente el CPT, en una línea jurisprudencial que se ha mantenido inalterable desde el año 2009 hasta la actualidad, que “solo tiene competencia para conocer y pronunciarse sobre reclamaciones deducidas en contra de una empresa autónoma del Estado cuando el fundamento de la reclamación sea la infracción de las obligaciones de transparencia activa, que pesan sobre dichas entidades, y que se contienen en el artículo 10 de la Ley N° 20.285”<sup>397</sup>.

#### **e.- Casos instituciones de Derecho Privado**

Un ámbito de aplicación interesante de analizar es si la LAIP es aplicable a las corporaciones municipales<sup>398</sup>.

Es así como en el año 2009, un ciudadano solicitó al Sr. Alcalde de la Municipalidad de Buin y Presidente de la Corporación de Desarrollo Social de

---

<sup>396</sup> *Ídem*.

<sup>397</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C345-10, Iván Maulen Maulen con Empresa Portuaria de San Antonio, 15/06/2010; N° 775-11, C775-11, Crawford Chile Liquidadores de Seguros Ltda. con Empresa Portuaria de San Antonio, 24/06/2011; N° 105-15, Carlos Contreras Andía con Empresa Portuaria de San Antonio, 20/01/2015; N° C211-15, Rodolfo Lisboa Carvajal con Empresa Portuaria de Coquimbo, 03/02/2015, etc.

<sup>398</sup> Las corporaciones municipales son personas jurídicas de Derecho Privado, sin fines de lucro, que tienen por objeto prestar servicios en las áreas de salud, educación y atención de menores, en aquellas comunas en que se hayan traspasado estas actividades a la municipalidad respectiva. La fuente normativa de estas corporaciones la encontramos en el DFL 1-3063, del Ministerio del Interior, del año 1980. Publicado en el Diario Oficial N° 30.688, de 13/06/1980.

Buin, una determinada información pública<sup>399</sup>. Frente a este caso y otros similares<sup>400</sup>, el Consejo para la Transparencia se planteó en su momento la cuestión sobre la aplicabilidad de la Ley de Transparencia a las Corporaciones Municipales, concluyendo que dicho cuerpo legal sí aplica a las Corporaciones Municipales, a pesar de ser corporaciones de Derecho Privado, al tratarse de entidades creadas para el cumplimiento de la función administrativa. Por esto, a juicio de este Consejo, la participación y/o posición dominante de la Administración Pública sobre una entidad de Derecho Privado, con la consecuente relación de instrumentalidad entre Municipio y Corporación, viene dada por tres elementos básicos: i) la concurrencia mayoritaria o exclusiva de órganos públicos en su creación (decisión pública de creación) según lo dispuesto en el artículo 12 del D.F.L. N° 1-3.063, de 1979. En este caso, la Corporación de Desarrollo Social de Buin fue creada por la I. Municipalidad respectiva, ii) la integración de sus órganos de decisión, administración y control por autoridades o funcionarios públicos o personas nombradas por éstos (integración o conformación públicas de los órganos de decisión, administración y control). Lo anterior se da en este caso, toda vez que el Presidente de la Corporación debe ser el Alcalde de la Municipalidad, conforme al mismo art. 12 del D.F.L. N° 1-3.063, de 1979, y sus directores –que no pueden ser más de cinco- son cargos concejiles y, iii) la naturaleza de las funciones que desempeñan, que se alinea con el cumplimiento de funciones administrativas (función pública administrativa), por cuanto el objetivo de dichas Corporaciones, como la de la especie, es administrar los servicios en el ámbito de la educación, traspasados en administración a las Municipalidades.

---

<sup>399</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° A211-09, Constanza Souza Vega con Ilustre Municipalidad de Peñalolén/Corporación Municipal de Peñalolén para el Desarrollo Social, 11/09/2009; N° A327-09, Asociación Nacional de Consumidores Pro Derechos de la Educación con Corporación Municipal de San Miguel, 06/11/2009, N° R23-09, Rodrigo González Torres con Ilustre Municipalidad de Viña del Mar, 09/10/2009.

<sup>400</sup> *Ídem*.

En relación con las decisiones del CPT que considera aplicable la LAIP a las Corporaciones Municipales, se debe traer a colación una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que se pronuncia sobre un reclamo de ilegalidad formulado en contra de una de estas decisiones por la Corporación Municipal de Ñuñoa<sup>401</sup>.

La Corporación Municipal alega precisamente su naturaleza de Derecho Privado por lo que considera las disposiciones de la LAIP le son inaplicables. Ahora bien, el tribunal luego de recibir los descargos del Consejo para la Transparencia, argumentó lo siguiente: i) que no se encuentra discutido que la Corporación reclamante fue creada al amparo del DFL 1-3063 de 1980 que en su artículo 12º facultó a las Municipalidades, para constituir con organizaciones de la comuna, una o más personas jurídicas de Derecho Privado que no persigan fines de lucro, conforme a los normas del derecho común, para la administración y operación, entre otros, de servicios en el área de educación, con la limitación expresa que en sus estatutos deberá establecerse que la presidencia de ellos corresponderá al Alcalde con sus facultades de delegar y que el número de directores no podrá ser inferior a cinco, cargos todos que serán concejiles, ii) que conforme a la norma citada, las Corporaciones de Desarrollo creadas al amparo de esta normativa, son organismos que se constituyen para coadyuvar al cumplimiento de labores que han sido encomendadas al municipio, por lo mismo no son independientes de éste, de hecho, por ley, su directorio tiene como presidente al Alcalde y sus restantes son cargos concejiles, iii) que se encuentra reconocidos en autos que la Corporación reclamante fue creada por un órgano público como lo es la Municipalidad de Ñuñoa, que por otra

---

<sup>401</sup> CORTE DE APLEACIONES DE SANTIAGO. Sentencia Rol 8113-09, Corporación Municipal de Desarrollo Social de Ñuñoa con Consejo para la Transparencia, 10/08/2010.

parte de la personería agregada a los autos aparece que su dirección corresponde precisamente al Alcalde, no obstante su derecho a delegar tal función como ocurre en la especie y, por último, la función que le es asignada es eminentemente pública, como lo es la operación y administración de servicios educacionales, a lo que se suma que estas entidades son fiscalizadas por la Contraloría General de la República, lo que termina por demostrar que si bien se constituyen como personas jurídicas de Derecho Privado, el objetivo es solo facilitar el ejercicio de la función administrativa y como tal sujeta a los mismos mecanismos de control y fiscalización que el órgano que las creó.

Todas estas razones llevaron a la Corte a dar razón a la doctrina formulada por el Consejo, y entender que conforme lo dispone el inciso primero del artículo 2º de la Ley Nº 20.285, es aplicable, entre otros organismos a las Municipalidades y a los órganos o servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, entre los cuales como ya se señaló se encuentra precisamente la Corporación recurrente atendido el objeto para el cual fue creada.

Conociendo de un reclamo de ilegalidad, previamente la Corte de Apelaciones de San Miguel ya había sostenido que una Corporación Municipal “pese a tener la forma jurídica de una corporación de Derecho Privado, clara, cierta e inequívocamente es un órgano creado por un ente público, para el cumplimiento de la función administrativa, consistente en la administración y operación de los servicios de educación pública, salud pública primaria, traspasados por el Estado al Municipio y destinados al bien común, cuya dirección, administración, control y toma de decisiones está integrada por funcionarios públicos. Todo lo cual evidencia el carácter público de dicho organismo y además, necesariamente conduce a colegir que

conforme lo estatuye el artículo 2 de la Ley N° 20.285, la señalada Corporación se encuentra sometida a las normas de dicha ley, puesto que como expresamente ordena dicho precepto, las disposiciones de ella son aplicables a...los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, carácter que justamente tiene la Corporación Municipal”<sup>402</sup>.

Del mismo modo, el Consejo para la Transparencia se pronunció respecto de una solicitud de información formulada a Fundación Íntegra, organización de Derecho Privado cuyo objeto es impulsar la educación inicial en el país<sup>403</sup>. En su respuesta a la solicitud de información esta institución respondió que Fundación Íntegra es una institución de Derecho Privado, sin fines de lucro, que tiene como misión otorgar educación inicial de calidad a niños y niñas que viven en condiciones de pobreza y vulnerabilidad. De acuerdo a su naturaleza jurídica, se rige por las normas del Título XXXIII del Libro I del Código Civil, por sus propios estatutos, y en cuanto a las relaciones laborales, por el Código del Trabajo y legislación afín, por su parte, sostuvo que la LAIP se aplica exclusivamente a los órganos de la Administración del Estado, definidos en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, de modo que las fundaciones y corporaciones de Derecho Privado, como la fundación a la que representa, no están regidos por la ley indicada.

Resolviendo la cuestión de fondo el Consejo para la Transparencia resolvió que la LAIP sí resulta aplicable a instituciones como Fundación

---

<sup>402</sup> CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL. Sentencia Rol 132-2009, Corporación Municipal de San Miguel contra Consejo para la Transparencia, 22/07/2010.

<sup>403</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C469-11, Marco Antonio Jofré Muñoz con Fundación Íntegra, 31/08/2011.

Íntegra. Así, el Consejo entendió que la calidad de entidad de Derecho Privado de Fundación Integra no implica sustraerla de la aplicación de las normas y principios propios del Derecho Público, entre las cuales se encuentra el principio de publicidad establecido en el artículo 8° inciso 2° de la Constitución Política y desarrollado en la LAIP, sino que resulta necesario efectuar un análisis a la luz del criterio que en la materia se ha desarrollado por el mismo Consejo, especialmente en relación a la aplicabilidad de la LAIP a las Corporaciones Municipales, entidades con las que la reclamada en la especie comparte su naturaleza de entidad de Derecho Privado. Es así como, en las decisiones aludidas, el Consejo ha afirmado que la utilización de formas organizativas privadas al ámbito estatal, como las corporaciones o fundaciones de Derecho Privado sin fines de lucro, persigue una actuación más eficiente de la Administración en beneficio de los ciudadanos pero que, en tanto estas entidades tengan un carácter evidentemente instrumental respecto de la Administración Pública, deben considerarse parte de ésta, resultándoles aplicable las disposiciones de la LAIP como parte del estatuto mínimo de las organizaciones que integran la Administración del Estado.

En todo caso, para para llegar a la conclusión anterior señaló el Consejo, es preciso que el Estado tenga una participación y posición dominante en dichas entidades y que realicen funciones administrativas, pues en estos casos la naturaleza pública debe predominar por sobre la forma privada. Tal participación y/o posición dominante de la Administración Pública sobre una entidad de Derecho Privado, con la consecuente relación de instrumentalidad, viene dada por tres elementos básicos, a saber: i) la concurrencia mayoritaria o exclusiva de órganos públicos en su creación (decisión pública de creación), ii) la integración de sus órganos de decisión, administración y control por autoridades o funcionarios públicos o personas nombradas por éstos (integración o

conformación públicas de los órganos de decisión, administración y control) y, iii) la realización de funciones administrativas.

Atendido lo anterior, reflexionó el Consejo, que siendo la Fundación Íntegra una persona jurídica de Derecho Privado, de acuerdo a lo que indican sus estatutos, corresponde analizar si a su respecto concurre cada uno de los tres requisitos señalados en el considerando precedente, y si, de esta forma, le resulta aplicable o no las disposiciones de la LAIP.

En cuanto al primer requisito, entendió el Consejo que si bien sus socias fundadoras son cinco personas naturales de manera que, en principio, no se divisa que concurren órganos públicos en su creación, se aprecian diversos elementos ponen de manifiesto que estas personas concurren a esta constitución no como particulares que pretenden formar un cuerpo intermedio, sino que como personas que tienen el propósito de constituir un órgano de colaboración con el Gobierno en el área social.

En relación con el segundo de los requisitos mencionados, y en consideración a los estatutos de la Fundación Íntegra, se deduce fehacientemente que su Consejo Nacional está conformado por: i) la o el cónyuge del Presidente de la República o la persona que éste designe, quien presidirá el Consejo y la Fundación con el título de Presidenta Nacional o Presidente Nacional, ii) un Consejero que designe la o el Presidente Nacional, iii) el Director o Directora de la Carrera de Educación de Párvulos de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile, iv) el Director o Directora de la Escuela de Psicología de la Universidad Católica de Chile, v) el Coordinador Nacional de la Unidad de Educación Parvularia del Ministerio de Educación, vi) el Jefe o Jefa de la Unidad de Currículum y Evaluación del Ministerio de Educación y, vii) el Director o Directora del Programa

Interdisciplinario en Educación PIIE. Por lo mismo, dado que quien preside el Consejo de la Fundación es una persona que, directa o indirectamente es designada por el Presidente de la República, indirectamente también lo es el Consejero que, a su vez, designa el/la Presidente/a de la Fundación. Por otro lado, el académico de la Universidad de Chile es también un funcionario público, al igual que los integrantes señalados en los literales e) y f), funcionarios del Ministerio de Educación. En suma, solo dos integrantes provienen del mundo privado, a saber, el académico de la Universidad Católica y el Director o Directora del Programa Interdisciplinario en Educación PIIE (una ONG, como puede verse en <http://www.piie.cl/>), y quien preside la Fundación depende, en definitiva, de una decisión del Presidente de la República. Existe, por tanto, una integración o conformación con control mayoritariamente público de los órganos de decisión y administración de esta fundación.

Y por último, en atención al tercer requisito, el Consejo indicó que el artículo 5º de los Estatutos de la Institución reclamada señala que la Fundación tiene por objeto contribuir a la superación de las desigualdades en nuestro país con la implementación de un proyecto nacional dirigido a los niños de escasos recursos menores de seis años, que favorezca su desarrollo intelectual, emocional, social y nutricional, que les permita superar la desventaja con la que acceden a la educación básica y que contribuya a solucionar el problema de su cuidado, detallando a continuación las funciones que podrá ejercer la Fundación de acuerdo al citado objetivo. En definitiva, entiende el Consejo, que el volumen y la naturaleza de su actividad ponen de relieve que la labor de esta Institución es una tarea administrativa, realizada en conjunto con los órganos administrativos competentes. A lo anterior, además se debe agregar que el financiamiento de Fundación Íntegra es básicamente público.



Por lo tanto, y en consideración a todos los argumentos anteriores, el Consejo resolvió que a Fundación Íntegra se le debe aplicar la LAIP. La posición jurídica del Consejo para la Transparencia fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago conociendo de una reclamación de ilegalidad deducida por Fundación Íntegra. El tribunal de alzada sostuvo “que de acuerdo a los antecedentes reunidos se encuentra reconocido en autos, que Fundación Integra es una corporación de derecho privado instrumental, creada por el ente publico en 1979 para coadyuvar en el cumplimiento de una función pública, que se rige por las normas del Título XXXIII del Libro I del Código Civil, por sus propios estatutos y, en cuanto a las relaciones laborales, por el Código del Trabajo, cuyo objeto es contribuir a la superación de la desigualdades en nuestro país con la implementación de un proyecto nacional dirigido a niños de escasos recursos, menores de seis años, que favorezca su desarrollo intelectual, emocional, social y nutricional permitiéndosele superar la desventaja con la que acceden a la educación básica, contribuyendo a solucionar el problema de su cuidado la que se encuentra dirigida en su mayoría por funcionarios 5 a 7 miembros del Consejo Nacional están compuestos por autoridades o funcionarios públicos o personas nombradas por éstos y que su financiamiento en un 95% proviene de la Ley de Presupuesto del Sector Público, por tanto debe ser considerada dentro de los organismos a que se refieren los artículos 1° y 2° de la Ley N°20.285”<sup>404</sup>, y por ello está obligada a dar cumplimiento a las normas contenidas en la LAIP.

Como se puede constatar de lo expuesto en las páginas precedentes, a pesar de que la LAIP se hace cargo en forma expresa del ámbito de su aplicación, de todas formas la jurisprudencia del Consejo para la

---

<sup>404</sup> CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Sentencia Rol 6569-2011, Fundación Íntegra contra Consejo para la Transparencia, 01/04/2013, considerando N° 5.

Transparencia ha acotado el sentido y alcance de sus decisiones, ampliando considerable y expansivamente su campo de aplicación.

### **3.- El desarrollo e interpretación de las causales de reserva o secreto realizado por el Consejo para la Transparencia. Exposición de casos más relevantes**

Ya dijimos que las causales de reserva o secreto constituyen la excepción a la publicidad en el derecho administrativo chileno. Pues bien, las causales de reserva o secreto en la LAIP se encuentran consagradas taxativamente en su artículo 21, tal como lo hemos indicado en el apartado precedente.

A continuación analizaremos la forma en la que el Consejo para la Transparencia ha ido dando forma a estas causales por medio de la interpretación contenida en sus decisiones.

#### **a.- El debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido: Artículo 21 N° 1 letra a) LAIP**

El artículo 21 de la LAIP contempla como causal de secreto o reserva en virtud de la cual se podrá denegar total o parcialmente acceso a la información, en su N° 1 letra a): “cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente: si es en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito o se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales”.

En primer lugar es interesante destacar que el Consejo para la

Transparencia ha entendido que si una determinada información ha sido previamente solicitada en sede judicial como medio de prueba procede declarar su incompetencia.

En la decisión de Amparo A63-09<sup>405</sup> se sostuvo que “solo resta a este Consejo señalar que la información solicitada por vía de amparo al derecho de acceso a la información es coincidente con la información solicitada como medio de prueba en el juicio ordinario por indemnización de perjuicios seguido ante la justicia ordinaria, que además, dicho procedimiento fue iniciado con antelación a la presentación del requerimiento de acceso a la información ante el Consejo”. Por tanto, de acuerdo al principio constitucional de independencia<sup>406</sup>, “queda vedado a los demás órganos del Estado, entre los que se encuentra el Consejo para la Transparencia, avocarse causas pendientes ante los tribunales establecidos por ley, como en el caso concreto constituiría el conocer sobre la entrega de los documentos solicitados en el juicio por el demandante como medio de prueba y su completitud”.

En este mismo sentido, razona el Consejo, “el Código Orgánico de Tribunales, en su artículo 119<sup>407</sup> que contempla el principio de radicación o fijeza, por lo que si un tribunal está conociendo de un juicio por indemnización de perjuicios en el que, precisamente, se solicitó acompañar la

---

<sup>405</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° A63-09, Francisco Bartucevic Sánchez con Servicio Nacional de Aduanas, 07/08/2009, considerando N° 8.

<sup>406</sup> La Constitución chilena en su artículo 76, inciso primero dispone: “la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos”.

<sup>407</sup> El artículo 119 del Código Orgánico de Tribunales establece: “radicado con arreglo a la ley el conocimiento de un negocio ante tribunal competente, no se alterará esta competencia por causa sobreviniente”.

referida información que obra en poder del Servicio Nacional de Aduanas, el Consejo se encuentra impedido de conocer de ello pues la solicitud fue formulada con posterioridad al inicio del citado juicio y el asunto se encuentra radicado ante otro órgano del Estado”.

Por las razones expuestas, el Consejo para la Transparencia estimó irrelevante pronunciarse sobre la concurrencia o inconcurrencia de las causales de secreto o reserva del artículo 21 letra a) de la ley.

Por otra parte, en varias decisiones<sup>408</sup> el Consejo para la Transparencia ha entendido que para que se configure la causal invocada es menester que concurren los siguientes requisitos: i) en primer lugar se debe constatar la existencia de un litigio pendiente entre el reclamante y el reclamado; ii) además, debe existir una relación directa entre los documentos o la información requerida y el litigio; y, iii) la publicidad de lo requerido debe afectar el debido funcionamiento del órgano reclamado.

El Consejo para la Transparencia, además entiende, que para que estemos en presencia de la causal, no basta con que los documentos requeridos tengan vinculación con lo discutido en sede judicial, ni que ellos tengan relación con las cuestiones de hecho, sino con la estrategia jurídica del órgano reclamado. En tal sentido, esta exigencia es fundamental, pues le corresponderá al órgano requerido demostrar que precisamente la publicidad de la información requerida afectará el debido funcionamiento del

---

<sup>408</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° A56-09, Santiago Urzúa Millán con Dirección de Vialidad, 04/08/2009; N° A96-09, Adolfo Ortega Aichle con Servicio de Impuestos Internos, 25/09/2009; N° A151-09, Santiago Urzúa Millán con Dirección de Vialidad, 02/10/2009; N° C380-09, Abufрут Ltda. con Servicio Agrícola y Ganadero, 27/11/2009; N° C75-10, Humberto Ángel Sanhueza Leiva y Luis Fernando González Reyes con Ilustre Municipalidad de los Andes, 25/06/2010.

órgano.

En la Decisión de Amparo C380-09, ya individualizada, el Consejo para la Transparencia entendió que no podía considerarse que los documentos requeridos estuviesen destinados a respaldar la posición de un órgano de la Administración ante una controversia de carácter judicial, sino que constituían documentos de carácter público cuya denegación perseguía impedir que la contraparte probase un hecho en un litigio pendiente. Por lo mismo, el Consejo resolvió que debía distinguirse entre documentos relativos a la estrategia jurídica del órgano reclamado, por ejemplo, el expediente interno relativo al litigio o las minutas internas, de aquellos documentos que solo constituyen medios de prueba.

Esta doctrina ha sido reafirmada con posterioridad. Así, en dos decisiones de amparo, una del 2010<sup>409</sup> y otra del 2011<sup>410</sup>, el Consejo para la Transparencia, ha sostenido que la causal de reserva prevista en el artículo 21 N° 1 letra a) de la ley debe ser interpretada de manera estricta pues deben distinguirse los antecedentes de la estrategia jurídica del órgano reclamado de otros documentos que solo constituyen medios de prueba, concluyendo que solo los primeros serían objeto de secreto o reserva, y en tanto exista una relación directa entre los documentos o información solicitada y el o los litigios.

Dentro del contexto que acabamos de exponer el Consejo ha ido fijando algunos criterios para precisar el sentido y alcance de esta causal, a

---

<sup>409</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° 648-10, Juan José Soto Cortés con Superintendencia de Valores y Seguros, 05/11/2010.

<sup>410</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C930-11, Wilfredy Zuluaga Arroyave con Gobernación Provincial de Coyhaique, 28/10/2011.

saber<sup>411</sup>: i) los documentos que dan cuenta de la estrategia jurídica del órgano reclamado, son reservados, por estimarse que su comunicación afectaría la defensa jurídica del caso; y ii) la materia de medios de prueba que el órgano quiere presentar en el juicio son reservados de acreditarse la afectación señalada pero solo hasta el vencimiento de la etapa probatoria, pues cerrada ésta ya no servirían a la defensa judicial del organismo y son públicos cuando no se acredita tal afectación, aunque la denegación persiga obstaculizar que la contraparte pruebe un hecho en un litigio pendiente, ello porque se ha estimado que dicha motivación no encuentra justificación en la protección del debido cumplimiento de las funciones de la Administración del Estado.

En consecuencia, para el Consejo, el solo hecho de tener uno o más juicios pendientes no transforma a todos los documentos relacionados con estos en secretos, pues algunos tienen naturaleza eminentemente pública.

**b.- Antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución: Artículo 21 N° 1 letra b) LAIP**

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 21 N° 1 letra b) se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información “cuando la publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente: tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean

---

<sup>411</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° A68-09, Pablo Antonio Tartari Aguirre con Servicio de Vivienda y Urbanismo de la Región del Maule, 04/08/2009; N° A293-09, Álvaro Pérez con Consejo de Defensa del Estado, 24/11/2009; N° C380-09, Enrique Barros con Servicio Agrícola y Ganadero, 27/11/2009; N° C2361-14, María de los Angeles Arrieta Ugarte con Subsecretaría de Relaciones Exteriores, 24/07/2015.

públicos una vez que sean adoptadas”.

El Consejo para la Transparencia ha entendido que si un sumario administrativo se encuentra concluido, habiéndose impuesto una sanción administrativa por el órgano competente, no es óbice que existan reclamos pendientes ante la Contraloría General de la República, para que la información sea considerada pública. Así, ha sostenido “que, en consecuencia, habiéndose adoptado una decisión por parte del Alcalde en dicho sumario administrativo, a través de la dictación del decreto que impuso las respectivas sanciones, tal medida y sus fundamentos, entre ellos dicho expediente sumarial y el citado informe en derecho, han adquirido el carácter de información pública, al tenor de lo dispuesto en los artículos 5 y 10 de la LAIP”<sup>412</sup>.

También resulta interesante destacar que el Consejo para la Transparencia entiende que la causal que estamos analizando no exige para configurar reserva o secreto que la medida se encuentre firme o ejecutoriada, pues es suficiente con que ésta haya sido adoptada<sup>413</sup>.

La doctrina del Consejo en relación con esta causal resulta clara e indubitada. Así reiteradamente ha entendido que los elementos que componen la causal del artículo 21 N° 1 letra b) de la ley, no solo requieren comprobar que se encuentre en actual tramitación un procedimiento destinado a la adopción de una medida, política o resolución, sin que ésta se haya adoptado, sino que, además, que la divulgación de la información requerida afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano

---

<sup>412</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° A47-09, Unidad Vecinal N° 13, de Santa María de Manquehue con Ilustre Municipalidad de Vitacura, 15/09/2009.

<sup>413</sup> *Ídem*.

respectivo<sup>414</sup>.

En el mismo sentido, el año 2011 el Consejo para la Transparencia señaló que “con todo, cabe hacer presente que al tiempo de la denegación de lo solicitado, el Gobierno Regional Metropolitano ya había dado término a la tramitación interna de la modificación del plan regulador, adoptando una decisión sobre el particular, la que se concretó en su Resolución N° 89/2011, por lo que el primer presupuesto de la causal no resultaba aplicable”<sup>415</sup>, es decir, no estábamos frente a un antecedente o deliberación previa a la adopción de una resolución, medida o política.

El Consejo para la Transparencia en una Decisión de Amparo del año 2009<sup>416</sup>, deducida en contra de la Subsecretaría de Transportes afirmó que para aplicar la causal del artículo 21 N° 1 letra b) de la LAIP es preciso además que exista certidumbre de la adopción de una determinada resolución. De esta forma, se sostuvo que “el Consejo Directivo estimó que el hecho de señalar que el estudio de tarificación vial es un antecedente previo a la adopción de una política pública sobre tarificación vial para congestionar la ciudad de Santiago no es suficiente para aplicar la causal invocada, pues ésta también supone que exista certidumbre de la adopción de la resolución, medida o política dentro de un plazo prudencial, incluso si la decisión consistiese, al final, en no hacer nada. No entenderlo así llevaría a que los fundamentos de la decisión fuesen indefinidamente reservados, lo que pugna

---

<sup>414</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° A12-09, Jorge Antonio Reyes Molina con Comisión Nacional del Medio Ambiente Región Metropolitana de Santiago, 14/07/2009; N° A95-09, Freud Oyanguren Malverde con Municipalidad de Temuco, 06/11/2009; N° 2320-14, Rodrigo Insunza Ginart con Superintendencia del Medio Ambiente, 31/07/2015.

<sup>415</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C842-11, Mario Urrutia Belmar con Gobierno Regional Metropolitano de Santiago, 23/11/2011.

<sup>416</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión Reposición de Amparo N° A79-09, Francisco Fuentes García con Subsecretaría de Transportes, 26/03/2010.



con el sentido de la Ley de Transparencia y los principios de su artículo 11”.

En definitiva, lo que resolvió en este caso el Consejo es que la causal de secreto o reserva del artículo 21 N° 1 letra b) de la ley no puede quedar sometida a una condición meramente potestativa, consistente en la mera voluntad o discrecionalidad del órgano requerido.

Frente a lo resuelto en esta Decisión de Amparo A79-09 el órgano requerido, esto es, la Subsecretaría de Transportes, optó por presentar una reposición, destacando en su alegato algunos interesantes argumentos.

El referido órgano expuso que “el tenor literal del artículo 21 N°1 letra b) solo exige que la información cuya entrega se deniegue constituya un antecedente previo a la adopción de la resolución, medida o política, sin embargo se ha establecido por el Consejo un requisito adicional: que exista certidumbre sobre la adopción de una resolución, medida o política dentro de un plazo prudencial, incluso si la decisión consistiese finalmente en no hacer nada”.

Ahonda en su argumentación la Subsecretaría de Transportes al indicar que “obligar a un órgano de la Administración del Estado a fundamentar una causal de denegación en el cumplimiento de requisitos que la LAIP no ha establecido implica en la práctica ponderar aspectos de mérito, conveniencia y oportunidad de una actuación administrativa, cuestiones que corresponde efectuarlas de manera privativa a los órganos de la Administración activa, sin que estos factores estén sujetos a la revisión o cuestionamientos de otros órganos administrativos a quienes la ley entrega competencia para fiscalizar sus actuaciones”.

Por lo mismo, entiende la Subsecretaría que “condicionar la reserva o secreto de los antecedentes previos a la adopción de una medida, política o resolución a la existencia de un plazo cierto, conlleva no solo un requisito adicional sino y más aún, la intromisión en una esfera que compete exclusivamente al Gobierno, quien ciertamente se vería (i) obligado –ex ante– a determinar en qué fecha adoptará o no una medida, coartando con ello su libertad de decisión; o bien (ii) entregar derechamente la información solicitada lo que puede, como en el caso materia de este recurso, afectar considerablemente el debido cumplimiento de las funciones del órgano y los derechos de las personas”.

Resolviendo el recurso de reposición el Consejo para la Transparencia antes de rechazarlo reflexionó en los siguientes términos: i) la decisión adoptada en la Decisión de Amparo N° A79-09, no exige a la Subsecretaría establecer un plazo en que se adoptará una determinada política o medida. La exigencia de certidumbre en la adopción de la resolución, medida o política dentro de un plazo prudencial no apunta al conocimiento del momento preciso en que se tomará la decisión sino a la existencia de una causalidad clara entre los antecedentes que se quiere reservar y la adopción de una decisión en base a aquéllos, de manera que ésta última se vaya a producir y no sea solamente una posibilidad cuya probabilidad de concreción sea incierta; ii) el Consejo reconoce que compete a los órganos de la Administración del Estado decidir cuándo dictar una resolución o adoptar una determinada medida o política. El punto es no transformar esa potestad en un instrumento para mantener indefinidamente reservados antecedentes que deberían ser públicos.

**c.- Debido cumplimiento de las funciones del Órgano: Artículo 21 N° 1 letra c) LAIP**

Según lo prescrito en el artículo 21 N° 1 letra c) se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información “cuando la publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente: tratándose de requerimiento de carácter genérico, referido a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento de sus labores habituales”.

Esta disposición legal debe complementarse con lo dispuesto en el artículo 7 letra c) del Reglamento de la Ley N° 20.285, el cual dispone que “se entiende por requerimientos de carácter genérico, aquellos que carecen de especificidad respecto de las características esenciales de la información solicitada, tales como su materia, fecha de emisión o período de vigencia, autor, origen o destino, soporte, etcétera”. Por otro lado, “se considera que un requerimiento distrae indebidamente a los funcionarios cuando su satisfacción requiera por parte de éstos, la utilización de un tiempo excesivo, considerando su jornada de trabajo, o un alejamiento de sus funciones habituales”.

En relación con la configuración de esta causal, el Consejo para la Transparencia ha seguido reafirmando su doctrina que el solo hecho de invocar la causal no es justificación suficiente para negar legítimamente el acceso a la información y que al tratarse el acceso a la información de un derecho fundamental su restricción debe ser alegada y probada por el respectivo órganos de la Administración del Estado. “La circunstancia de referirse a un elevado número de actos administrativos ha sido invocada,

pero no acreditada. A este respecto debe señalarse que dado que de esta circunstancia depende la extinción del deber de entregar la información, la carga de la prueba corresponde a quien la alega”<sup>417</sup>.

Es así como, de conformidad a lo preceptuado en el artículo 21 de la LAIP, “para que se verifique la procedencia de una causal de reserva, es menester determinar la afectación de alguno de los derechos subjetivos protegidos por ella, debiendo en consecuencia, acreditarse una expectativa razonable de daño o afectación, la cual debe ser presente o probable y con suficiente especificidad para justificar la reserva”<sup>418</sup>.

Entendemos que esta doctrina asumida por el Consejo para la Transparencia desde sus primeras decisiones resulta total y absolutamente coherente con el espíritu de la Constitución y la ley, además constituye un eficaz resguardo al ejercicio de este derecho por parte de las personas, pues en cada caso concreto será el órgano de la Administración el que deberá argumentar y justificar las razones de su negativa. Haber entendido esta situación de modo diverso habría sido en la práctica negar el ejercicio del derecho y burlar la normativa vigente. Así por ejemplo, el Consejo para la Transparencia resolvió que los descargos de la Dirección de Obras Públicas no fueron suficientes para acreditar “de qué manera se configuraría en la especie la distracción indebida de sus funcionarios”<sup>419</sup>, esto es, reitera la necesidad de acreditar la causal y no solamente invocar su existencia.

---

<sup>417</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° A39-09, Patricio Orlando Segura Ortiz con Secretario Regional Ministerial de Agricultura de Aysén, 19/06/2009.

<sup>418</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° 1200-15, Alejandro Luarte Vergara con Municipalidad de Cholchol, 04/08/2015.

<sup>419</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C622-11, José Tomás Fuentealba Pinto con Dirección de Obras Hidráulicas, 26/08/2011.

#### **d.- Los derechos de las personas: Artículo 21 N° 2 LAIP**

El artículo 21 N° 2, consagra como causal de reserva o secreto de la información pública: “cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico”.

Del análisis de esta se puede concluir que la causal de reserva o secreto se configura cuando la publicidad de la información en poder de los órganos de la Administración del Estado afecte los derechos de las personas. Entendemos que la expresión “derechos de las personas” se debe interpretar en un sentido amplio y no solamente vinculada a su seguridad, salud, vida privada o derechos de carácter comercial o económico. En estos últimos casos la necesidad de la reserva o secreto cobra desde luego más fuerza, pero en caso alguno debe ser circunscrito solamente a estos casos. La palabra “particularmente” utilizada por el legislador permite concluir fehacientemente en esta dirección.

En relación con esta causal, una doctrina importante que ha venido asentando desde sus primeros meses de funcionamiento el Consejo se refiere al grado de intromisión que los funcionarios de la Administración Pública deben tolerar a su esfera privada. En este sentido, se ha entendido reiteradamente que la esfera de vida privada y honra de estos ciudadanos es menor que la del resto de la comunidad. Es así como “la supuesta afectación de la honra de los funcionarios sancionados no puede ser fundamento suficiente para reconocer que la publicidad de tal expediente sumarial ni del informe en derecho respectivo sean considerados como secretos, toda vez que las personas involucradas, en cuanto funcionarios públicos, poseen una

esfera de vida privada más delimitada en virtud precisamente de la función que ejercen, prevaleciendo en tal caso el interés público en conocer si existieron irregularidades en un órgano de la Administración del Estado, si dicho órgano tomó las medidas pertinentes para investigar y sancionar, en su caso, a los responsables y reparar los daños que dichas irregularidades pudieren haber causado”<sup>420</sup>.

El ejercicio de la función pública implica de algún modo un mayor grado de compromiso por parte de las personas que han decidido desempeñarse en ella, lo que es totalmente coherente con el principio de servicialidad del Estado y las exigencias de una sociedad democrática, por lo que los estándares de exigencia y las restricciones al ejercicio de sus derechos que deben tolerar no es el mismo que el resto de los ciudadanos. Consideramos que el Consejo para la Transparencia nuevamente ha acertado en sus apreciaciones y ha interpretado la causal de reserva o secreto contenida en el artículo 21 N° 2 de manera armónica con los principios constitucionales y con el espíritu de la LAIP.

Además del argumento de la naturaleza de la función pública, el Consejo para la Transparencia, ha construido esta doctrina en base a lo dispuesto en la Ley N° 19.733, sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo<sup>421</sup>, que en su artículo 30 consagra que “al inculpado de haber causado injuria a través de un medio de comunicación social, no le será admitida prueba de verdad acerca de sus expresiones, sino cuando hubiere imputado hechos determinados y concurrieren a lo menos una de las siguientes circunstancias: las referentes al desempeño de funciones públicas”. Es decir, frente al delito de injuria la regla general es que no se

---

<sup>420</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° A47-09, Unidad Vecinal N° 13, de Santa María de Manquehue con Ilustre Municipalidad de Vitacura, 15/09/2009.

<sup>421</sup> Publicada en el Diario Oficial N° 36.978, de 04/06/2001.

acepte la excepción de verdad o *exceptio veritatis*, salvo que concurra alguna excepción expresamente señalada en la ley, y el desempeño de la función pública es una de ellas. Si el legislador decidió aceptar la *exceptio veritatis* en los juicios por injurias, cuando se trata de un hecho cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, es porque éste entiende que a estas personas el estándar de exigencia y responsabilidad es mayor.

Por otro lado, ante una solicitud de información sobre desempeño funcionario y su posterior traslado por parte del Jefe del Servicio a los funcionarios involucrados para ejercer el derecho de oposición respecto de la información solicitada el Consejo para la Transparencia ha sido enfático al señalar que “se puede establecer que dichos programas de desempeño son información pública de acuerdo a lo prescrito por los artículo 5 y 10 de la Ley de Transparencia, particularmente considerando que se trata de información relativa a la función pública que estos desempeñan y no a su vida privada, por lo que en ningún caso cabía la aplicación de lo establecido en el artículo 20 de la Ley de Transparencia comunicado a los funcionarios su derecho a oponerse a tal requerimiento. Ello, porque no puede sostenerse que en estos casos exista una potencial afectación de derechos de terceros”<sup>422</sup>. En este mismo sentido, el Consejo establece que “por último, cabe señalar al Director Regional del Trabajo de Valparaíso que como ya se ha señalado no toda información que se refiera a terceros afecta sus derechos por lo que, en el futuro, debe abstenerse de aplicar el mecanismo del artículo 20 de la Ley de Transparencia cuando esto no ocurra, especialmente si la información solicitada es inequívocamente pública, como en este caso”<sup>423</sup>.

Siguiendo la misma línea argumentativa, el Consejo ha entendido que

---

<sup>422</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° A323-09, Aldo Raggio Alvarado con Dirección Regional del Trabajo de Valparaíso, 20/11/2009.

<sup>423</sup> *Ídem*.

la entrega de registros de asistencia al trabajo de funcionarios en caso alguno constituye una afectación a sus derechos, especialmente a su derecho a la vida privada. Así el Consejo ha sido claro en señalar que en caso alguno se estima que los funcionarios públicos no tengan derecho a la protección de su vida privada, sino que “solo se sostiene que los funcionarios públicos, a diferencia de los empleados o profesionales del sector privado, tienen una vida privada mucho más restringida al realizar una función pública que deben ejercer con probidad y transparencia”<sup>424</sup>.

Ahondando en estas reflexiones el Consejo ha sostenido expresamente “que la función pública debe ejercerse favoreciendo el interés general sobre los intereses particulares, constituyendo la obligación elevada a rango constitucional que hemos citado, de declarar sus intereses y patrimonios en forma pública, un mecanismo para prevenir, por una parte conflictos de intereses, y por otra, transparentar la evolución patrimonial de los directivos públicos, en el contexto de permitir un ejercicio de la función pública más transparente, con un mayor control ciudadano”<sup>425</sup>.

Del mismo modo, ha resuelto reiteradamente el Consejo que las calificaciones obtenidas por los funcionarios públicos son públicas, en virtud del interés público que revisten como mecanismo de rendición de cuentas no solo ante las jefaturas, sino también ante la sociedad<sup>426</sup>.

En otro asunto que ha debido resolver el Consejo para la

---

<sup>424</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo C434-09, Juan Pablo Figueroa Lasch con Servicio de Salud Metropolitano Sur, 27/11/2009.

<sup>425</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo C444-10, Irene Yolanda Cordero Mansilla con Universidad de los Lagos, 08/10/2010.

<sup>426</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo A10-09, Miguel Rojas Zúñiga con Ministerio de Vivienda y Urbanismo, 31/10/2009.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo A126-09, Miguel Rojas Zúñiga con Fondo Nacional de Salud, 31/07/2009.



Transparencia, un ciudadano solicita a una Municipalidad la entrega de boletas de honorarios emitidas por terceros que han prestado servicios a estos organismos. La Municipalidad respectiva entendió que esa información revestía el carácter de reservada o secreta atendida la configuración de la causal contenido en el artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia y por afectar el derecho a la vida privada de las personas que las emitieron.

Frente a esta hipótesis el Consejo señaló que “no se aprecia cómo la publicidad de la información requerida podría afectar los derechos económicos de los contribuyentes que han emitido las boletas de honorarios solicitadas. Por el contrario, la publicidad de ésta permite el control social directo de la inversión de los fondos municipales otorgados como subvención, sobre todo considerando que tales boletas constituyen, de acuerdo a la propia normativa del municipio reclamado, medios idóneos que permiten a las entidades financieras de subvención precisamente justificar la inversión de los fondos municipales recibidos por este concepto en el marco de proceso de rendición de cuentas de los mismos”<sup>427</sup>.

Ahora bien, en lo que dice relación con la eventual vulneración, de la entrega de este tipo de información, al derecho a la vida privada de terceros, el Consejo si ha entendido que la publicidad de la información solicitada afectaría el derecho a la vida privada de terceros, por cuanto los contribuyentes son personas naturales que se enmarcan dentro de la regulación de la Ley N° 19.628, sobre protección de datos de carácter personal.

Empero, sin perjuicio de lo anterior, el Consejo para la Transparencia

---

<sup>427</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo C725-10, Eusebio Rivera Muñoz con Municipalidad de Macul, 17/12/2010.

consideró que la debida protección de los datos personales de titularidad de los contribuyentes emisores de las boletas de honorarios requeridas debe ceder, en este caso, en beneficio del control social que supone la publicidad de dicha información. Por el contrario, “tanto la fotografía del funcionario como su fecha de nacimiento no tienen vinculación con el ejercicio de la función pública y no son necesarios para realización del control social”<sup>428</sup> sobre los actos de la Administración.

Nuevamente la idea de control social aparece reflejada en la jurisprudencia del Consejo en relación con los derechos de los ciudadanos. Así, en relación con la publicidad de los planos y láminas necesarios para la obtención de un permiso de edificación, el carácter público de estos antecedentes es fundamental para permitir el control social sobre el otorgamiento de permisos de edificación por parte de las Direcciones de Obras Municipales<sup>429</sup>.

Tema similar es el que ha debido resolver el Consejo para la Transparencia respecto de los *curricula vitae* que obran en poder de la Administración del Estado en varias de sus decisiones. Así, en términos generales el Consejo ha resuelto la entrega de éstos, considerando el interés público comprometido, la imparcialidad de los procesos de licitación y de otros concursos y su control por parte de la ciudadanía<sup>430</sup>.

---

<sup>428</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo Nº C2647-14, Diego Grez Cañete con Municipalidad de la Estrella, 07/08/2015.

<sup>429</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo Nº C876-10, Cristián Vial Infante con Municipalidad de Lo Barnechea, 25/01/2011.

<sup>430</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo Nº A204-09, Sociedad Neira y Asociados Ltda. con Secretaría Regional Ministerial de Bienes Nacionales de la Región del Bío Bío, 16/03/2010.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo Nº C501-09, Cristián Valenzuela Véliz con Servicio Nacional de Turismo, 26/02/2010.

Ha sostenido el Consejo “que si bien el *curriculum vitae* contiene datos tales como el domicilio, RUT, trayectoria profesional y académica, datos de contacto, entre otros, los cuales constituyen datos personales atendida la definición de éstos en el artículo, letra f) de la Ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada, y conforme a su artículo 4 en relación a su artículo 20, dichos datos solo pueden ser tratados o comunicados por los órganos de la Administración del Estado, fuera de sus competencias, previo consentimiento de su titular, tratándose de *curriculum vitae* de aquel personal empleado en los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, solo el acceso a dicha información permite a la ciudadanía evaluar las capacidades de la persona seleccionada para desempeñar su labor, resguardando el adecuado ejercicio de las funciones públicas”<sup>431</sup>.

Ahora bien, el Consejo para la Transparencia ha sentado lo que a nuestro juicio es la doctrina adecuada, pues ha distinguido entre los datos que son necesarios para evaluar el desempeño profesional del funcionario público y aquéllos que no cumplen este objetivo.

Así, en la Decisión pronunciada en el Rol C95-10, ya individualizado, el Consejo sostiene que son datos necesarios para evaluar las capacidades para el desempeño de las labores encomendadas por ejemplo, la trayectoria académica, profesional, laboral y aquellos que acrediten su capacidad, habilidades o pericia para ocupar el cargo público. Por el contrario, no tienen por objeto evaluar las antedichas capacidades, sino que aparecen incorporados en los *curriculum vitae* como datos de contexto de los mismos, por ejemplo, el número de cédula nacional de identidad, el domicilio

---

<sup>431</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C95-10, Deisy Mancilla Guzmán con Municipalidad de Talagante, 29/06/2010.

particular o profesional, la fecha de nacimiento, nacionalidad, estado civil, el número de teléfono o la dirección electrónica personal, etc.

En virtud del principio de la divisibilidad, se ha entendido que se puede entregar el *curriculum vitae*, tachando todos aquellos datos que no tienen por objeto evaluar las capacidades para el desempeño del cargo.

También al Consejo para la Transparencia le ha tocado pronunciarse sobre la publicidad de los informes y perfiles sicolaborales realizados dentro del contexto de concursos públicos.

Otro asunto interesante que ha sido discutido en el seno del Servicio de Impuestos Internos se relaciona con las evaluaciones sicolaborales realizadas dentro del marco de un concurso público para proveer un cargo de la Administración del Estado. Dentro de este contexto un ciudadano que no resulta seleccionado solicita al órgano administrativo la siguiente información, a saber: i) copia del informe y evaluación psicológica que se le practicó con ocasión del concurso; ii) copia del informe y evaluación psicológica de las personas que fueron seleccionadas para desempeñar la función y, iii) el perfil ideal para entrar al servicio<sup>432</sup>.

Para resolver esta cuestión el Consejo para la Transparencia consideró oportuno distinguir entre: i) los candidatos que han llegado a la etapa final del concurso; ii) el postulante mismo que requiere sus antecedentes, y iii) los antecedentes de las personas designadas para el cargo<sup>433</sup>.

---

<sup>432</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° A110-09, Mauricio Riquelme Álvarez con Servicio de Impuestos Internos, 25/08/2009.

<sup>433</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° A29-09, Juan Sebastián Walker Cerda con Dirección Nacional de Servicio Civil, 11/08/2009.

Así, frente a los antecedentes e informes psicolaborales del propio postulante, el Consejo ha dicho que esta persona tiene derecho a conocer su evaluación personal realizada en el concurso respectivo, con la sola salvedad de las referencias que terceros hayan hecho de su persona, pues si estas referencias fueran públicas la sinceridad de estos testimonios se reduciría y les quitaría buena parte de su valor, de manera que en este caso el daño que originaría su difusión superaría las ventajas de publicarlas.

Respecto de los antecedentes de las personas seleccionadas para el cargo, el Consejo para la Transparencia ha entendido que la publicación de éstos debe evaluarse considerando que tales informes han sido un antecedente fundamental para que dichos candidatos integraran la nómina para el cargo al que éstos postularon y luego fueron seleccionados. En definitiva, se sostiene que la designación transforma a los candidatos en funcionarios públicos, por lo que deben quedar sujetos al escrutinio público, y por tanto tolerar que su privacidad ceda ante el necesario control social. En las decisiones de amparo N° A29-09 y N° A110-09, ya referidas al pie, se indica “que el interés público justifica que se conozcan los antecedentes que acreditan el cumplimiento de los requisitos y perfiles necesarios para haber sido designada en dicho cargo”.

En todo caso, el Consejo reconoce al respecto una importante salvedad, cual es, los datos sensibles de la persona seleccionada a la luz de la Ley N° 19.628, sobre protección a la vida privada<sup>434</sup>.

En efecto, el razonamiento que postula el Consejo para la

---

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° A35-09, Juan Velásquez Morales con Dirección Nacional del Servicio Civil, 11/08/2009.

<sup>434</sup> Publicada en el Diario Oficial de 28/08/1999.

Transparencia es el siguiente. En primer lugar de acuerdo al artículo 2 letra g) de la Ley N° 19.628 son datos sensibles todos aquellos “datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias y convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual”. Por su parte, el artículo 10 de la misma ley que no pueden “ser objeto de tratamiento los datos sensibles, salvo cuando la ley lo autorice, exista consentimiento del titular o sean datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares”. Por tanto, si llegan a existir este tipo de datos, y en virtud del principio de la divisibilidad, ellos deberán ser tarjados antes de entregar al requirente la información solicitada.

Con ocasión del tratamiento que se debe dar a los antecedentes psicolaborales de las personas que han participado en el concurso público y que no han sido seleccionadas para el cargo, el Consejo entiende que el ámbito de privacidad de éstas personas se encuentra más protegido que respecto de un postulante que ya ha sido designado como funcionario público, básicamente porque su divulgación en nada contribuye a transparentar la función pública.

En definitiva en la decisión adoptada en el marco del amparo N° A110-09, el Consejo ordenó al órgano requerido, el Servicio de Impuestos Internos, entregar al requirente, postulante a un concurso público, su informe psicológico, el informe y la evaluación psicológica de las personas seleccionadas, con exclusión de los datos sensibles, además de la entrega del perfil específico para optar a dicho cargo.

Ante esta decisión de acoger parcialmente el requerimiento, el

Director del Servicio de Impuestos Internos interpuso un reclamo de legalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

El órgano judicial resolvió, en relación con la primera de las hipótesis precedentemente planteadas, es decir, respecto de la entrega de los antecedentes sicolaborales del requirente, que del análisis de las disposiciones constitucionales y legales tomadas en cuenta “no se divisa razón valedera para que el reclamante, no entregue al peticionario el informe psicolaboral que le fuera realizado con motivo de su postulación al cargo... ya que dicho informe fue realizado precisamente en base a los datos de carácter personal e incluso sensibles, que el peticionario debió proporcionar al servicio reclamante para el análisis de un especialista evaluador al tiempo de su postulación, consintiendo de paso que ellos, con otros antecedentes propios de su personalidad, formaran parte de la evaluación final, con las ponderaciones correspondientes, en los distintos aspectos comprendidos en el examen”<sup>435</sup>.

Ahora en relación a la entrega de los resultados de la evaluación psicológica de las personas que han sido seleccionadas, excluyendo de la entrega los llamados datos sensibles, la Corte de Apelaciones sostuvo un planteamiento diverso al del Consejo, así dijo que teniendo en especial consideración que no existe para la entrega “autorización o consentimiento del titular de los datos, no constando en autos, por otra parte, que estos terceros que pudieren ver afectados sus derechos, hayan sido notificados de lo que a su respecto se está requiriendo, con lo que no se da cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley N° 20.285”<sup>436</sup> no procede su

---

<sup>435</sup> CORTE DE APLEACIONES DE SANTIAGO. Sentencia Rol 8067-2009, Director del Servicio de Impuestos Internos contra Consejo para la Transparencia, 25/05/2019 (N° Identificador Westlaw Chile CL/JUR/3276/2010).

<sup>436</sup> *Ídem*.

publicidad. Proceder de otra forma, ha dicho la Corte, implicaría aceptar una vulneración al derecho a la vida privada de las personas, reconocido tanto interna como internacionalmente.

Empero, de todas formas resulta interesante el análisis del voto de minoría de la Ministra Sra. Ana Gloria Chevesich, el que en lo pertinente señala: “solo a terceros que pueden resultar afectados con la publicidad de determinados datos o antecedentes que les conciernen pueden invocar ante el Consejo para la Transparencia la causal establecida en el número 2 del artículo 21 de la Ley N° 20.285, para obtener mediante la oposición pertinente que se desestime la petición formulada al efecto; razón por la que el Servicio de Impuestos Internos no se encuentra legitimado para invocarla en sede administrativa, tampoco para fundamentar el reclamo de ilegalidad consagrado en dicha ley...Una interpretación diferente haría ilusorio tanto el derecho fundamental de acceso a la información pública que se reconoce a los administrados, como el que se consagra a los terceros para oponerse a la entrega de la información que pueda afectarlos”<sup>437</sup>.

Otra cuestión importante que ha debido resolver el Consejo para la Transparencia respecto de la causal de reserva o secreto contenida en el artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia, es el de los correos electrónicos. La cuestión es determinar si los mensajes contenidos en correos electrónicos institucionales son o no públicos.

En este sentido el Consejo, para resolver esta cuestión, parte del análisis de la Ley N° 19.799, sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma<sup>438</sup>. Específicamente se

---

<sup>437</sup> *Ídem*.

<sup>438</sup> Publicada en el Diario Oficial N° 37.233, de 12/04/2002.



ha tomado en consideración lo dispuesto en el artículo 2 letra d) que dispone: “para los efectos de esta ley se entenderá: documento electrónico: toda representación de un hecho, imagen o idea que sea creada, enviada, comunicada o recibida por medios electrónicos y almacenada de un modo idóneo para permitir su uso posterior”, así como el artículo 3 inciso primero: “Los actos y contratos otorgados o celebrados por personas naturales o jurídicas, suscritos por medio de firma electrónica, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los celebrados por escrito y en soporte de papel. Dichos actos y contratos se reputarán como escritos, en los casos en que la ley exija que los mismos consten de ese modo, y en todos aquellos casos en que la ley prevea consecuencias jurídicas cuando constan igualmente por escrito”.

De tal manera, del análisis coordinado de estas dos normas se concluye que los documentos electrónicos equivalen funcionalmente a los escritos en soporte de papel, conclusión que se ve reforzada en el artículo 10 de la LAIP al extender el derecho de acceso a las informaciones contenidas en cualquier soporte, y el artículo 3 letra e) de su reglamento.

Por lo tanto, los correos electrónicos emitidos y recibidos por funcionarios públicos, en ejercicio de sus funciones públicas, constituyen, en principio, información de carácter pública<sup>439</sup>.

En este mismo sentido, el Consejo ha dicho que “en la práctica, los correos electrónicos enviados y recibidos entre funcionarios de un mismo órgano de la Administración del Estado o pertenecientes a órganos diferentes, han venido a reemplazar, en parte, a los actos administrativos

---

<sup>439</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C126-11, Corporación Privada para el Desarrollo de Aysén con Corporación Nacional Forestal, 27/05/2011.

formales, tales como memorándums, oficios u ordinarios empleados por la Administración, siendo estos últimos, en principio, públicos, a menos que contengan información que, conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 8 de la Constitución Política de la República, así como en el artículo 21 de la LAIP, deba considerarse reservada o secreta”<sup>440</sup>.

Dentro de este orden de cosas, el Consejo es enfático en señalar que “este tipo de comunicaciones electrónicas no pueden estimarse que revistan el carácter de privadas en los términos del derecho constitucional de la inviolabilidad de la comunicaciones, consagrado en el artículo 19 N° 5 de la Carta Fundamental, pues ésta versan sobre materias vinculadas con el ejercicio de funciones y atribuciones de los órganos intervinientes para cuyo cumplimiento contribuyen los correos electrónicos como forma o mecanismo de comunicación eficaz entre los distintos agentes públicos”<sup>441</sup>.

Un gran inconveniente que puede acarrear la publicidad de los correos electrónicos es que con ella se puede vulnerar más allá de lo tolerable en una sociedad democrática los derechos de las personas que se desempeñan como funcionarios públicos, puesto que un mensaje electrónico puede contener efectivamente información propia de la función pública que se desarrolla y otra relativas a esferas privadas, como amistad o noviazgo.

Nosotros consideramos que la tensión no debería producirse pues el funcionario público lo rige el principio de probidad y una de sus manifestaciones implica que los medios que el servicio ha puesto a su disposición para el ejercicio de sus funciones deben ser utilizados para

---

<sup>440</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C406-11, Mario Gebauer Bringas, Alcalde de la Municipalidad de Melipilla con Subsecretaría del Interior, 12/08/2011.

<sup>441</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C794-11, Patricio Segura Ortiz con SEREMI de Planificación y Coordinación de la Región de Aysén, 05/10/2011.

satisfacer estos fines públicos y propios del servicio y no intereses particulares. Si el funcionario desconoce esta máxima se está exponiendo en forma consciente a que esta información pueda ser conocida dentro del contexto de un procedimiento administrativo de acceso a la información.

Ahora, sin perjuicio de la opinión que hemos emitido en el párrafo precedente, de todas maneras, se puede encontrar una solución armónica a esta tensión en virtud del principio de la divisibilidad, que recordemos se encuentra expresamente incorporado en la LAIP en su artículo 11 letra e) por medio del cual “si un acto administrativo contiene información que puede ser conocida e información que debe denegarse en virtud de una causal legal, se dará acceso a la primera y no a la segunda”. Así las cosas, resulta del todo plausible que el Consejo para la Transparencia resuelva para este tipo de casos, que se entregue parte de la información contenida en el respectivo correo electrónico y se omita la entrega de la otra que dice relación con ámbitos propios de la esfera privada de los funcionarios.

Aun así se debe insistir que una sana práctica administrativa nos debe llevar a asumir que estos medios institucionales no deben en caso alguno ser utilizados para cosas personales alejadas del servicio.

#### **e.- Seguridad de la Nación: Artículo 21 N° 3 LAIP**

De acuerdo al artículo 21 N° 3 de la LAIP, es posible denegar total o parcialmente el acceso a la información “cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública”.

De la sola lectura de esta disposición de la LAIP se desprende que para los efectos de ésta el concepto de seguridad de la Nación también se encontraría integrado por los conceptos de defensa nacional, mantención del orden público y seguridad pública.

El Consejo para la Transparencia ha entendido que el hecho que una información se refiera a la seguridad de la Nación, específicamente a la defensa nacional, a la mantención del orden público o la seguridad nacional, “ello no puede constituir fundamento suficiente para considerarla reservada o secreta, toda vez que es necesario demostrar, además, que su comunicación afecta o daña dicha seguridad”<sup>442</sup> a la luz de lo dispuesto en la LAIP.

En tal sentido el Consejo sostiene que atendida la norma constitucional y la norma legal respectiva “la publicidad o difusión de los documentos o resoluciones solo podrá mantenerse en reserva cuando, con cierto estándar de probabilidad o certeza, pueda afirmarse que su divulgación dañará, de un modo más o menos específico y en un determinado grado o magnitud a la seguridad de la Nación o al interés nacional”<sup>443</sup>.

Así por ejemplo, sostuvo el Consejo para la Transparencia que “el conocimiento de terceros de dichas falencias, podría importar un serio riesgo para la seguridad del aeropuerto, y en consecuencia, constituir real amenaza para el orden o seguridad pública toda vez que se podría cometer nuevos delitos, en el principal y más importante aeropuerto del país”<sup>444</sup>.

---

<sup>442</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C159-11, Daniel Sagredo Stevens con Dirección de Aeronáutica Civil, 10/05/2011.

<sup>443</sup> *Ídem*.

<sup>444</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C1969-14, Tania Villarroel Oyarzún con Dirección General de Aeronáutica Civil, 24/07/2015.

En la misma línea argumentativa el Consejo señaló que “si bien lo requerido dice relación con los turnos de trabajo de un número determinado de funcionarios policiales, no es posible obviar que el desempeño de sus funciones ocurre en una localidad fronteriza como lo es la comuna de Chile Chico, por lo que es razonable sostener que, en el presente caso, del análisis de los antecedentes que se proporcionan pudiere generarse una afectación cierta o probable y con suficiente especificidad a la seguridad pública, ya que lo pedido constituye información determinante sobre la forma de organización y trabajo de la unidad policial en cuestión, y por tanto, existe un riesgo que se afecte la función de seguridad en esa zona fronteriza, que es propia de Carabineros de Chile”<sup>445</sup>.

Del mismo modo “divulgar un informe que detalla e modo preciso la forma en que la empresa Metro S.A provee de electricidad a sus carros, el sistema de cableado de una de sus líneas, las características técnicas de los equipos que controlan la distribución de electricidad, así como las fuentes de suministro de la energía de cada una de sus estaciones -todos aspectos esenciales para el funcionamiento diario de las operaciones de dicha empresa- en un contexto, en que es de público conocimiento que sistemas de transportes como el que maneja el tercero interesado en este procedimiento han sido objeto de atentados terroristas, permite concluir de modo indubitado, que ello podría eventualmente afectar gravemente las operaciones de la empresa aludida por el mal uso que de la información solicitada pueda hacerse. Luego, y teniendo en consideración además que Metro S.A detenta -en su calidad de empresa de transportes de pasajeros- una posición de garante respecto de la seguridad cada uno de los usuarios que emplea dicho medio de transporte, estamos en posición de afirmar que la divulgación del informe consultado, igualmente podría afectar a terceros

---

445

indeterminados, en la especie, todos aquellos que utilizan diariamente los servicios de Metro, atendido que podrían verse expuestos a posibles daños o lesiones como consecuencia de atentados que puedan perpetrarse en uso de la información requerida”<sup>446</sup>.

En definitiva, este tipo de cuestiones para el Consejo deben ser resueltas a la luz de la aplicación del test de daños, del que daremos cuenta más adelante respecto de la forma como la ha entendido este órgano. Sin perjuicio de lo anterior, debemos señalar que a la luz de las decisiones que hemos tenido la oportunidad de referir para el Consejo la configuración de la causal “seguridad de la Nación” requiere que concurren elementos lo suficientemente graves para constituirlos, esto es, para comprometer el bien jurídico que se pretende proteger con la misma, de tal manera que se precisa acertadamente una causal que interpretada laxamente podría ser utilizada abusivamente para negar la información requerida por los ciudadanos.

#### **f.- El interés nacional: Artículo 21 N° 4 LAIP**

De acuerdo a esta disposición, es posible denegar total o parcialmente el acceso a la información “cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el interés nacional, en especial si se refieren a la salud pública o a las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país”.

En el desarrollo de esta causal el Consejo para la Transparencia reitera una idea clave para el éxito de esta legislación: la causal no se configura si no se señala ni acredita de manera concreta el daño que

---

<sup>446</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° 2720-14, Carlos Neira Flores con Subsecretaría de Transportes, 14/04/2015.

provocaría la entrega de la información requerida. Es así como “el criterio que ha aplicado uniformemente este Consejo es que la afectación debe ser presente o probable y con suficiente especificidad para justificar la reserva, lo que no se presume sino que debe ser acreditado por el órgano administrativo requerido, de modo que los daños que la publicidad provocaría sean superiores al perjuicio que el secreto causaría al libre acceso a la información y al principio de publicidad. Tal parámetro no se satisface en este caso, razón por la cual no se configura la causal de reserva del artículo 21 N° 5”<sup>447</sup>.

En términos generales el Consejo para la Transparencia ha dicho que el interés nacional “es un concepto jurídico indeterminado que alude a la conveniencia o beneficio de toda la sociedad”<sup>448</sup>. No obstante lo anterior, el Consejo para la Transparencia, citando a destacados autores constitucionalistas chilenos como son los profesores Cea Egaña y Evans de la Cuadra no ha dejado de reconocer que “el concepto de interés nacional no es un concepto unívoco pues no se encuentra definido de una manera precisa y clara por la doctrina. A propósito de los intereses generales de la Nación que integran la función social de la propiedad se ha dicho que expresan un bien jurídico que se relaciona directamente con la Nación toda, entera, y jamás, por importante que sea, con un sector de ella, y que se relaciona, básicamente, con el beneficio superior de la sociedad política globalmente considerada, como un todo, sin referencia alguna a categorías o grupos sociales, económicos o de cualquier otro orden. Con todo, algunos autores matizan el punto y admiten que aunque el beneficio debe ser para el país en su conjunto puede referirse a sectores de su población, áreas de actividad o

---

<sup>447</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C673-15, Eduardo Hevia Charad con Servicio de Impuestos Internos, 28/07/2015.

<sup>448</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C891-11, Alejandro Belmar Soto con Dirección Nacional del Servicio Civil, 25/11/2011.

zonas geográficas específicas o determinadas dentro de él. Pues bien, precisamente un ámbito donde por naturaleza puede expresarse este interés es en la política exterior de un Estado, que debe representar al conjunto de la población”<sup>449</sup>.

En el caso concreto resuelto en la Decisión de Amparo C440-09<sup>450</sup>, un ciudadano chileno, solicitó al Ministerio de Relaciones Exteriores el texto de una nota diplomática enviada a Bolivia, en relación al contenido que aparece en la Constitución de ese país acerca de su aspiración marítima. El órgano del Estado requerido denegó el acceso a esa información amparado en la causal del artículo 21 N° 4, específicamente en el hecho que la publicidad de esa nota diplomática afectaría el interés nacional, particularmente las relaciones bilaterales con la República de Bolivia.

En efecto, el Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile argumentó que “la práctica diplomática da carácter reservado, por su propia naturaleza, a las notas y comunicaciones entre Estados, a menos que ambas partes decidan hacer público su contenido para lo cual existen formas preestablecidas, tales como notas de prensas, comunicados oficiales o declaraciones conjuntas”<sup>451</sup>.

El Consejo para la Transparencia entendió “que existiendo un proceso de diálogo entre Chile y Bolivia en una materia de suyo delicado, desvelar notas diplomáticas de manera unilateral afectaría con alta probabilidad y de modo sustancial la fluidez de los canales de comunicación existentes entre

---

<sup>449</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C440-09, Sebastián Rivas Vargas con Ministerios de Relaciones Exteriores, 11/12/2009.

<sup>450</sup> *Ídem*.

<sup>451</sup> *Ídem*.



ambos países, lo que sin duda afectaría el interés nacional”<sup>452</sup>.

En el mismo orden de cosas el Consejo ha estimado “que en caso de divulgarse los documentos aludidos -desatendiéndose, de esa forma, la confidencialidad contemplada en el Reglamento de Interpol Sobre Tratamiento de Datos-, de que se produjera un perjuicio en las relaciones internacionales de Chile respecto de los demás países que intervienen en la Organización Internacional de Policía Internacional, afectando, de esa forma, la posición del Estado de Chile en una instancia de carácter internacional, pudiendo razonablemente causarse un daño a las relaciones internacionales y a los intereses generales del país”<sup>453</sup>.

En la configuración de esta causal, cuando se aprecia a la luz de las relaciones internacionales, ha afirmado el Consejo, “más que a la sensibilidad de la información que en la documentación pedida se contiene, debe atenderse a la protección del canal de comunicación de que se trata cuyo levantamiento unilateral por parte de un Estado afectaría la confianza entre las partes y la razonable expectativa respecto del carácter confidencial de las mismas y la vía de comunicación utilizada para tal finalidad”<sup>454</sup>.

La doctrina que postula que el normal y tranquilo mantenimiento de las relaciones internacionales es parte integrante del concepto de interés nacional, tuvo previamente un antecedente expreso en una sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia el año 2007<sup>455</sup>.

---

<sup>452</sup> *Ídem*.

<sup>453</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C351-15, Carlos Cardoen Cornejo con Policía de Investigaciones de Chile, 28/04/2015.

<sup>454</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C933-14, Matías Bakit Rodríguez con Ministerio de Relaciones Exteriores, 08/08/2014; N° C293-14, Mauricio Weibel Barahona con Ejército de Chile, 10/09/2014.

<sup>455</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 03/07/2007, caso Claudia Lagos Lira y

Unas ciudadanas el 25 de mayo del año 2006 ejercitaron su derecho de acceso a información pública solicitando a la Presidenta Michelle Bachelet Jeria los antecedentes referidos a la votación de Chile en la elección del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas que tuvo lugar con fecha 9 de mayo de 2006 en la ciudad de Nueva York. La información que solicitaron fue: i) los nombres de los países por los que votó la delegación chilena en la Asamblea de Naciones Unidas en la primera, segunda y tercera votación para la elección del Consejo de Derechos Humanos, practicada el 9 de mayo de 2006; ii) el criterio que se utilizó para valorar los informes sobre derechos humanos de los países candidatos antes de la votación; iii) los documentos que contengan las valoraciones que la delegación chilena en la Asamblea General de Naciones Unidas hizo sobre los aspectos de derechos humanos de cada uno de los países candidatos y que fundamentaron las votaciones del 9 de mayo del 2006.

Denegada la información por el órgano requerido, el máximo tribunal chileno confirmó la tesis del Ministerio de Relaciones Exteriores al entender, entre otros argumentos, que a pesar de que el artículo 8 de la Constitución consagra el principio de publicidad y que el derecho de acceso se consagraba en los artículos 13 y 14 de la ley de Bases Generales de la Administración del Estado, vigentes en esa época, para decidir el asunto sometido a su conocimiento, se tuvo que tener presente que el Estado de Chile forma parte de un organismo internacional, como lo es las Naciones Unidas, en cuyo interior se gestó y creó el Consejo de Derechos Humanos; y que por resolución de dicho organismo internacional se dispuso expresamente que la votación para la elección de los países miembros del referido Consejo fuese

---

Marcela Fajardo Rojas con Ministerio de Relaciones Exteriores Rol N° 1380-2007 (N° Id. Legalpublishing 36686).

secreta, sin consagrar excepciones a dicha confidencialidad ni disponer un límite de tiempo para ésta, de tal suerte que ello supone un criterio de permanencia que impide concebirla para el solo instante en que se manifiesta la decisión en la elección<sup>456</sup>.

Por último en este breve repaso el Consejo para la Transparencia reitera la exigencia de acreditar la causal, demostrando de qué forma la entrega de la información pública solicitada puede afectar el interés nacional. Por lo tanto, cada vez que el órgano administrativo requerido no acredite el perjuicio o menoscabo del interés nacional no será capaz de acreditar la concurrencia de la causal<sup>457</sup>.

#### **g.- Documentos, datos o informaciones declaradas secretas según ley de quórum calificado, artículo 21 N° 5 LAIP**

En relación con la causal de reserva o secreto consagrada en el N° 5 del artículo 21, esto es, aquella que autoriza se deniegue la entrega de información pública “cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8 de la Constitución Política”, el Consejo para la Transparencia ha señalado que no basta con declarar que ciertos documentos han sido declarados secretos en virtud de una ley de quórum calificado, sino que además es necesario justificar por qué razón esa norma se ajusta a la Constitución.

Así, el CPT entendió que la reclamada, al invocar la causal del artículo 21 N° 5 de la LAIP “se ha limitado a argumentar en torno a que los

---

<sup>456</sup> *Ídem*.

<sup>457</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C891-11, Alejandro Belmar Soto con Dirección Nacional del Servicio Civil, 25/11/2011.

antecedentes pedidos habrían sido declarados secretos por una ley de quórum calificado, en la especie, la norma prevista en el artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, lo que ya ha sido desestimado, y no razonado ni acreditado en qué medida dicha declaración se ajustaba a alguna de las causales contempladas en el artículo 8 de la Constitución”<sup>458</sup>.

En otras palabras, no es suficiente justificar la negativa de liberar la información requerida en la existencia de una ley de quórum calificado, ya que la norma que contiene la causal debe ser interpretada a la luz del artículo 8 de la Constitución, ejercicio que lleva a concluir que “su aplicación debe encontrar fundamento en la afectación de los bienes jurídicos a que se refieren dichas normas: el debido cumplimiento de las funciones del órgano, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”<sup>459</sup>.

#### **4.- Un caso emblemático: acceso a correos electrónicos**

En esta parte del trabajo analizaremos algunas decisiones del Consejo para la Transparencia donde se aprecia el compromiso de este órgano con el éxito de esta legislación. Se trata de una línea jurisprudencial de la que, a nuestro entender, se desprende con meridiana claridad la real voluntad de este órgano en orden a instalar en la sociedad chilena una verdadera cultura de la transparencia, enviado al mismo tiempo un claro mensaje al aparato administrativo en este orden, incluso a través de la orden de liberar el contenido de correos electrónicos de cuentas institucionales.

---

<sup>458</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° A58-09, Nicolás Candel Pozo con Carabineros de Chile, 04/08/2009.

<sup>459</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C1166-15, Héctor Livio con Corporación Municipal de San Bernardo, 04/08/2015.

En los denominados casos “correos electrónicos” se puede apreciar con mayor intensidad la voluntad del Consejo para la Transparencia de instalar el principio de transparencia y dar aplicación al derecho de acceso a la información pública, ordenando entrega de información contenida en correos electrónicos de autoridades administrativas en el desempeño de las funciones propias del cargo.

Así por ejemplo, en los amparos Rol C406-11<sup>460</sup>, C124-11<sup>461</sup>, C377-11<sup>462</sup> y C640-10<sup>463</sup> en Consejo ha señalado que “los correos electrónicos enviados y recibidos entre funcionarios de un mismo órgano de la Administración del Estado o pertenecientes a órganos diferentes, han venido a reemplazar, en parte, a los actos administrativos contenidos en formato papel, tales como memorándums, oficios u ordinarios empleados por la Administración, siendo estos últimos, en principio, públicos”, a menos que contengan información que de acuerdo a la Constitución y la LAIP deba ser considerada como reservada o secreta.

En esta línea jurisprudencial especial importancia tiene la Decisión de Amparo C1101-11<sup>464</sup> deducida en contra de la negativa del Ministro Subsecretario General de la Presidencia (Gobierno Sebastián Piñera), Cristián Larroulet de entregar información contenida en correos electrónicos enviados en un período determinado en el desempeño de sus funciones.

---

<sup>460</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C406-11, Mario Gebauer Bringas, Alcalde de la Municipalidad de Melipilla con Subsecretaría del Interior, 12/08/2011.

<sup>461</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo C124-11, Corporación Privada para el Desarrollo de Aysén con Servicio Agrícola y Ganadero (SAG), 26/04/2011.

<sup>462</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo C377-11, Carlos Insulza Rojas con Servicio de Impuestos Internos, 29/07/2011.

<sup>463</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo C640-10, Christian Wegmann Ivars con Instituto Nacional de Estadísticas, 26/08/2011.

<sup>464</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo C1101-11, Juan José Soto con Secretaría General de la Presidencia, 16/03/2012.

Es así como el 21 de julio de 2011 don Juan José Soto solicitó a la Subsecretaría General de la Presidencia la entrega de “los correos electrónicos enviados y recibidos por el Ministro Secretario General de la Presidencia don Cristián Larroulet, desde y hacia su cuenta de correo institucional entregada por el Estado de Chile para el correcto desempeño de sus funciones, entre los días 18 y 21 de julio de 2011”, precisando en el requerimiento de información que solamente se solicitaba el acceso a los correos electrónicos “enviados y recibidos desde y hacia cuentas de otros funcionarios públicos, y que traten de materias propias del desempeño de las funciones públicas del Ministro Secretario General de la Presidencia, excluyendo cualquier e-mail que el Ministro considere está bajo el alero de su vida privada”.

Ante la negativa del Ministro, y deducido el amparo respectivo, el Consejo para la Transparencia resolvió:

A propósito del argumento en el cual se sustentó la negativa de entrega de información por el cual se sostenía que los correos electrónicos no constituían información pública al tenor del artículo 5º de la Ley Nº 20.285, pues no constituyen actos administrativos terminales ni tampoco son el fundamento que sirven de sustento o complemento directo o esencial de un acto o resolución, sino que tienen naturaleza y origen privado, el Consejo para la Transparencia señaló que “la extensión del artículo 5º, inciso 2º, debe analizarse teniendo a la vista dos de los principios del derecho de acceso a la información que reconoce el artículo 11 de la misma Ley. Se trata del principio de relevancia, “...conforme al cual se presume relevante toda información que posean los órganos de la Administración del Estado, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o

procesamientos» (artículo 11 letra a), y del principio de apertura o transparencia, de acuerdo al cual «...toda la información en poder de los órganos de la Administración del Estado se presume pública, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas» (artículo 11 letra c). Combinando estos preceptos resulta claro que el legislador ha extendido la publicidad de la información más allá del tenor del artículo 8° de la Constitución, que solo declara públicos “...los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”. Ha añadido también toda la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de la Administración Pública, sin exigir que en estos casos se trate de fundamentos, sustento o complemento directo y esencial de actos y resoluciones. El único sentido posible del inciso segundo del artículo 5° analizado es incluir hipótesis diferentes de las previstas por el inciso primero del mismo artículo, o sería un precepto inútil. De allí la expresión “asimismo”, con que se inicia.

En efecto, sostiene el Consejo, “que la información requerida no solo obra en poder de la Subsecretaría sino que, también, constituye información elaborada con presupuesto público, al tenor del artículo 5° de la Ley de Transparencia, pues se trata de correos electrónicos enviados y recibidos desde casillas de correos electrónicos institucionales, esto es, habilitadas por los órganos de la Administración del Estado, con cargo a su presupuesto, y asignadas a sus funcionarios a fin de proveer a éstos de medios indóneos para el desarrollo eficiente de sus funciones públicas. Los mensajes relacionados con el ejercicio de funciones públicas corresponden a parte del trabajo que deben realizar los servidores que los escriben y que es remunerado con fondos públicos”.

En relación con el argumento del Ministerio fundado en los derechos

constitucionales de la protección a la vida privada y la inviolabilidad de cualquier forma de correspondencia, el Consejo consideró que “si se estimara que los correos electrónicos institucionales enviados y recibidos por servidores públicos respecto de materias propias del desempeño de sus funciones son comunicaciones de carácter privado, se crearía un canal secreto que transformaría en reservados documentos esencialmente públicos por el puro hecho de ser remitidos por esa vía. Así ocurriría, por ejemplo, con los documentos adjuntos a un e-mail o con las respuestas que los órganos de la administración otorgan electrónicamente, como ocurre en la mayoría de las solicitudes presentadas conforme a la Ley de Transparencia. Esto sería especialmente grave si cada día se está profundizando la opción por el uso de medios electrónicos en el Gobierno y generaría un bolsón de opacidad que permitiría a los órganos de la Administración del Estado vulnerar la letra y el espíritu de la Ley de Transparencia, atentando contra el régimen democrático que, conforme a lo dispuesto en el artículo 4° de la Constitución, debe imperar en Chile. Por lo mismo, este Consejo no puede aceptar una interpretación que conduzca a estos efectos”.

Por lo tanto, sostuvo el Consejo para la Transparencia que el correo electrónico no es una comunicación secreta en sí misma, sino que lo puede llegar a ser, eventualmente, en razón de su contenido. “No obstante todo lo indicado, es posible que entre los correos electrónicos que se solicitan exista/n alguno/s que exponga/n algún antecedente acerca de la intimidad o la vida privada de su emisor, su receptor o un tercero, o no se relacionan con el ejercicio de funciones públicas. Esta situación no ha podido ser directamente verificada en el caso en análisis porque el órgano requerido no remitió a este Consejo copia de la información en comento, pese a que le fuera expresamente solicitada. Con todo, dado que la Ley de Transparencia consagra el principio de la divisibilidad, conforme al cual cuando un



documento contiene información que puede ser conocida, e información que debe denegarse en virtud de causa legal, deberá darse acceso a la primera y no a la segunda”.

Por otro lado, a pesar de que en la historia fidedigna de la Constitución se desprende que el alcance de las comunicaciones privadas solo dice relación con el emisor y el receptor de las mismas, una interpretación sistémica y armónica de la Constitución, “exige examinar el texto constitucional a la luz de la realidad actual y considerando atentamente la modificación constitucional de 2005, que exige a quienes ejerzan funciones públicas dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones y que declara públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Considerando todos estos elementos este Consejo estima que calificar a los correos de servidores públicos referidos al ejercicio de funciones públicas como “comunicaciones privadas” por haberse dirigido, con ánimo de reserva, a personas determinadas (en este caso, también a servidores públicos), importaría un fuerte retroceso para los propósitos de la Ley de Transparencia, pues sustraería de su aplicación un importante volumen de información. Tolerar esta interpretación, además, llevaría a que pudiese plantearse el mismo argumento tratándose de cualquier oficio o comunicación en soporte papel, lo que terminaría frustrando el propósito trabajosamente perseguido por nuestros constituyentes en 2005, y por nuestros legisladores en 2008, lo que resulta difícil de comprender si, como ya hemos visto, los correos de servidores públicos referidos al ejercicio de funciones públicas, en principio, son información pública (además de hechos de interés público, conforme a la Ley Nº 19.733, de 2001) . Todo ello hará que este Consejo rechace aplicarles el estándar de protección que se otorga a las comunicaciones que forman parte del ámbito de la intimidad de los sujetos.

Los servidores públicos no tienen derecho a impedir que los demás puedan, en principio, conocer las comunicaciones electrónicas que intercambien en cuanto tales; por el contrario, respecto de ellas tienen un deber de transparencia que solo cesa si se acredita la concurrencia de una causal de secreto atendiendo al contenido del mensaje concreto”.

El CPT también descartó que la entrega de información contenida en correos electrónicos constituyera una infracción al principio de igualdad ante la ley, porque “la igualdad ante la ley supone términos de comparación análogos lo que no ocurre en este caso: los funcionarios públicos están sujetos a exigencias diferenciadas de los particulares y tienen una esfera más reducida de vida privada en cuanto ejercen funciones públicas, motivo por el cual el freno que oponen al derecho de acceso a la información es más débil. Por otra parte, la información pedida no se refiere al ámbito de la intimidad. Finalmente, la exigencia resulta aplicable a todas las personas que se encuentren en una misma situación jurídica, a saber: que se trate de correos electrónicos de funcionarios públicos, enviados o recibidos desde su casilla institucional y en ejercicio de funciones públicas. Así lo exige la transparencia de los actos de los órganos del Estado, necesaria para que la sociedad pueda ejercer un control social sobre el ejercicio de las funciones públicas. No puede, en consecuencia, sostenerse que se trate de una discriminación arbitraria”.

Finalmente, el Consejo “estima que los correos electrónicos de funcionarios públicos, enviados o recibidos desde su casilla institucional y en ejercicio de funciones públicas —esto es, no los que tengan que ver con su vida privada o personal—, son públicos sino se acredita la concurrencia de una causal legal específica de secreto o reserva. El secreto o la reserva de la información dependen del contenido y no del continente. Solo así son

posibles el control y la participación ciudadana en el ejercicio de las funciones públicas y el adecuado ejercicio de la libertad de expresión”.

A pesar de la trascendencia de la doctrina sustentada por el Consejo para la Transparencia en los llamados “casos correos electrónicos”, la lucha por la transparencia en el sistema chileno sufrió un duro revés cuando el Ministro Larroulet dedujo reclamo de ilegalidad en contra de la decisión del Consejo por la cual se le ordenaba entregar la información contenida en los correos electrónicos solicitada por el requirente Juan José Soto. En el marco de esta gestión judicial, el Ministro interpuso una acción de inaplicabilidad<sup>465</sup> ante el Tribunal Constitucional en contra del inciso segundo del artículo 5º de la Ley N° 20.285.

Con fecha 31 de enero de 2013 el Tribunal Constitucional resolvió declarar inaplicable<sup>466</sup> el precepto legal contenido en el artículo 5º inciso segundo de la Ley N° 20.285. Sin poder aplicar esta norma para fallar el reclamo de ilegalidad deducido por el Ministro, la Corte de Apelaciones, con fecha 23 de julio de 2013 acoge la pretensión del reclamante<sup>467</sup>.

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia, con fecha 29 de agosto de

---

<sup>465</sup> En el sistema de justicia constitucional chilena la acción de inaplicabilidad se deduce en el contexto de una gestión judicial pendiente y persigue que el Tribunal Constitucional declare que el juez que debe resolver un asunto particular y concreto no pueda aplicar la norma legal cuestionada porque de hacerlo se generaría un vicio de constitucionalidad. La sentencia que declara la inaplicabilidad de un precepto legal tiene un alcance relativo solo a la cuestión judicial discutida.

<sup>466</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del inciso segundo, del artículo 5º de la Ley N° 20.285, de 2008, sobre Acceso a la Información Pública, en los autos sobre reclamo de ilegalidad caratulados «Subsecretaría Interior con Consejo para la Transparencia», Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2496-2012, Rol 2246-12, Sentencia de 31/01/2013.

<sup>467</sup> CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Sentencia de 23/07/2013, Rol 2496-2012, caso Subsecretaría General de la Presidencia con Consejo para la Transparencia.

2013<sup>468</sup>, conociendo de un recurso de queja deducido en contra de la Corte de Apelaciones de Santiago por el fallo acogiendo el reclamo de ilegalidad, confirmó la resolución final de la Corte por la que se acogía el reclamo de legalidad en contra de la decisión del Consejo para la Transparencia contenida en el Rol C1101-11.

## **5.- La carga probatoria y la aplicación del llamado “*test de daños*” en la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia**

### **a.- La carga de la prueba para la configuración de las causales de reserva o secreto**

Ya sabemos que son varias las razones que se pueden dar para estimar como deseable la existencia del principio de transparencia en el ejercicio de la función pública. Desde luego, debemos pensar inmediatamente en la lucha contra la corrupción, en el éxito del proceso democrático y en el derecho de los ciudadanos a obtener informaciones que obran el poder de los órganos del Estado.

Si esto es así, es decir, si la transparencia y la publicidad son tan importantes como nos hemos encargado de señalar en el curso de la presente investigación es posible concluir lo siguiente: i) la regla general es la transparencia y la publicidad de la información que se encuentra en poder de los órganos de la Administración del Estado; ii) la reserva o secreto es por tanto excepcional; iii) la prueba de la concurrencia de la causal corresponde al órgano que la alega.

---

<sup>468</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (CHILE). Sentencia de 29/08/2013, Rol 5040-2013, caso Recurso de queja en contra de la Corte de Apelaciones de Santiago por fallo en Rol 2246-12.

Pero además, consideramos que la Ley de Transparencia contiene disposiciones que indefectiblemente nos llevan a esta conclusión. Así, el artículo 16 de la misma establece la obligación de la autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado que ha sido requerido, “estará obligado” a proporcionar la información solicitada a menos que concurra alguna causal legal.

En este sentido, el CPT ha señalado “que para determinar la afectación a los bienes jurídicos protegidos por las causales de reserva o secreto de la información, es necesario, en primer lugar, no solo que la información de que se trate concierna a las materias sobre las que éstos versan, sino que además debe dañarlos o afectarlos negativamente en alguna magnitud y con alguna especificidad que habrá de ser determinada, daño que no cabe presumir, sino que debe ser acreditado por los órganos administrativos que tiene alguna probabilidad de ocurrir y, en segundo lugar, debe existir proporcionalidad entre los daños que la publicidad provoca a alguno de los bienes establecidos en la Ley de Transparencia y el perjuicio que el secreto causa al libre acceso a la información y al principio de publicidad”<sup>469</sup>.

El Consejo ha entendido que de las disposiciones de la LAIP se desprende que corresponde “a los órganos de la Administración la carga de la prueba de las circunstancias de las que depende la concurrencia de una causal de secreto o reserva que levante o revele el deber de entregar la información solicitada”<sup>470</sup>. En el mismo sentido, el “Consejo ha señalado en diversas oportunidades que cuando se alega una causal de secreto o reserva que, por tanto, extinga la obligación de hacer entrega de información pública,

---

<sup>469</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C652-10, Gastón Lux Palma con Armada de Chile, 23/11/2010.

<sup>470</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C669-10, Jeanne Moreu Caro con Fuerza Aérea de Chile, 02/11/2010.

corresponde a quien la invoca acreditarla, lo que en este caso no ha ocurrido, toda vez que Gendarmería de Chile se limita a invocar dichas causales, mas no aporta antecedentes para acreditar la suficiencia de las mismas”<sup>471</sup>.

### **b.- El Consejo para la Transparencia y la utilización del test de daño y el test de interés público**

Uno de los aportes más interesantes de la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia es la aplicación del llamado “test de daño” y el “test de interés público” para determinar si una causal de reserva o secreto se configura o no y por tanto si debe ceder el derecho a acceder a la información pública frente a la protección de un bien jurídico fundamental.

Compartimos lo expresado por TELLO, CERNA Y PAVÓN<sup>472</sup>, quienes sostienen que las causales de reserva o secreto deben ser interpretadas para cada caso particular y ponderarse adecuadamente los valores en contraposición: el acceso a la información versus el bien jurídico protegido por cada causal de reserva. En este contexto, “el test *de daño* establece la obligación de la autoridad de demostrar que la divulgación de un determinado documento o información produce o puede producir un daño específico a un valor o un derecho jurídicamente protegido”<sup>473</sup>.

El CPT ha definido el test de daño como aquella actividad que consiste en “realizar un balance entre el interés de retener la información y el interés de divulgarla para determinar si el beneficio público resultante de conocer la información solicitada es mayor que el daño que podría causar su revelación”

---

<sup>471</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C424-10, Daniel Vega Vásquez con Gendarmería de Chile, 27/08/2010.

<sup>472</sup> TELLO, C.; CERNA, M.; PAVÓN, A. Acceso a la..., ob. cit., p. 198.

<sup>473</sup> *Ídem*.

<sup>474</sup>. Este test de daño “se centra en ponderar si la divulgación puede generar un daño presente, probable y específico a los intereses o valores protegidos de mayor entidad que los beneficios obtenidos”<sup>475</sup>, en cambio, el test de interés público, persigue “ponderar si el interés público a obtener con la entrega de la información justifica su divulgación y vence, con ello, la reserva”<sup>476</sup>.

El test de daño y de interés público reconoce como fundamento legal el artículo 21 de la LAIP el cual en la descripción de las diversas causales de reserva o secreto incluye el verbo “afectar”, es decir, para que la causal tenga lugar es necesario siempre que la publicidad, comunicación o conocimiento de la información afecte algunos de los valores que la ley ha querido resguardar con la reserva o secreto y para concluir esta afectación es necesario revisar los antecedentes a fin de cerciorarse de su ocurrencia.

Por lo tanto en definitiva, ha establecido el Consejo para la Transparencia que para denegar el acceso a la información pública es necesario acreditar “que el beneficio público resultante de conocer esta información es inferior al daño que podría causar su revelación”<sup>477</sup>.

La utilización del “*test de daño*” y el “*test de interés público*” son herramientas utilizadas por el CPT para determinar en muchos casos la procedencia o no de la causal de reserva cuando existe una tensión entre el

---

<sup>474</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° A45-09, José Pedro de la Carrera Valdés con Carabineros de Chile, 28/07/2009.

<sup>475</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C193-10, José Julián Alcayaga Olivates con Superintendencia de Seguridad Social, 15/07/2010.

<sup>476</sup> Ídem.

<sup>477</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C850-10, José Gaete Cabezas con Servicio Agrícola y Ganadero, 29/03/2011; N° C545-15, Luis Aránguiz Cabrera con Municipalidad de Temuco, 26/06/2015; N° C344-15, Juan Marcos Díaz Soto con Municipalidad de Quilleco, 03/06/2015.

derecho de acceso a la información y la misma. El Consejo para la Transparencia no ha vacilado en aplicar este mecanismo en muchas de sus decisiones de amparo y de igual forma así lo ha corroborado la doctrina judicial pronunciada en reclamaciones contra las decisiones del Consejo<sup>478</sup>.

Así por ejemplo, ante requerimiento de copia de sumario administrativo instruido en contra de unos ex-funcionarios de la Universidad de Atacama, el Consejo para la Transparencia resolvió que si hubiesen existido derechos de estas personas que pudieren verse afectados, realizando un test de daño, el beneficio de conocer los resultados de un sumario incoado por supuestas irregularidades, que ya es público, así como las medidas adoptadas para hacer frente a estas irregularidades, es mucho más significativo que el beneficio de mantener en reserva esta información a fin de proteger la reputación de los ex-funcionarios sancionados<sup>479</sup>. En la misma línea jurisprudencial el Consejo ha resuelto que “ es pertinente, en aplicación del test de daño, destacar el elevado interés público que trae consigo el conocimiento de las fiscalizaciones de la SEREMI reclamada que han dado lugar a los sumarios sanitarios, ante el cual cede el derecho de las personas naturales que hayan sido sancionadas en ellos a no dar a conocer la entidad de dichas medidas no obstante estar cumplidas”<sup>480</sup>.

En otros casos, en aplicación del “*test de interés público*”, el CPT ha resuelto que ante el requerimiento de una determinada información, habiendo oposición de un tercero, resulta necesario verificar cuál es el perjuicio que este sufriría y determinar si existe un interés público que

---

<sup>478</sup> CORTE DE APLEACIONES DE SANTIAGO. Sentencia Rol 9633-2014, Abengoa Solar Chile S.A. con Consejo para la Transparencia, 12/06/2015.

<sup>479</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C617-09, Sergio Reyes Jiménez con Contraloría Regional de Atacama, considerando N° 6.

<sup>480</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C664-10, Jorge Morales Cortés con SEREMI de Salud Región Metropolitana de Santiago, considerando N° 8.



justifique la divulgación de la información o si, por el contrario, debe prevalecer la reserva prevista en la LAIP<sup>481</sup>.

Conociendo de un amparo formulado en contra del Servicio Nacional de Aduanas, al que le fue requerida información sobre una querrela criminal formulada por este organismo en contra de ciertas personas, la que posteriormente fue desistida por la misma actora, el Consejo resolvió que “la publicidad y notoriedad de la presentación de la querrela y el desistimiento del Servicio no son suficientes, por sí solos, para hacer pública la información requerida, por tanto, atendido el interés público que representa la información solicitada, ya que permite ejercer un adecuado control social del ejercicio de las funciones públicas, se considera que el beneficio de conocer la información solicitada es mayor que el daño que podría causar su revelación”<sup>482</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, existe alguna doctrina que plantea que la utilización de estos mecanismos, a pesar de su uso frecuente, no tiene un fundamento jurídico claro en la Ley N° 20.285<sup>483</sup>. No nos pronunciaremos sobre este tópico por considerar que su estudio excede los objetivos de esta parte de nuestra investigación.

## **6.- Conclusiones finales**

En las páginas anteriores hemos demostrado, principalmente a través del estudio jurisprudencial de algunas de las decisiones emanadas del CPT, la

---

<sup>481</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C335-10, N.N. con Municipalidad de Recoleta, 20/08/2010, considerando N° 2.

<sup>482</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C626-10, Hernán Osses Suárez con Servicio Nacional de Aduanas, 18/01/2011, considerando N° 11.

<sup>483</sup> COVARRUBIAS CUEVAS, I. Las falencias del test de interés público como instrumento de ponderación entre el acceso a la información pública y la vida privada. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVIII, 2012, pp. 499-541.

importancia que ha tenido este organismo para el éxito operativo de la LAIP en el derecho chileno, especialmente en la labor de determinar el ámbito de aplicación de la ley y de las causales de reserva o secreto, mostrando, a nuestro juicio, en forma constante una real voluntad en orden a aplicar la ley con una total rectitud de intención, procurando siempre instalar el principio de transparencia en el quehacer jurídico, administrativo y ciudadano. Es así como decisiones que imponen la carga de la prueba al órgano que alega la reserva o secreto y no al ciudadano requirente, la necesidad del órgano requerido de probar el daño que la publicidad ocasionaría al bien jurídico protegido, la no aceptación de la sola invocación de la causal alegada para constituir la, la idea de control social que está detrás del derecho de acceso, la extensión de la ley a órganos privados que ejercen funciones públicas, etc., nos demuestran con meridiana claridad la fundamentalidad de este organismo y su labor para el éxito de la legislación sobre acceso a la información contenida en la LAIP.

Un acabado estudio de la jurisprudencia judicial en el período 2011-2014 ordenado por el propio CPT ha permitido concluir que existe una importante coincidencia entre los criterios interpretativos de las Cortes de Apelaciones y Corte Suprema, conociendo de reclamos de ilegalidad y primera y segunda instancia respectivamente, con las decisiones del CPT. En efecto, según este estudio, el 77% de los reclamos de ilegalidad formulados en contra de las decisiones del CPT son rechazados por los órganos judiciales, existiendo un bajo porcentaje de éstas que son revocadas o modificadas parcialmente<sup>484</sup>.

---

<sup>484</sup> UNIDAD DE DEFENSA JUDICIAL DE LA DIRECCIÓN JURÍDICA DEL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. *Jurisprudencia judicial. Ley de Transparencia 2009-2014*. Santiago: Ediciones Consejo para la Transparencia, 2015.

En un interesante estudio<sup>485</sup> del Centro de Archivos y Acceso a la información pública (también CAinfo) se manifiesta que en Latinoamérica, en términos generales, se verifica una falta de independencia de los organismos de control externo, en relación a los órganos controlados, situación que se debe en gran medida a problemas de diseño institucional del sistema de garantía de acceso a la información. Dentro de este contexto, plantea CAinfo, uno de los modelos a seguir es el chileno, donde el Consejo para la Transparencia ha demostrado poder cumplir sus funciones en forma independiente, aunque esta independencia no lo ha eximido de más de alguna confrontación con el poder político, como sucedió en los casos “correos electrónicos”.

Por último, y antes de cerrar este capítulo, no podemos sino concluir que el CPT ha mantenido una férrea posición de alzarse como garante frente a los diversos obstáculos emanados de la Administración del Estado para entregar información solicitada por los titulares del derecho.

El Instituto de Derechos Humanos ha sostenido expresamente que “frente a estos obstáculos, el Consejo ha tenido la voluntad de eliminarlos, fomentando en esta etapa inicial de funcionamiento de esta institución la adecuación de prácticas y aprendizaje cultural e institucional, por sobre el uso sancionatorio”<sup>486</sup>.

---

<sup>485</sup> LANZA, E. Venciendo la cultura del secreto. *Obstáculos en la implementación de políticas y normas de acceso a la información pública en siete países de América Latina*. Montevideo: Centro de Archivos y Acceso a la Información Pública, 2011.

<sup>486</sup> INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2012) 12.

## CAPÍTULO QUINTO: EL DERECHO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA

### I.- Introducción

España es uno de los últimos Estados democráticos occidentales que hasta hace muy poco no contaba con una ley de acceso a la información pública<sup>487</sup>. En todo caso, hay que advertir que en España si existía una regulación específica de este derecho antes de la entrada en vigencia de la Ley 19/2013, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (en adelante LTAIBG). La LTAIBG española “no surge de un vacío reglamentario”<sup>488</sup>. En efecto, el artículo 105.b) de la Constitución española lo reconocía (lo sigue reconociendo), como estudiaremos, y en el artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJAP-PAC) se desarrollaba, “eso sí, con graves deficiencias y lagunas”<sup>489</sup>.

En términos generales la doctrina especializada<sup>490</sup> se encuentra de

---

<sup>487</sup> Efectivamente, “a nivel mundial, el número de países que sancionan leyes de acceso a la información va en franco y constante aumento, mostrando una clara tendencia a institucionalizar este derecho para todos sin distinciones, y a recoger el auge de un rol ciudadano más activo y dinámico, que no se circunscribe a los tiempos electorales, sino que lo trasciende y amplía su marco de acción mediante la participación de la sociedad civil”. LAVALLE COBO, D. *Derecho de acceso...*, ob. cit., p. 3.

<sup>488</sup> DABBAGH ROLLÁN, V. O. La Ley de Transparencia y la corrupción. Aspectos generales y percepciones de la ciudadanía española. En *Aposta: Revista de Ciencias Sociales*, N° 68, 2016, pp. 83-106, p. 91.

<sup>489</sup> GUICHOT REINA, E. Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas. En *Documentos de Trabajo (Laboratorio de Alternativas)*, N° 170, 2011, p. 15.

<sup>490</sup> A modo de ejemplo consultar: ÁLVAREZ RICO, M. y ÁLVAREZ RICO, I. Derecho de acceso a los archivos y registros administrativos en la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En *Revista de*

acuerdo en indicar que las más importantes falencias del derecho de acceso a la información pública en España estaban dados por los siguientes aspectos: i) el derecho se limita a documentos relacionados con procedimientos administrativos terminados y archivados; ii) la regulación del derecho establece restricciones distintas a las previstas por el constituyente; iii) el ejercicio del derecho carece de un procedimiento claro para llevarlo a efecto; y, iv) La ausencia de un órgano con competencia decisoria para ordenar la entrega de la información en un procedimiento rápido y sumario, entre otras deficiencias.

Si comparamos los parámetros mínimos que se requieren para la existencia de un derecho de acceso a la información pública adecuado, efectivo y coherente con las exigencias de la democracia moderna, debemos necesariamente concluir que la regulación establecida en España hasta antes de la Ley 19/2013 era muy deficiente. Tal como señalaba en su momento GUICHOT REINA “todas estas trabas y condicionantes sitúan a la regulación española en la retaguardia de las modernas regulaciones de acceso”<sup>491</sup>.

Vigente ya la LTAIBG española nos corresponde plantearnos si las dificultades denunciadas por la doctrina se mantienen, han sido superadas o se ha comenzado a instalar en España un verdadero derecho de acceso a la información pública tal como lo exige una nueva democracia más participativa y deliberativa.

Advertimos que solo ofreceremos una breve y esquemática referencia a la situación normativa española anterior a la nueva LTAIBG y no ahondaremos en demasía en ella puesto que nuestra intención solo es dar

---

*Administración Pública*, N° 135, 1994, pp. 473 – 494.

<sup>491</sup> *Ídem*.

cuenta de un marco normativo acusado de deficiente por la doctrina y por las exigencia básicas del proceso democrático, reforzado por los estándares que a nuestro entender debe cumplir una adecuada regulación de un derecho de esta naturaleza, y que nos sirva de contraste para analizar la nueva normativa vigente desde finales del año 2013.

## **II.- Breve análisis de la regulación del derecho de acceso a la información pública en España antes de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre**

### **1.- Regulación constitucional**

En el Título IV de la Constitución española, denominado “Del Gobierno y la Administración”, se encuentra inserto el artículo 105, norma que encarga al legislador regular: b) el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas<sup>492</sup>.

Las disposiciones contenidas en el artículo 105 de la Constitución son una manifestación del principio de participación ciudadana<sup>493</sup>, reconocido generosamente en la Carta Fundamental. “En este sentido, la Constitución de 1978, atenta a los movimientos de su tiempo, es sensible a este fenómeno participativo, como prueban las abundantes llamadas a la participación”<sup>494</sup>

---

<sup>492</sup> Además el artículo 105 de la Constitución española reconoce en su apartado a) “la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten” y en el apartado c) “el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado”.

<sup>493</sup> ÁLVAREZ CONDE, E. y TUR AUSINA, R. *Derecho Constitucional*. Madrid: Tecnos, 2ª edición, 2012, p. 625.

<sup>494</sup> FERNÁNDEZ RAMOS, S. *La información y participación ciudadana en la administración local*. Barcelona: Editorial Bosch S.A., 2005, p. 24.

contenidas en algunas de sus disposiciones, principalmente en el artículo 9.2 y 129.1 del mismo texto constitucional.

El propio Tribunal Constitucional Español (TCE) ha reconocido que la Carta Fundamental de 1978 es rica en este tipo de manifestaciones. “En unos casos, se contiene un mandato de carácter general a los poderes constituidos para que promuevan la participación en distintos ámbitos. Así, el art. 9.2 C.E. contiene un mandato a los poderes públicos para que faciliten la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social, y el art. 48 establece la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para la participación de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural. En otros casos, el constituyente ha previsto formas de participación en ámbitos concretos, algunas de las cuales se convierten en verdaderos derechos subjetivos, bien *ex constitutione*, bien como consecuencia del posterior desarrollo por parte del legislador; es el caso del art. 27, que en sus apartados 5 y 7 se refiere a la participación en la programación en la enseñanza y en el control y gestión de los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos; del art. 105, según el cual la Ley regulará la audiencia de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas [apartado a)], y la garantía de la audiencia de los interesados en el procedimiento de producción de actos administrativos [apartado c)]; del art. 125, que prevé la participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, y del art. 129, que en su apartado primero remite a la Ley el establecimiento de formas de participación de los interesados en la Seguridad Social y en la actividad de determinados organismos públicos, y en su apartado segundo recoge un mandato a los poderes públicos para que promuevan eficazmente formas de participación en la empresa. Diversas fórmulas de participación –bien directamente, bien a través de órganos

establecidos al efecto– se recogen también en los arts. 51, 52 y 131.2 de la Constitución”<sup>495</sup>.

Sin embargo, estos derechos de participación de la ciudadanía en relación con la actividad administrativa del Gobierno, por su ubicación en el mapa constitucional no gozan de la misma protección que tienen otros derechos fundamentales. Por lo mismo, en caso de producirse cualquier tensión entre estos derechos y otros derechos fundamentales, estos últimos gozan de una tutela mayor. En efecto, “la norma constitucional no ha calificado este principio como un derecho fundamental de los previstos en los artículos 14 a 29, acreedores de una tutela o protección especial respecto a los demás derechos consagrados en la parte dogmática de la Constitución”<sup>496</sup>.

Alguna doctrina y jurisprudencia entendieron que el artículo 105.b) CE no consagra un derecho subjetivo justiciable con eficacia directa sino un mandato al legislador para hacer efectivo el ejercicio del mismo y garantizar a los ciudadanos este derecho. MESTRE DELGADO cita a modo de ejemplo una resolución del Tribunal Supremo del 16 de octubre de 1979 que sentenció “que el artículo 105.b) de la Constitución es una simple declaración de principios básicos, que no es de aplicación inmediata”<sup>497</sup>.

En el mismo sentido, ÁLVAREZ RICO, señalaba en el año 1983, que “en todas las Constituciones se advierte una graduación de los preceptos que definen, articulan y establecen derechos y libertades”<sup>498</sup>, en otras palabras,

---

<sup>495</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. Sentencia 119/1995, de 17 de julio de 1995, fundamento jurídico Nº 4.

<sup>496</sup> MESTRE DELGADO, J. F. *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos. Análisis del artículo 105.b de la Constitución*. Madrid: Civitas, 1993, p. 59.

<sup>497</sup> MESTRE DELGADO, J.F. *El derecho de...*, ob. cit., pp. 60-61.

<sup>498</sup> ÁLVAREZ RICO, M. El derecho de acceso a los documentos administrativos. En *Documentación Administrativa*, Nº 183, 1979, pp. 103 – 133, p. 109.



no todas las normas que consagran derechos y libertades gozan de una eficacia directa e inmediata sino que requieren de un ulterior desarrollo legislativo.

Para el mismo ÁLVAREZ RICO<sup>499</sup>, en la Constitución española es posible distinguir tres tipos de disposiciones que contienen derechos fundamentales, a saber: aquéllas que solo formulan meras proclamaciones abstractas, que no siempre se concretan en derechos subjetivos litigables; normas directamente aplicables, es decir, que gozan de eficacia normativa directa; y aquéllas disposiciones cuyo desarrollo se encomienda a una ley. El derecho de acceso a los documentos administrativos se encuentra en esta tercera hipótesis, es decir, se trata de un derecho constitucional que solo se configurará como tal en la medida que sea desarrollado por la ley a la que la propia Constitución encarga esta tarea.

Sin perjuicio de lo anterior, parte importante de la doctrina administrativista española y la posterior evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional han ido dejando de lado esta posición y en la actualidad esta discusión de alguna manera ya ha sido superada, primero por la entrada en vigencia de la LRJAP-PAC y más recientemente de la Ley de Transparencia.

Por ejemplo, SÁEZ LORENZO, recuerda el planteamiento de SAINZ MORENO quien a inicios de 1980 sostenía que “el artículo 105 b) de la Constitución, en cuanto que realiza una concreción del derecho a la libertad de expresión (art. 20 de la Constitución), es un precepto de inmediata aplicación sin previo desarrollo legislativo y sin que ello suponga, por otra parte, la modificación de la Ley de Procedimiento Administrativo. En tanto

---

<sup>499</sup> *Ídem.*

que la ley especial se dicta, el ejercicio de este derecho no tiene más límites que los que resultan de la misma Constitución y del resto del ordenamiento vigente (en especial la Ley de Secretos Oficiales), en la medida en que estos últimos, sean compatibles con el contenido esencial del derecho reconocido por el citado artículo”<sup>500</sup>.

## **2.- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC)**

### **a.- Presentación y aclaración**

Es necesario advertir que la LRJAP-PAC ha sido derogada expresamente por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, según lo dispuesto en su disposición derogatoria única apartado 2 letra a).

Las referencias en la presente investigación a la LRJAP-PAC no tienen más que una finalidad metodológica que dice relación con la necesidad de ofrecer al lector (especialmente a aquel que no conoce acabadamente el sistema jurídico español) un marco de referencia que permita contrastar adecuadamente la actual regulación sobre acceso a la información pública configurada por la LTAIBG con la normativa de la Ley 30/1992.

La LRJAP-PAC consagra en su artículo 35 un catálogo de derechos ciudadanos frente a la Administración del Estado<sup>501</sup>, que en su momento fue

---

<sup>500</sup> SÁEZ LORENZO, M. C. *El derecho de acceso de los ciudadanos a los documentos administrativos*. Madrid: Presidencia del Gobierno, Dirección General de Estudios y Documentación, Subdirección General de Documentación, 1982, p. 38.

<sup>501</sup> El texto original del artículo 35 de la LRJAP-PAC señala que los ciudadanos en sus

uno de los aspectos más destacados y alabados de esta normativa. Y si bien, la consagración de estos derechos constituyó un avance, “sería erróneo pensar que este inventario agota los derechos de los ciudadanos en su actuar ante las Administraciones. Un estudio pormenorizado del articulado del título VI de la LRAJ-PAC nos hace caer en la cuenta de esta afirmación al reconocer otras facultades, algunas de mayor calado. Por contra, lamentablemente, el desarrollo de alguno de los derechos enunciados en el art. 35 en preceptos concretos de la Ley pone de manifiesto la reticencia y vacilación del legislador a dotarlos de contenido efectivo, lo que en ocasiones y en la práctica supone un obstáculo para su ejercicio”<sup>502</sup>, cuestión que sucede con el derecho de acceso a la información pública en España bajo el imperio de esta normativa.

---

relaciones con las Administraciones Públicas tienen los siguientes derechos: a) a conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copias de documentos contenidos en ellos; b) a identificar a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones Públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos; c) a obtener copia sellada de los documentos que presenten, aportándola junto con los originales, así como a la devolución de éstos, salvo cuando los originales deban obrar en el procedimiento; d) a utilizar las lenguas oficiales en el territorio de su Comunidad Autónoma, de acuerdo con lo previsto en esta Ley y en el resto del Ordenamiento Jurídico; e) a formular alegaciones y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución; f) a no presentar documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate, o que ya se encuentren en poder de la Administración actuante; g) a obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar; h) al acceso a los registros y archivos de las Administraciones Públicas en los términos previstos en la Constitución y en ésta u otras leyes; i) a ser tratados con respeto y deferencia por las autoridades y funcionarios, que habrán de facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones; j) a exigir las responsabilidades de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, cuando así corresponda legalmente; k) cualesquiera otros que les reconozcan la Constitución y las Leyes.

<sup>502</sup> MESEGUER YEBRA, J. *El derecho de acceso a los documentos administrativos y su tutela*. Barcelona: Editorial Bosch, 2000, p. 7.

## **b.- Principales aspectos de la LRJAP-PAC**

### **i.- Legitimación activa**

En estricta concordancia con la Constitución española la LRJAP-PAC reconoce el derecho de acceso a los registros y archivos administrativos a los ciudadanos. Como se puede apreciar “esta fórmula es más restrictiva que la utilizada en otras legislaciones que otorgan este derecho a «toda persona», si bien el término ciudadano es más amplio que el de administrado, sin requerir la presencia de un interés legítimo para el ejercicio del derecho”<sup>503</sup>.

Desde otra perspectiva, en el debate parlamentario, sostiene RAMS RAMOS<sup>504</sup>, existió la postura de hablar de «administrado» por considerarse que esta categoría resulta más amplia y más cercana a la realidad. Sin embargo, primó la idea original de utilizar la expresión «ciudadano» para referirse a los derechos que se establecen en el artículo 35 y específicamente al derecho de acceso del artículo 37 de la LRJAP-PAC.

En definitiva, se terminó utilizando por el legislador “el concepto jurídico de ciudadano, de largo arraigo, con un significado distinto al que realmente tiene, para no utilizar el término «administrado», mucho más preciso y ajustado a la realidad jurídica a la que se quiere aludir, como titular de derechos y obligaciones frente a las Administraciones Públicas, por el carácter peyorativo que este término pudiera tener. La elección del legislador fue, en todo caso, de carácter político, pero que en nada ayuda a la comprensión de una realidad jurídica –la de las relaciones jurídicas entre particulares y la Administración–, que quedaría mucho mejor reflejada con la

---

<sup>503</sup> ÁLVAREZ RICO, M. y ÁLVAREZ RICO, I. Derecho de acceso..., ob. cit., p. 481.

<sup>504</sup> RAMS RAMOS, L. *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*. Madrid: REUS, 2008, p. 347.

utilización del término administrado”<sup>505</sup>.

En todo caso, plantea RAMS RAMOS, “está claro que, como mínimo el concepto de ciudadano que debemos manejar es aquél determinado por el Tribunal Constitucional que engloba tanto a personas físicas como jurídicas”<sup>506</sup>. Del mismo modo, sostiene la misma autora, a raíz de la ratificación del Tratado de Maastricht deben entenderse como titulares activos del derecho los ciudadanos europeos en cuánto residentes en suelo español.

Finalmente, sostiene RAMS RAMOS que lo “que no queda tan claro es que puedan ser sujeto activo del derecho de acceso los extranjeros no residentes. Ello, porque es difícilmente compatible que se establezca como sujeto del derecho de acceso a «los ciudadanos» y se dé después acceso universal, puesto que, en ese supuesto, el legislador, tanto constitucionalmente, como en la LJRAP, lo hubiera regulado de otra manera, haciendo alusión a «todos» o a «toda persona física o jurídica»<sup>507</sup>.

Sobre este punto cabe destacar dos casos especiales. Por un lado, el artículo 37.6 f) dispone que se regirán por sus disposiciones específicas el acceso a los documentos obrantes en los archivos de las Administraciones Públicas por parte de las personas que ostenten la condición de Diputado de las Cortes Generales, Senador, miembro de la Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma o de una Corporación Local. Por otro, señala ÁLVAREZ RICO, existen otros supuestos de acceso privilegiado como el que reconoce la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo Nº 3/1981, de 6 de abril, la que en su artículo 22 dispone que éste “podrá solicitar a los poderes públicos todos los documentos que considere necesarios para el desarrollo de su función,

---

<sup>505</sup> *Ídem*.

<sup>506</sup> RAMS RAMOS, L. *El derecho de...* ob. cit., p. 349.

<sup>507</sup> *Ídem*.

incluidos aquellos clasificados con el carácter de secretos de acuerdo a la ley. En este último supuesto la no remisión de dichos documentos debe ser acordada por el Consejo de Ministros”.

## **ii.- Legitimación pasiva**

El derecho de acceso de los ciudadanos a los registros y archivos administrativos puede ser requerido a los órganos y áreas que integran las Administraciones Públicas. De acuerdo a lo dispuesto en la propia LRJAP-PAC en su artículo 2 se entenderá por Administraciones Públicas: i) la Administración General del Estado; ii) las Administraciones de las Comunidades Autónomas; y, iii) las Entidades que integran la Administración Local. Sin perjuicio de lo anterior, esta misma disposición establece que “las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas tendrán asimismo la consideración de Administración Pública”. Complementando lo anterior se dispone que “estas entidades sujetarán su actividad a la presente Ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación”.

Señala ÁLVAREZ RICO que la disposición contenida en el artículo 2 de la LRJAP-PAC ofrece “algunas novedades destacables como son la consideración de las entidades de Derecho Público como integrantes de la Administración Pública cuando ejerzan potestades administrativas o dependan o estén vinculadas en cualquier forma a las Administraciones Públicas”<sup>508</sup>. El acierto de esta norma es que “el acento para calificar a una organización como Administración Pública se pone en la actividad que

---

<sup>508</sup> ÁLVAREZ RICO, M. y ÁLVAREZ RICO, I. Derecho de acceso..., ob. cit., p. 483.

realiza más que en la naturaleza jurídica del ente”<sup>509</sup>. No obstante lo anterior, la LRJAP-PAC en su disposición transitoria primera dispone que “las Corporaciones de Derecho Público representativas de derechos económicos y profesionales ajustarán su actuación a su legislación específica. En tanto no se complete esta legislación, les serán de aplicación las prescripciones de esta Ley en lo que procedan”.

En su momento ÁLVAREZ RICO criticó esta decisión del legislador señalando que “no se entiende por qué estas Corporaciones de Derecho Público situadas en los linderos de la Administración Pública que realizan auténticas funciones administrativas, no se ha incluido claramente dentro del ámbito de la Ley”<sup>510</sup>.

En conclusión, “la cuestión está clara cuando se trata de Administraciones territoriales o de Administraciones institucionales o instrumentales en el ejercicio de potestades administrativas, pero plantea el problema de si deben considerar incluidos, como sujetos pasivos del derecho de acceso, la Administración institucional en el resto de los casos, las Corporaciones de Derecho Público, así como las Fundaciones y las empresas públicas”<sup>511</sup>.

Finalmente, plantea RAMS RAMOS “que si bien es evidente que el artículo 35 h) de LRJAP está estableciendo el sujeto pasivo del derecho de acceso, es necesario acudir a la regulación de dicho derecho –ex. art. 105 b) CE y art. 37 LRPJA– para determinar realmente quiénes están obligados a facilitar el ejercicio del derecho de acceso para los ciudadanos. Estos sujetos pasivos vienen determinados, en ambos artículos, en razón del objeto del

---

<sup>509</sup> *Ídem*.

<sup>510</sup> *Ídem*.

<sup>511</sup> RAMS RAMOS, L. *El derecho de...ob. cit.*, p. 376.

derecho de acceso”<sup>512</sup>.

Los sujetos pasivos de dicho derecho serán, por tanto, los titulares o gestores de los archivos o registros administrativos, “se encuentren o no éstos en manos de Administraciones públicas territoriales, institucionales o corporativas”<sup>513</sup>. Esto nos llevaría a incluir como sujetos pasivos del derecho de acceso no solo a las personas jurídico-públicas, sino también a las privadas, como en el caso de los gestores de servicios públicos en lo relacionado con la gestión de dichos servicios, cuyos documentos forman parte del Patrimonio Documental español y se integran en los archivos, al estar al servicio de la gestión administrativa, concluye RAMS RAMOS<sup>514</sup>.

### **iii.- El objeto del derecho de acceso**

El objeto del derecho de acceso queda claramente establecido en el artículo 37.1 de la LRJAP-PAC que dispone que “los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud”.

Es posible que este haya sido uno de los aspectos más criticados de esta normativa. Es tan restringido el objeto del derecho de acceso que es imposible hablar de un verdadero derecho de acceso a la información pública, ni siquiera a la información administrativa. El ciudadano por tanto solo puede exigir que se le entregue información que se encuentre contenida

---

<sup>512</sup> RAMS RAMOS, L. *El derecho de...* ob. cit., p. 377.

<sup>513</sup> *Ídem*.

<sup>514</sup> RAMS RAMOS, L. *El derecho de...* ob. cit., p. 378.



en un expediente administrativo terminado. Con esta solución no existe ninguna posibilidad que un derecho de esta naturaleza cumpla con el rol de control y fomente la participación ciudadana mejorando con ello la calidad democrática.

#### **iv.- Los límites al ejercicio del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos**

Recordemos que la Constitución establece en el artículo 105.b) que “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”. Por lo tanto, los límites constitucionales del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos solo corresponden bienes jurídicos fundamentales como la seguridad y defensa del Estado o la averiguación de delitos o ante el derecho a la intimidad de las personas.

Por su parte la LRJAP-PAC establecía en el artículo 37 números 2 y 3 las siguientes limitaciones: el acceso a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas estará reservado a éstas que, en el supuesto de observar que tales datos figuran incompletos o inexactos podrán exigir que sean rectificadas o completadas, salvo que figuren en expedientes caducados por el transcurso del tiempo conforme a los plazos máximos que determinen los diferentes procedimientos, de los que no pueda derivarse efecto sustantivo alguno y el acceso a los documentos de carácter nominativo que sin incluir otros datos pertenecientes a la intimidad de las personas figuren en los procedimientos de aplicación del derecho, salvo los de carácter sancionador o disciplinario y que, en consideración a su contenido puedan hacerse valer para el ejercicio de sus derechos ciudadanos, podrá ser

ejercido, además de por sus titulares, por terceros que acrediten un interés legítimo y directo.

Además, la misma disposición del artículo 37 en su número 4 dispone que “el ejercicio de los derechos que establecen los apartados anteriores podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una ley, debiendo, en estos casos, el órgano competente dictar resolución motivada”.

Finalmente, en el número 6 del mismo artículo 37 se establecen una serie de limitaciones (exclusiones en estricto rigor) en relación con expedientes que contengan información sobre actuaciones del Gobierno del Estado o de las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas a Derecho Administrativo; que contengan información sobre la Defensa Nacional o la Seguridad del Estado; tramitados para la investigación de los delitos cuando pudiera oponerse en peligro la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando; relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial y relativos a actuaciones administrativas derivadas de la política monetaria.

Por último en el número 6 del artículo 37 se establece que se registrarán por sus disposiciones específicas el acceso a los archivos sometidos a la normativa sobre materias clasificadas; el acceso a documentos y expedientes que contengan datos sanitarios personales de los pacientes; los archivos regulados por la legislación del régimen electoral; los archivos que sirvan a fines exclusivamente estadísticos dentro del ámbito de la función estadística pública; el Registro Civil y el Registro Central de Penados y Rebeldes y los

registros de carácter público cuyo uso esté regulado por una Ley; el acceso a los documentos obrantes en los archivos de las Administraciones Públicas por parte de las personas que ostenten la condición de Diputado de las Cortes Generales, Senador, miembro de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma o de una Corporación Local y la consulta de fondos documentales existentes en los Archivos Históricos.

Sin ahondar en el análisis de esta normativa, pues ello no es el objetivo de la presente investigación, podemos indicar que todo este régimen de limitaciones, exclusiones y remisiones normativas contempladas en el artículo 37 de la LRJAP-PAC es cuestionada a lo menos por dos razones. En primer lugar porque ella excede con generosidad el marco de limitaciones constitucionales; en segundo lugar, por el exacerbado uso de conceptos jurídicos indeterminados lo que en definitiva obstaculiza seriamente la concreción real del derecho por parte de los ciudadanos habilitados para su ejercicio.

#### **v.- Algunos aspectos procedimentales relevantes**

“El procedimiento para garantizar este derecho se articula a modo de autorización, tal como se extrae del articulado de la LRJAP-PAC. Pocas o ninguna otra referencia encontramos sobre la naturaleza de este procedimiento que, en ausencia de cauce procedimental específico, deberá atenerse a las reglas dispuestas para el procedimiento administrativo común en el Título VI de la Ley”<sup>515</sup>.

Sostiene MESEGUER YEBRA, que además “se especificarán los hechos,

---

<sup>515</sup> MESEGUER YEBRA, J. *El derecho de...*, ob. cit., pp. 12-13.

razones y petición en que se concrete con toda claridad la solicitud”<sup>516</sup>. En este caso, plantea el mismo MESEGUER<sup>517</sup>, se debe especificar el documento que se solicita, identificándolo, puesto que no caben solicitudes genéricas sobre una materia o conjunto de materias, “salvo para su consideración con carácter potestativo por la Administración”.

Otras formalidades que debe reunir la solicitud son “el lugar y la fecha, la firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio y el órgano, centro o unidad administrativa a la que se dirige”<sup>518</sup>.

Complementando estos requisitos formales, debemos considerar que el artículo 37 de la Ley en su número 7 dispone que “el derecho de acceso será ejercido por los particulares de forma que no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos”.

“Otro de los asuntos polémicos de la Ley es que ésta no habla para nada de la Administración competente para resolver este tipo de procedimientos, ya que no tiene por qué coincidir necesariamente la Administración autora/titular del documento con aquella en que conste depositado”<sup>519</sup>. Frente a esta problemática existen opiniones que plantean que el requerimiento debe responderlo la autoridad administrativa autora del documento y otras que es competencia de la unidad que lo tiene en su poder. En todo caso, resulta lógico y hasta cierto punto indiscutible que si el órgano de la Administración que recibe la solicitud se considera incompetente para acceder a la petición deberá remitirla a aquella que

---

<sup>516</sup> MESEGUER YEBRA, J. *El derecho de...*, ob. cit., p. 13.

<sup>517</sup> *Ídem*.

<sup>518</sup> MESEGUER YEBRA, J. *El derecho de...*, ob. cit., p. 14.

<sup>519</sup> *Ídem*.

entienda competente para resolver el asunto.

En lo que dice relación con los plazos que tiene la Administración para resolver estas solicitudes se aplican las reglas generales establecidas en la misma LRJAP-PAC, en virtud de las cuales se entenderá que este plazo será de tres meses desde el inicio del procedimiento, en este caso desde la fecha de la presentación de la solicitud.

La insuficiencia de la omisión específica de la LRJAP-PAC respecto del derecho de acceso y la aplicación supletoria de sus reglas generales es evidente. Un plazo de tres meses es excesivamente perjudicial para el ciudadano. No serán pocas las veces en que este plazo demasiado laxo producirá perturbaciones y menoscabos a los derechos e intereses del ciudadano titular del derecho<sup>520</sup>.

La ausencia de plazos y la solución tomada en base a las reglas generales ha sido uno de los aspectos más criticados de la LRJAP-PAC, pues la operatividad del derecho se reduce injustificadamente al aplicarse términos tan extensos para que la Administración deba responder del requerimiento ciudadano. Un breve análisis de leyes modelos de acceso a la información y de algunas de las legislaciones más avanzadas sobre el tema nos lleva a concluir que los plazos con los que cuenta la Administración para

---

<sup>520</sup> MESEGUER YEBRA da el siguiente ejemplo al respecto: “La sentencia de 20 de marzo de 1999, en la que la recurrente solicitaba el acceso a un expediente de expropiación forzosa del que sus antepasados habían sido parte, con vista a valorar la posibilidad de pedir la reversión. La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación que modifica los artículos 54 y 55 LEF, dispone que el plazo para que el dueño primitivo o sus causahabientes puedan solicitar la reversión será de tres meses, a contar de la fecha en que la Administración hubiera notificado el exceso de la expropiación, la desafectación del bien o derecho expropiado o su propósito de no implementar el servicio. Esto supone, por tanto, que si el interesado decide aguardar la resolución de su solicitud de acceso lo más probable es que termine por transcurrir el plazo para pedir la reversión”. MESEGUER YEBRA, J. *El derecho de...*, ob. cit., p.15

pronunciarse deben ser breves, de lo contrario se burla el espíritu de la norma que consagra el derecho y lo que es más grave se deja al ciudadano en la indefensión.

Finalmente, la regulación legal del derecho no se pronuncia en forma expresa respecto de las acciones que puede ejercer el ciudadano cuya solicitud no ha sido respondida o sea negativa a sus pretensiones.

Para MESEGUER YEBRA, “en el supuesto de que no se resuelva expresamente la solicitud planteada, tendremos que acudir a las normas que regulan el sentido de las resoluciones presuntas o el silencio administrativo”<sup>521</sup>.

#### **vi.- Reclamación ante la negativa de entrega de la información solicitada**

En la regulación específica del derecho de acceso no se establecen normas en relación con la tutela del derecho. En este caso se aplicarán las normas generales que se traducen básicamente en dos vías: los mecanismos de tutela propios del Derecho Administrativo y la vía jurisdiccional.

En la vía administrativa son procedentes los medios de impugnación contemplados en el Capítulo II de la LRJAP-PAC, esto es, recurso de revisión y recurso ordinario. Ahora bien, agotada la vía administrativa, y por aplicación de las normas generales, el interesado podrá optar por deducir los medios de impugnación propios de la vía contencioso-administrativa, en vía judicial.

---

<sup>521</sup> MESEGUER YEBRA, J. *El derecho de...*, ob. cit., p. 18.

### 3.- Legislaciones sectoriales

Paralelamente a la regulación de LRJAP-PAC existen en el ordenamiento jurídico español una serie de disposiciones legales de tipo sectorial que también contienen normas relativas al acceso a la información pública por parte de los ciudadanos.

Así, en estricta relación con el derecho de acceso a la información pública se encuentra la Ley 9/1968<sup>522</sup>, sobre Secretos Oficiales, modificada por la Ley 48/1978<sup>523</sup>. También se encuentra dentro de este grupo de normas la Ley 14/1986<sup>524</sup>, General de Sanidad, que regula el acceso a documentos y expedientes que contengan datos sanitarios personales de los pacientes.

En este mismo orden de cosas también se relacionan con esta materia la regulación de archivos enmarcados en la Ley Orgánica 5/1985<sup>525</sup>, sobre Régimen Electoral General; los archivos que sirvan para fines exclusivamente estadísticos dentro del ámbito de la función estadística pública, a la luz de la Ley 12/1989<sup>526</sup>, sobre Función Estadística Pública y la regulación establecida en los artículos 57 y 58 de la Ley 16/1985<sup>527</sup> sobre Patrimonio Histórico Español.

Especial importancia tiene en este esquema la Ley 27/2006<sup>528</sup>, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación

---

<sup>522</sup> Publicada en el BOE de 06/04/1968.

<sup>523</sup> Publicada en el BOE de 11/10/1978.

<sup>524</sup> Publicada en el BOE de 25/04/1986.

<sup>525</sup> Publicada en el BOE de 20/06/1985.

<sup>526</sup> Publicada en el BOE de 11/05/1989.

<sup>527</sup> Publicada en el BOE de 25/06/1985.

<sup>528</sup> Publicada en el BOE de 19/07/2006.

pública y de acceso a la justicia en materia de medioambiente. Esta legislación, a nuestro juicio la más avanzada en materia de acceso a la información pública hasta el año 2013, recoge la normativa contenida en las Directivas del Consejo de Europa 2003/4 y 2003/35.

Por último, en este breve repaso mencionaremos la Ley 11/2007<sup>529</sup>, Sobre acceso electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos (también derogada por la Ley 39/2015), norma que al definir su objeto en su artículo 1 establecía que “la presente ley reconoce el derecho de los ciudadanos a relacionarse con las Administraciones Públicas por medios electrónicos y regula los aspectos básicos de la utilización de las tecnologías de la información en la actividad administrativa”. Dentro de los principios informadores del procedimiento de utilización de las tecnologías de la información por parte de los ciudadanos se menciona el “principio de accesibilidad a la información y a los servicios por medios electrónicos en los términos establecidos por la normativa vigente en esta materia, a través de sistemas que permitan obtenerlos de manera segura y comprensible, garantizando especialmente la accesibilidad universal y el diseño para todos de los soportes, canales y entornos con objeto de que todas las personas puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones, incorporando las características necesarias para garantizar la accesibilidad de aquellos colectivos que lo requieran”.

A nivel local se encuentra el art. 18.1. e) de la Ley 7/1985<sup>530</sup>, Reguladora de las bases de régimen local, que reconoce el derecho de los vecinos a ser informados previa petición razonada y a dirigir solicitudes a la Administración Local con relación a toda la documentación municipal, de

---

<sup>529</sup> Publicada en el BOE de 22/06/2007.

<sup>530</sup> Publicada en el BOE de 02/04/1985.



acuerdo con lo previsto por el artículo 105 de la Constitución española.

#### **4.- Conclusiones**

Luego de la exposición de los principales aspectos normativos constitucionales y legales del derecho de acceso a la información pública en el sistema jurídico español anterior a la LTAIBG del año 2013, es posible plantear algunas conclusiones preliminares que nos permitirán pronunciarnos críticamente respecto de la legislación vigente desde el año 2013.

En efecto, “todos los operadores jurídicos y la jurisprudencia han coincidido en reconocer las insuficiencias y lagunas de esta normativa, que difícilmente podía dar satisfacción a las expectativas generadas por el reconocimiento constitucional del derecho de acceso”<sup>531</sup>.

Se criticaba la solución dada por la LRJAP-PAC pues ella se limitaba a hacer accesibles documentos relacionados con procedimientos terminados y archivados, establecía restricciones al ejercicio del derecho adicionales a la Carta Fundamental, “inclusivas de una cláusula abierta (podía ser denegado el acceso cuando prevalecieran razones de interés público, intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo dispusiera una ley), lo que hacía depender la efectividad del derecho, de facto, de una decisión discrecional de la Administración, máxime cuando el acceso condicionaba, además, a que no se obstaculizara el funcionamiento de los servicios públicos”<sup>532</sup>.

---

<sup>531</sup> MESEGUER YEBRA, J. El procedimiento administrativo para el ejercicio del derecho al acceso a la información pública. En *Revista Jurídica de Castilla y León*, N<sup>o</sup> 33, 2014, pp. 1-34, p. 5.

<sup>532</sup> *Ídem*.

Además, la regulación legal de la LRJAP-PAC no ponía a disposición del ciudadano requirente de información un procedimiento sencillo y expedito de reclamo ante la negativa de entrega de la información solicitada. La solución ante este evento era recurrir a la justicia contenciosa administrativa.

“Pero, sobre todo, la regulación del derecho contenida en el artículo 37 de la LRJPAC era marcadamente restrictiva y, en ocasiones, ininteligible, aparentemente más preocupada en ofrecer obstáculos y trabas al acceso que en garantizarlo, a lo cual debe añadirse su parquedad en materia de procedimiento y a la completa ausencia de garantías”<sup>533</sup>.

Todas estas deficiencias quedaron muy pronto a la luz al no servir esta normativa “de norma de transposición al ordenamiento interno de la Directiva 90/313/CEE, relativa a la libertad de acceso a la información medioambiental, como reconocería expresamente el propio legislador estatal en la exposición de motivos de la Ley 38/1995, de 12 de diciembre, del derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente”<sup>534</sup>.

LTAIBG ha venido a establecer un nuevo régimen general del derecho de acceso a la información pública, introduciendo importantes modificaciones al estatuto de la hoy derogada Ley 30/1992. Es así como la Disposición Primera de la LTAIBG dió una nueva redacción al artículo 35.h) de la LRJPAC, y también al artículo 37, cuyo tener literal ha quedado establecido en los siguientes términos: “los ciudadanos tienen derecho a acceder a la información pública, archivos y registros en los términos y con las condiciones establecidas en la Constitución, en la Ley de Transparencia,

---

<sup>533</sup> FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. Transparencia, acceso a la información y buen gobierno. Ley 19/2013, de 9 de diciembre. Pamplona: Thomson Reuters, 2014, p. 29.

<sup>534</sup> *Ídem*.

acceso a la información pública y buen gobierno y demás leyes que resulten de aplicación”.

### **III.- La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno**

#### **1.- Ideas introductorias**

Sostiene SENDÍN GARCÍA<sup>535</sup> que el derecho español ha ido avanzando de manera difícil y tortuosa a través de una normativa roñosa con la transparencia hasta llegar al actual momento histórico pero sin resolver debidamente tan importante cuestión.

El acierto de la Constitución de 1978, a decir de gran parte de la doctrina española, no vino acompañado de un adecuado nivel de desarrollo del derecho infraconstitucional. “Este fracaso a nivel de normativa ordinaria se produjo, en primer lugar, en la regulación concreta de la institución mencionada por el constituyente, el que diríamos hoy derecho de acceso a la información pública, entonces derecho de acceso a archivos y registros”<sup>536</sup>.

En la antigua legislación se configuró un derecho de “perfiles borrosos e imprecisos”<sup>537</sup>. En la propia exposición de motivos de la 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (en adelante LTAIBG) se expresa respecto a la regulación anterior que ella “adolece de una serie de deficiencias que han sido puestas de

---

<sup>535</sup> SENDÍN GARCÍA, M. A. Transparencia y acceso a la información pública. En RODRÍGUEZ – ARANA MUÑOZ, J. y SENDÍN GARCÍA, M. A. *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*. Granada: Comares, 2014, p. 101.

<sup>536</sup> SENDÍN GARCÍA, M.A. *Transparencia y acceso...*, ob. cit., p. 102.

<sup>537</sup> SENDÍN GARCÍA, M.A. *Transparencia y acceso...*, ob. cit., p. 103.

manifiesto de forma reiterada al no ser claro el objeto del derecho de acceso, al estar limitado a documentos contenidos en procedimientos administrativos ya terminados y al resultar su ejercicio extraordinariamente limitado en su articulación práctica”.

Con la entrada en vigencia de la LTAIBG, el derecho español da un importante paso en la consagración del principio de transparencia. Esta nueva normativa se hace cargo de regular cuestiones que no fueron contempladas en la legislación anterior. Sin lugar a dudas estamos en presencia de un avance, pero a juicio de la doctrina pudo ser mejor. Es así como el avance que supone la entrada en vigencia de la LTAIBG “no puede ocultar, sin embargo, al menos en nuestra opinión, la existencia de importantes deficiencias e insuficiencias en el texto legal que nos ocupa y, en general en nuestro sistema de transparencia”, sostiene SENDÍN GARCÍA<sup>538</sup>. En el mismo sentido JIMÉNEZ ASENSIO señala que no hay dudas que la legislación estatal sobre acceso a la información pública “fue tardía, probablemente poco ambiciosa; y, además, plantea algunas dudas efectivas sobre su aplicabilidad”<sup>539</sup>.

Al parecer la LTAIBG no es el producto de una real voluntad de la clase política y de la democracia representativa española. Lo tardío de ver la luz esta legislación es una prueba de ello. La LTAIBG es por así decirlo el resultado de una serie de factores sociales que suscitaron presiones a la clase política a fin de avanzar en normativas de esta naturaleza. RUIZ-RICO RUIZ sostiene que “en respuesta a las actuales disfunciones del sistema democrático y al progresivo deterioro institucional, se ha regulado

---

<sup>538</sup> SENDÍN GARCÍA, M.A. *Transparencia y acceso...*, ob. cit., p. 108.

<sup>539</sup> JIMÉNEZ ASENSIO, R. Instituciones de garantía a la transparencia. En *Documentos, La Mirada Institucional*. Disponible en <https://rafaeljimenezasensio.com/documentos/> (consulta 03/02/2017).

recientemente la transparencia como cauce legal destinado a impulsar el control social”<sup>540</sup>.

A pesar de las diversas presiones realizadas por organizaciones ciudadanas como Colación Pro Acceso, durante la primera década del 2000 no hubo intentos serios por sacar adelante una ley de esta naturaleza (ni en la legislatura 2004-2008 y 2008-2011 del PSOE se concretó ni siquiera un proyecto de ley). Solo el 2011 “sería el año del impulso definitivo, en el que se pasó de la inactividad de décadas a la carrera por la transparencia, en un clima de creciente desapego de los ciudadanos hacia los políticos y de reclamación de una regeneración democrática”<sup>541</sup>.

Recordemos que el año 2011 esta inquietud popular desembocó en el Movimiento 15-M, lo que llevo de alguna manera a que se impulsaran una serie de propuestas legislativas por por parte del Gobierno y de la propia oposición al final de la IX Legislatura, que sin embargo, perdieron fuerza con la decisión de anticipar elecciones. En todo caso, la idea ya había cobrado fuerza en el escenario político español.

“En las elecciones a la X Legislatura, los programas electorales de las principales fuerzas políticas prometieron la aprobación de una ley de transparencia, y nada más comenzar, el Gobierno aprobó en marzo de 2012 el Anteproyecto de lo que se convertiría al año siguiente”<sup>542</sup> en la actual LTAIBG.

---

<sup>540</sup> RUIZ-RICO RUIZ, C. Breves consideraciones jurídicas en torno a la reciente ley española 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVII, N° 140, 2014, pp. 719-729, p. 719.

<sup>541</sup> GUICHOT REINA, E. La nueva Ley de Transparencia, un reto para las organizaciones públicas. En *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, N° 6, 2014, pp. 94-107.

<sup>542</sup> *Ídem*.

## **2.- Principales aspectos y estructura general de la LTAIBG**

La LTAIBG se hace cargo de regular tres materias distintas aunque estrechamente relacionadas. Así, en esta normativa se tratan aspectos relacionados con la publicidad activa, el derecho de acceso a la información pública y el buen gobierno<sup>543</sup>.

Ahora bien, la entrada en vigor de la LTAIBG resultó ser algo compleja puesto que no todo el cuerpo legal reconoce la misma fecha de aplicación. De tal manera que las normas de buen gobierno comenzaron a regir al día siguiente de la publicación en el Boletín Oficial del Estado; las normas de transparencia y Consejo de Transparencia y Buen Gobierno al año de su publicación; además de otorgar un plazo de dos años para que las comunidades autónomas y las entidades locales se adaptaran a las obligaciones que emanan de la norma legal.

En cuanto a la estructura de la LTAIBG esta cuenta con un Título Preliminar compuesto por un solo artículo, el primero, que se hace cargo de señalar el objeto de la misma en los siguientes términos: “esta ley tiene por objeto ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública, regular y garantizar el derecho de acceso a la información relativa a aquella actividad y establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos así como las consecuencias derivadas de su incumplimiento”. Estas ideas se ven reforzadas en el preámbulo de la misma LTAIBG al establecer que esta normativa reconoce un triple alcance:

---

<sup>543</sup> En este punto la Ley española se aleja totalmente de otras legislaciones comparadas similares que regulan exclusivamente temas de transparencia activa y derecho de acceso a la información pública sin preocuparse de aspectos relacionados con el buen gobierno, como sucede en el caso chileno.

“incrementa y refuerza la transparencia en la actividad pública –que se articula a través de obligaciones de publicidad activa para todas las Administraciones y entidades públicas–, reconoce y garantiza el acceso a la información –regulado como un derecho de amplio ámbito subjetivo y objetivo– y establece las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos así como las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento –lo que se convierte en una exigencia de responsabilidad para todos los que desarrollan actividades de relevancia pública–”.

Posteriormente se establece un Título I denominado “*Transparencia de la actividad pública*”. Este título a su vez se encuentra dividido en tres Capítulos.

El Capítulo I denominado “*Ámbito subjetivo de aplicación*” contiene los artículos 2, 3 y 4 de la Ley.

El Capítulo II destinado a la “*Publicidad activa*” se encuentra conformado por los artículos 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 11.

El Capítulo III denominado “*Derecho de acceso a la información pública*”, se estructura sobre la base de una Sección 1.<sup>a</sup> sobre “*Régimen General*” compuesta por los artículos 12, 13, 14, 15 y 16, una Sección 2.<sup>a</sup> sobre “*Ejercicio del derecho de acceso a la información pública*”, integrada por los artículos 17, 18, 19, 20, 21 y 22, y una Sección 3.<sup>a</sup> sobre “*Régimen de impugnaciones*”, que contiene los artículos 23 y 24.

El Título II de la Ley se denomina “*Buen Gobierno*”. Este título se encuentra integrado por los artículos 25 al 32.

El Título III de la Ley de Transparencia sobre “*Consejo de Transparencia y Buen Gobierno*” se extiende desde el artículo 33 al 40.

Finalmente la LTAIBG contiene ocho disposiciones adicionales y nueve disposiciones finales.

### **3.- Ámbito subjetivo de aplicación de la LTAIBG**

Posiblemente este sea uno de los ámbitos más complejos de cualquier legislación sobre transparencia y acceso a la información pública. En el caso de la LTAIBG la dificultad asociada a esta materia, en palabras de SENDÍN GARCÍA, se debe a “una suerte de tira y afloja que ha arrojado como resultado final una cierta superación de la inspiración inicial de la Ley, muy cerrada a dejar dentro de su ámbito exclusivamente lo que quedaba comprendido dentro del conjunto técnico de Administración Pública, para pasar a aplicarse a otros sujetos vinculados con el aparato público”<sup>544</sup>.

Lo anterior, trae consigo que “se haya fijado el ámbito subjetivo de la Ley a través de una especie de goteo, en ocasiones un poco asistemático, de entidades y organismos a los que se sujetan en alguna medida a la Ley”<sup>545</sup>. “Como consecuencia del goteo de sugerencias recibidas y aceptadas durante toda la elaboración de la norma se pasó de un solo artículo con dos apartados en el anteproyecto enviado por el Consejo de Ministros a dictamen del Consejo de Estado, a dos artículos en el proyecto de ley remitido por el Consejo de Ministros al Congreso de los Diputados, para finalizar con tres artículos en el proyecto que entró en el Senado tras su paso por el Congreso y

---

<sup>544</sup> SENDÍN GARCÍA, M.A. *Transparencia y acceso...*, ob. cit., p. 117.

<sup>545</sup> *Ídem*.



en el texto aprobado definitivamente por el Legislativo”<sup>546</sup>.

En este escenario, no todos los sujetos, entidades y organismos indicados por la LTAIBG se encuentran sujetos a ella en la misma medida, pues algunos se someten parcialmente a la misma. En materia de sujetos pasivos en la LTAIBG es posible detectar distintos niveles o grados de transparencia. El artículo 2 hace referencia a los sujetos pasivos a quienes les es aplicable todas las disposiciones del Título I, esto es, las normas de publicidad activa y las que regulan el derecho de acceso a la información pública. En el artículo 3 se mencionan “los sujetos sometidos tan solo al cumplimiento de algunas y no todas las obligaciones de publicidad activa, esto es, de aquellas prevista en el Capítulo II que, dada su naturaleza, les resultan de aplicación”<sup>547</sup>. Finalmente, en el artículo 4 de la LTAIBG, se contiene una especie de cláusula residual, “al prever que determinadas personas físicas y jurídicas no contempladas en los artículos anteriores suministren a algunas de las previstas en el artículo 2 la información que precisen para el cumplimiento de sus obligación en materia de publicidad activa y derecho de acceso a la información pública”<sup>548</sup>.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 2.1 de la LTAIBG, las disposiciones del Título I “*Transparencia de la actividad pública*” se aplicarán en primer lugar a:

a.- La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla y las entidades que integran la Administración Local.

---

<sup>546</sup> ARES GONZÁLEZ, V. Los ámbitos subjetivo y objetivo de la Ley de Transparencia de la actividad pública. En *Revista Jurídica de Castilla y León*, N<sup>o</sup> 33, 2014, p. 1-27, p. 11.

<sup>547</sup> *Ídem*.

<sup>548</sup> ARES GONZÁLEZ, V. Los ámbitos subjetivo..., ob. cit., pp. 11-12.

b.- Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social así como las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales colaboradoras de la Seguridad Social.

c.- Los organismos autónomos, las Agencias Estatales, las entidades públicas empresariales y las entidades de Derecho Público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.

d.- Las entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, vinculadas a cualquiera de las Administraciones Públicas o dependientes de ellas, incluidas las Universidades públicas.

e.- Las corporaciones de Derecho Público, en lo relativo a sus actividades sujetas a Derecho Administrativo.

f.- La Casa de su Majestad el Rey, el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial, así como el Banco de España, el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas, en sus relaciones sujetas a Derecho Administrativo.

g.- Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de las entidades previstas en este artículo sea superior al 50 por 100.

h.- Las fundaciones del sector público previstas en la legislación en

materia de fundaciones.

i.- Las asociaciones constituidas por las Administraciones, organismos y entidades previstos en este artículo. Se incluyen los órganos de cooperación previstos en el artículo 5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común<sup>549</sup>, en la medida en que, por su peculiar naturaleza y por carecer de una estructura administrativa propia, le resulten aplicables las disposiciones de este título. En estos casos, el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Ley serán llevadas a cabo por la Administración que ostente la Secretaría del órgano de cooperación.

La misma LTAIBG se encarga de expresar que para los efectos de las disposiciones previstas en este Título I, se entenderá “por Administraciones Públicas los organismos y entidades incluidos en las letras a) a d) del apartado anterior”, es decir, de las contenidas en el artículo 2.1.

De la lectura de la norma se desprende que el artículo 2 de la LTAIBG establece un primer nivel o grado de transparencia. Los sujetos señalados en esta norma se encuentran sometidos a una vinculación más intensa con las normas de la Ley, ya que éstos están sujetos tanto a las obligaciones que derivan de la publicidad activa como a las normas que regulan el ejercicio del derecho de acceso a la información pública.

El artículo 3 de la LTAIBG señala que las disposiciones relativas a la

---

<sup>549</sup> De acuerdo a lo dispuesto en la disposición final cuarta de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, “las referencias hechas a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se entenderán hechas a la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas o a la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, según corresponda”.

publicidad activa contenidas en el Capítulo II del Título I se harán extensivas también, además de los sujetos señalados en el artículo 2, a los siguientes entes, a saber:

a.- Los partidos políticos, organizaciones sindicales y organizaciones empresariales.

b.- La entidades privadas que perciban durante el período de una año ayudas o subvenciones públicas en una cuantía superior a 100.000 euros o cuando al menos el 40% del total de sus ingresos anuales tengan carácter de ayuda o subvención pública, siempre que alcancen como mínimo la cantidad de 5.000 euros.

Reiteramos que a los sujetos señalados en el artículo 3 de la LTAIBG solo les son aplicables las normas sobre publicidad activa. Precizando el alcance de esta disposición el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno ha sido enfático en aclarar que “las entidades privadas solo están sujetas a las obligaciones de publicidad activa, no al derecho de acceso a la información. Es decir, están obligadas a publicar la información que recoge la Ley, pero no a tramitar solicitudes de información realizadas por los ciudadanos”<sup>550</sup>.

Aclarado este punto el Consejo se encarga además de precisar que al estar las obligaciones de publicidad activa recogidas en los artículo 5 a 8 de la LTAIBG, por consiguiente, tanto los partidos políticos, organizaciones sindicales y empresariales como las entidades que reciban subvenciones dentro de los umbrales previstos en el artículo 3 de la misma, estarán obligados a cumplir: los principios generales enunciados en el artículo 5 a

---

<sup>550</sup> CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO. Criterio Interpretativo N° CI/003/2015, *Alcance de las obligaciones de transparencia de las entidades privadas*, de 11/05/2015.

excepción hecha de su apartado primero, el apartado primero del artículo 6 en lo relativo a información sobre su estructura, organización y funciones y el artículo 8 en su totalidad, y ello por cuanto su apartado primero se refiere en general a todos los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de la norma<sup>551</sup>.

Finalmente, el artículo 4 de la LTAIBG dispone que “las personas físicas y jurídicas distintas de las referidas en los artículos anteriores que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas estarán obligadas a suministrar a la Administración, organismo o entidad de las previstas en el artículo 2.1 a la que se encuentren vinculadas, previo requerimiento, toda la información necesaria para el cumplimiento por aquéllos de las obligaciones previstas en este título. Esta obligación se extenderá a los adjudicatarios de contratos del sector público en los términos previstos en el respectivo contrato”. Sin perjuicio de lo anterior, el Consejo de todas formas realiza una importante matización aplicable a contratos, convenios y subvenciones de carácter privado. Pues, “en este sentido, deberán publicarse solo los contratos y convenios cuando se celebren con una Administración Pública así como las subvenciones cuando el órgano sea una Administración Pública, no afectando a las actuaciones privadas de los mencionados sujetos obligados”<sup>552</sup>.

Como se puede apreciar, los partidos políticos, organizaciones sindicales y empresariales, y las entidades privadas que reciban subvenciones en un volumen y con los porcentajes a que hace referencia el artículo 3 de la LTAIBG, no son sujetos pasivos del derecho de acceso a la información pública ya que la norma únicamente los somete a las

---

<sup>551</sup> *Ídem.*

<sup>552</sup> *Ídem.*

prescripciones de la publicidad activa. Sin embargo, en el caso de las personas físicas y jurídicas distintas de las mencionadas en los artículos 2 y 3 de la LTAIBG, que prestan servicios públicos o ejercen potestades administrativas, es diverso pues “estos sujetos estarán obligados a suministrar a la Administración, organismo o entidad de los enunciaciones en el artículo 2.1 al que se encuentren vinculados toda la información necesaria para que éstos cumplan con las obligaciones en materia de acceso a la información pública. Esta obligación se extenderá a los adjudicatarios de contratos del sector público en los términos que se prevean en los respectivos contratos”<sup>553</sup>. Tal como sostiene ARES GONZÁLEZ, “se trata del nivel de menor intensidad, ya que no obliga a los sujetos que comprende al cumplimiento de ninguna obligación de publicidad activa o de satisfacción del derecho de acceso a la información, sino tan sólo a suministrar al órgano que proceda determinada información pública”<sup>554</sup>.

Como es posible constatar la LTAIBG extiende su aplicación a órganos de diversa naturaleza. Señala MESEGUER YEBRA que “el complejo proceso de elaboración y composición de este precepto queda patente en su contenido, en el que inicialmente no aparecían sujetos tan destacados como las agencias estatales o las entidades gestoras de la Seguridad Social”<sup>555</sup>.

A juicio de parte de la doctrina “la Ley incorpora un catálogo heterogéneo y un tanto confuso: por un lado, incluye una lista que abarca todas las Administraciones Públicas, en sentido amplio, incluyendo a las corporaciones de Derecho Público; y por otro, después de no pocas vicisitudes, menciona a la Casa de su Majestad el Rey, junto al Congreso de los

---

<sup>553</sup> MESEGUER YEBRA, J. El procedimiento administrativo para el ejercicio del derecho de acceso a la información pública. En *Revista Jurídica de Castilla y León*, Nº 33, 2014, pp. 1-34, p. 8-9.

<sup>554</sup> ARES GONZÁLEZ, V. Los ámbitos subjetivo..., ob. cit., p. 18.

<sup>555</sup> MESEGUER YEBRA, J. El procedimiento administrativo..., ob. cit., p. 8.

Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional, el Consejo General del Poder Judicial, el Banco de España, el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social, y las instituciones autonómicas análogas, en relación con sus actividades sujetas a Derecho Administrativo”<sup>556</sup>, sin perjuicio de otros sujetos señalados expresamente en la normativa.

“Una de las inclusiones más polémicas que, no obstante, tiene una relevancia práctica menor para el ciudadano, es la inclusión en el ámbito de aplicación de la Casa de Su Majestad el Rey. La disposición adicional sexta de la LTAIBG establece, no obstante, una singularidad en la tramitación de las solicitudes de acceso a la información que obre en su poder, y consiste en la atribución a la Secretaría General de la Presidencia del Gobierno de la competencia para tramitar el procedimiento, así como para conocer de cualquier otra cuestión que pudiera surgir derivada de la aplicación por este órgano de las disposiciones de la ley”<sup>557</sup>.

A esta conclusión, señala el mismo MESEGUER YEBRA<sup>558</sup> se llega tanto desde el artículo 4 de la LTAIBG, cuando manifiesta que estas entidades deben cumplir con las obligaciones previstas en el Título I, como del artículo 17, que dispone que cuando la solicitud de acceso se refiera a información en posesión de personas físicas o jurídicas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas ésta se dirigirá a la Administración, organismo o entidad de las previstas en el artículo 2.1 a las que se encuentren viculadas.

---

<sup>556</sup> RIDAO MARTÍN, J. Las recientes medidas para la transparencia y la probidad del sistema político y administrativo español. En *Estudios de Deusto*, Vol. 62/1, Bilbao, 2014, pp. 285-310, p. 286.

<sup>557</sup> *Ídem*.

<sup>558</sup> MESEGUER YEBRA, J. El procedimiento administrativo..., ob. cit., p. 9.

La LTAIBG no señala qué sujetos y organismos integran la categoría de “colaboradores” de la Administración Pública, sin embargo, sostiene MESEGUER YEBRA<sup>559</sup> que es posible acercarse a esta respuesta a partir de otras disposiciones legales. Así por ejemplo, la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan Los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia medio ambiental, cita como colaboradores de la Administración a notarios y registradores de propiedad y mercantil.

Insistimos en la idea que “el suministro o entrega de la información por parte de estos sujetos procede previo requerimiento por parte de la entidad correspondiente del listado del artículo 2.1, lo que, en cierta forma, desplaza la responsabilidad principal a esta última”<sup>560</sup>.

Finalmente debemos señalar que “la restricción de la normativa sobre transparencia a los márgenes más estrictos de la Administración Pública es difícilmente justificable, entendemos, en un Estado democrático en el que todos los entes que lo integran deben estar sujetos a la fiscalización del propietario de la soberanía, que es el pueblo soberano”<sup>561</sup>.

En el mismo sentido la Coalición ProAcceso enuncia dentro de sus diez principios rectores uno que declara que “el derecho de acceso a la información se aplica a todas las entidades públicas, a todos los poderes del Estado y a todas aquellas entidades privadas que realicen funciones públicas”<sup>562</sup>.

---

<sup>559</sup> *Ídem*.

<sup>560</sup> *Ídem*.

<sup>561</sup> SENDÍN GARCÍA, M.A. *Transparencia y acceso...*, ob. cit., p. 122.

<sup>562</sup> Disponibles en <http://www.proacceso.org> (consulta 08/08/2016).



En la primera parte de esta investigación hemos tenido la oportunidad de señalar que el derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental, emanado o relacionado directamente con el Estado Democrático de Derecho, debe ser exigible no solo a la Administración del Estado sino a cualquier órgano que ejerza poder, por lo tanto, la solución dada por la LTAIBG es reducida, lo que nos permite hablar, tal como indicaremos más adelante, que la Ley 19/2013 solo regula el derecho de acceso a la información pública administrativa, a la luz del desarrollo legal que hace esta norma del precepto constitucional respectivo, pero no el derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental.

#### **4.- La publicidad activa**

##### **a.- Concepto**

“La publicidad activa se diferencia del derecho de acceso en la actitud de los poderes públicos a la hora de aportar datos a la ciudadanía. En la publicidad activa, el gobierno pone los datos a disposición de la ciudadanía, en portales y páginas web, sin esperar a que los ciudadanos lo demanden, proactivamente”<sup>563</sup>.

De esta perspectiva podemos afirmar que la publicidad activa involucra una actividad impulsada por la propia autoridad en orden a poner a disposición de los ciudadanos cierta información pública que el

---

<sup>563</sup> VILLORIA MENDIETA, M. *La publicidad activa en la Ley de Transparencia, acceso a la información y buen gobierno: posibilidades e insuficiencias*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, Colección Govern Obert, 2014, p. 9. Disponible en: [http://transparencia.gencat.cat/web/.content/pdfs/governobert\\_1\\_es.pdf](http://transparencia.gencat.cat/web/.content/pdfs/governobert_1_es.pdf) (consulta 08/08/2016).

ordenamiento jurídico cataloga como relevante. Por tanto, a la luz de la LTAIBG, la publicidad activa la podemos definir “como aquella obligación legal que se impone a ciertos entes, principalmente Órganos del Estado, en virtud de la cuál deben poner a disposición de la ciudadanía cierta información pública de relevancia jurídica determinadas en la misma norma legal sin que medie un requerimiento para ello”.

#### **b.- Principios que informan esta materia**

El artículo 5 de la LTAIPBG establece una serie de normas que deben inspirar e informar el cumplimiento de los deberes que emanan de la publicidad activa.

En primer lugar se establece que “los sujetos enumerados en el artículo 2.1 publicarán de forma periódica y actualizada la información cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública”.

Esta primera disposición resulta esencial a nuestro entender para el éxito de este tipo de legislación. La obligación de periodicidad en la entrega de la información actualizada resulta fundamental. Sería muy sencillo vulnerar el espíritu de la Ley si no existiese la obligación de entregar esta información pública relevante de manera periódica, oportuna y actualizada.

En segundo lugar, la LTAIBG se encarga de señalar que “las obligaciones de transparencia contenidas en este capítulo se entienden sin perjuicio de la aplicación de la normativa autonómica correspondiente o de otras disposiciones específicas que prevean un régimen más amplio en materia de publicidad”. En otras palabras, la Ley establece un estándar

mínimo y no máximo en materia de publicidad activa, de tal manera que si existen normas que amplíen este ámbito de publicidad resultarán totalmente compatibles con la normativa de la LTAIBG. En el mismo sentido señala VILLORIA MENDIENTA que “la información que se exige es la mínima necesaria, y que nada impide, todo lo contrario, que se incorpore más información que la exigida en el texto legal”<sup>564</sup>.

En tercer lugar, la LTAIBG se encarga de indicar que “serán de aplicación, en su caso, los límites al derecho de acceso a la información pública previstos en el artículo 14 y, especialmente, el derivado de la protección de datos de carácter personal, regulado en el artículo 15. A este respecto, cuando la información contuviera datos especialmente protegidos, la publicidad solo se llevará a cabo previa disociación de los mismos”.

En este último caso, la LTAIBG extiende las hipótesis de reserva o secreto a la publicidad activa. La solución legal resulta acertada pues la calidad de reservada de una información, atendida la naturaleza de la misma, no puede solo predicarse respecto del ejercicio del derecho de acceso a la información, sino de cualquier forma de liberación de la misma, pues de lo contrario sería inútil catalogarla de esta manera. A propósito de esta norma, el legislador reconoce implícitamente el principio de divisibilidad en la entrega de la información a la ciudadanía, toda vez que si la información que se hará pública contiene datos protegidos, amparados por la reserva y otros no, se publicará solamente los segundos.

Sin embargo, alguna parte de la doctrina califica esta solución legal como equivocada “dado que existe una base de doctrina más elaborada sobre

---

<sup>564</sup> VILLORIA MENDIETA, M. Publicidad activa. En WENCES, I., KÖLLING, M. y RAGONE, S. (coords). *La Ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno. Una perspectiva académica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, pp. 1-34, p. 4.

los límites oponibles al derecho de acceso a la información, que puede ser extensible”, sostiene SENDÍN GARCÍA<sup>565</sup>, a las obligaciones de publicidad activa en términos generales.

Sobre este punto el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno en su primera jurisprudencia ha comenzado a precisar la forma como deben operar estos límites en el caso de los cumplimientos por parte de los órganos obligados por las normas de la publicidad activa. En el Criterio Interpretativo Nº CI/002/2015<sup>566</sup> señala las fases que deben considerarse para la aplicación de esta normativa.

En primer lugar se debe valorar si la información solicitada o sometida a publicidad activa contiene o no datos de carácter personal, entendiéndose como tal aquellos definidos en el artículo 3 de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal. De resultar afirmativa esta situación, en segundo lugar, se debe valorar si los datos son o no especialmente protegidos en los términos del artículo 7 de la Ley 15/1999<sup>567</sup>.

---

<sup>565</sup> SENDÍN GARCÍA, M.A. *Transparencia y acceso...*, ob. cit., p. 133.

<sup>566</sup> CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO. Criterio Interpretativo Nº CI/002/2015, *Aplicación de los límites al derecho de acceso a la información*, de 24/06/2015.

<sup>567</sup> Artículo 7. Datos especialmente protegidos. 1. De acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 16 de la Constitución, nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. Cuando en relación con estos datos se proceda a recabar el consentimiento a que se refiere el apartado siguiente, se advertirá al interesado acerca de su derecho a no prestarlo. 2. Solo con el consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias. Se exceptúan los ficheros mantenidos por los partidos políticos, sindicatos, iglesias, confesiones o comunidades religiosas y asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, en cuanto a los datos relativos a sus asociados o miembros, sin perjuicio de que la cesión de dichos datos precisará siempre el previo consentimiento del afectado. 3. Los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual solo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente. 4. Quedan prohibidos los ficheros creados con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que

Si los datos de carácter personal contenidos en la información que será objeto de publicidad no fueran datos especialmente protegidos, se deberá valorar si son o no exclusivamente datos meramente identificativos relacionados con la organización, el funcionamiento o la actividad pública del órgano o entidad correspondientes. En este caso, si los datos contenidos son exclusivamente identificativos relacionados con la organización, el funcionamiento o la actividad pública del órgano o entidad, la información se publicará o facilitará con carácter general, salvo que en el caso concreto prevalezca la protección de datos personales y otros derechos constitucionalmente protegidos sobre el interés público en la divulgación. Por último, si estos datos no fueran meramente identificativos y relacionados con la organización, el funcionamiento o la actividad pública del órgano o no lo fueran exclusivamente, se deberá efectuar la ponderación del artículo 15.3 de la LTAIBG, para luego, una vez realizados los pasos anteriores, determinar si resultan de aplicación o no los límites previstos en el artículo 14.

El artículo 5 de la LTAIBG además dispone que “la información sujeta a las obligaciones de transparencia será publicada en las correspondientes sedes electrónicas o páginas web y de una manera clara, estructurada y entendible para los interesados y, preferiblemente, en formatos

---

revelen la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o étnico, o vida sexual. 5. Los datos de carácter personal relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas solo podrán ser incluidos en ficheros de las Administraciones públicas competentes en los supuestos previstos en las respectivas normas reguladoras. 6. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal a que se refieren los apartados 2 y 3 de este artículo, cuando dicho tratamiento resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos se realice por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto. También podrán ser objeto de tratamiento los datos a que se refiere el párrafo anterior cuando el tratamiento sea necesario para salvaguardar el interés vital del afectado o de otra persona, en el supuesto de que el afectado esté física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento.

reutilizables”. La misma disposición además impone la obligación de establecer “los mecanismos adecuados para facilitar la accesibilidad, la interoperabilidad, la calidad y la reutilización de la información publicada así como su identificación y localización”.

Por su parte, “cuando se trate de entidades sin ánimo de lucro que persigan exclusivamente fines de interés social o cultural y cuyo presupuesto sea inferior a 50.000 euros, el cumplimiento de las obligaciones derivadas de esta Ley podrá realizarse utilizando los medios electrónicos puestos a su disposición por la Administración Pública de la que provenga la mayor parte de las ayudas o subvenciones públicas percibidas”.

Finalmente, la LTAIBG impone que “toda la información será comprensible, de acceso fácil y gratuito y estará a disposición de las personas con discapacidad en una modalidad suministrada por medios o en formatos adecuados de manera que resulten accesible y comprensibles, conforme al principio de accesibilidad universal y diseño para todos”.

Consideramos que el contenido del artículo 5 de la LTAIBG es particularmente relevante pues deja ver la intención de legislador de fomentar y facilitar el acceso a la información pública, imponiendo a las entidades obligadas a las normas de publicidad activa, removiendo obstáculos que impidan un expedito acceso a la información. La adecuada implementación de las normas relativas a la publicidad activa se encuentran estrechamente vinculadas a la eficiencia y eficacia en la entrega de la información y a la facilitación de acceso a ella por parte de la ciudadanía.

### **c.- Información objeto de publicidad activa**

A la luz del análisis de la normativa contenida en el Capítulo II del Título I de la LTAIBG, es posible sostener que existen dos tipos de información pública relativas a la publicidad activa. Por un lado, toda la información que debe publicarse por esta vía en virtud del mandato legal, y por otro, aquella información que por su naturaleza no se encuentra sujeta a reserva según la Ley y que puede ser puesta a disposición del público sin que medie un requerimiento al respecto.

En relación con la primera categoría la LTAIBG regula tres grupos de información: la información institucional, organizativa y de planificación, la información calificada de relevancia jurídica y la información económica, presupuestaria y estadística.

En relación con la información institucional, organizativa y de planificación, el artículo 6 de la LTAIBG dispone dos reglas:

En primer lugar, establece que “los sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de este título publicarán información relativa a las funciones que desarrollan, la normativa que les sea de aplicación así como a su estructura organizativa. A estos efectos, incluirán un organigrama actualizado que identifique a los responsables de los diferentes órganos y su perfil y trayectoria profesional”.

En segundo lugar, la misma norma señala que “las Administraciones Públicas publicarán los planes y programas anuales y plurianuales en los que se fijen objetivos concretos, así como las actividades, medios y tiempo previsto para su consecución”. Del mismo modo, el grado de cumplimiento y

resultados de estos planes y programas “deberán ser objeto de evaluación y publicación periódica junto con los indicadores de medida y valoración, en la forma en que se determine por cada Administración competente”.

“En el ámbito de la Administración General del Estado corresponde a las inspecciones generales de servicios la evaluación del cumplimiento de estos planes y programas”.

El artículo 7 de la LTAIBG enuncia cierta información de relevancia jurídica que debe ser tratada de acuerdo a las reglas de la publicidad activa, a saber: directrices, instrucciones, acuerdos, circulares o respuestas a consultas planteadas por los particulares u otros órganos en la medida que supongan una interpretación del Derecho o tengan efectos jurídicos; los Anteproyectos de Ley y los proyectos de Decretos Legislativos cuya iniciativa les corresponda, cuando se soliciten los dictámenes a los órganos consultivos correspondientes. En el caso en que no sea preceptivo ningún dictamen la publicación se realizará en el momento de su aprobación. También se incluyen en este grupo los proyectos de Reglamentos cuya iniciativa les corresponda. Cuando sea preceptiva la solicitud de dictámenes, la publicación se producirá una vez que estos hayan sido solicitados a los órganos consultivos correspondientes sin que ello suponga, necesariamente, la apertura de un trámite de audiencia pública. Del mismo modo se incluyen en esta categoría las memorias e informes que conformen los expedientes de elaboración de los textos normativos, en particular, la memoria del análisis de impacto normativo regulada por el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio.

Finalmente, el artículo 8 de la LTAIBG enuncia información económica, presupuestaria y estadística que queda sujeta a las disposiciones de la publicidad activa.



Así, en primer lugar se establece que “los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título deberán hacer pública, como mínimo, la información relativa a los actos de gestión administrativa con repercusión económica o presupuestaria” que corresponden a: todos los contratos, con indicación del objeto, duración, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario<sup>568</sup>, así como las modificaciones del contrato. Igualmente serán objeto de publicación las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos. La publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente. Asimismo, se publicarán datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público; la relación de los convenios suscritos, con mención de las partes firmantes, su objeto, plazo de duración, modificaciones realizadas,

---

<sup>568</sup> El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno conjuntamente con la Agencia Española de Protección de Datos, a la luz de la disposición adicional quinta de la Ley de Transparencia, han sostenido respecto de la obligación de identificación del adjudicatario en contratos públicos: que los organismos entidades incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley deben publicar la identidad de los adjudicatarios de los contratos que suscriban y los convenios con mención a las partes firmantes; sin embargo, tanto el número del DNI como la firma manuscrita tienen la consideración de dato de carácter personal, por tanto sobre este punto se debe aplicar lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley de Transparencia. Lo anterior ya que, al no tratarse de datos especialmente protegidos ni tener la consideración de meramente identificativos, su publicidad debe ponderarse en atención al interés público que hubiera en su divulgación y a los derechos de los titulares de los datos. En consecuencia, el objetivo de transparencia perseguido por la Ley 19/2013 se cumpliría con la identificación del adjudicatario de un contrato o de los firmantes de un convenio, no contribuyendo a este objetivo la publicación del DNI o la firma manuscrita cuando esta no se corresponda a un cargo público en ejercicio de las competencias que tiene conferidas. CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO. Criterio Interpretativo N<sup>o</sup> CI/004/2015, *Publicidad activa del DNI y de la firma manuscrita*, de 23/07/2015.

obligados a la realización de las prestaciones y, en su caso, las obligaciones económicas convenidas. Igualmente, se publicarán las encomiendas de gestión que se firmen, con indicación de su objeto, presupuesto, duración, obligaciones económicas y las subcontrataciones que se realicen con mención de los adjudicatarios, procedimiento seguido para la adjudicación e importe de la misma; las subvenciones y ayudas públicas concedidas con indicación de su importe, objetivo o finalidad y beneficiarios; los presupuestos, con descripción de las principales partidas presupuestarias e información actualizada y comprensible sobre su estado de ejecución y sobre el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas; las cuentas anuales que deban rendirse y los informes de auditoría de cuentas y de fiscalización por parte de los órganos de control externo que sobre ellos se emitan; las retribuciones percibidas anualmente por los altos cargos y máximos responsables de las entidades incluidas en el ámbito de la aplicación de este título. Igualmente, se harán públicas las indemnizaciones percibidas, en su caso, con ocasión del abandono del cargo; las resoluciones de autorización o reconocimiento de compatibilidad que afecten a los empleados públicos así como las que autoricen el ejercicio de actividad privada al cese de los altos cargos de la Administración General del Estado o asimilados según la normativa autonómica o local; las declaraciones anuales de bienes y actividades de los representantes locales, en los términos previstos en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. Cuando el reglamento no fije los términos en que han de hacerse públicas estas declaraciones se aplicará lo dispuesto en la normativa de conflictos de intereses en el ámbito de la Administración General del Estado. En todo caso, se omitirán los datos relativos a la localización concreta de los bienes inmuebles y se garantizará la privacidad y seguridad de sus titulares y la información estadística necesaria para valorar el grado de cumplimiento y calidad de los servicios públicos que

sean de su competencia, en los términos que defina cada administración competente.

Además, lo sujetos indicados en el artículo 3 de la Ley, esto es, partidos políticos, organizaciones sindicales y empresariales, y las entidades privadas que perciban ayudas o subvenciones públicas por un determinado monto, deberán publicar la información relativa a los contratos, con las indicaciones exigidas por la norma, el desestimiento y renuncia de la misma y relación de los convenios suscritos, con las menciones señaladas por misma disposición, etc., a la que se refieren las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 8 cuando se trate de contratos o convenios celebrados con una Administración Pública. Del mismo modo, deben publicar la información a las subvenciones y ayudas públicas concedidas con indicación de su importe, objetivo o finalidad y beneficiarios, que reciban cuando el órgano concedente sea una Administración Pública.

El apartado 3 del artículo 8 de la LTAIBG ordena que las Administraciones Públicas publiquen la relación de los bienes inmuebles que sean de su propiedad o sobre el que ostenten algún derecho real.

Por último, la LTAIBG en su regulación de la publicidad activa no señala ni el plazo ni el tiempo en que la información debe encontrarse disponible al público. Estamos en presencia de un vacío importante. Sin embargo, y a pesar de lo anterior, en coherencia con el espíritu de esta legislación, entendemos que la actualización debe llevarse a cabo de manera permanente y la información debe encontrarse a disposición del público en forma indefinida, salvo que sea necesaria su actualización.

La LTAIBG impone a los sujetos obligados por ella en este punto a

difundir activamente una gran cantidad de información de manera actualizada y dinámica. “Esta obligación dista mucho de colgar algunos documentos en la web y considerar cumplida la ley. En muchos supuestos se tratará de facilitar la información directamente a partir de las bases de datos administrativos que correspondan. Y para ello es necesario que las bases de datos estén configuradas y su información estructurada en razón de los elementos de la LTAIBG. Así, podrá dispensarse la información que exija la ley reservando la que no concierna”<sup>569</sup>.

#### **d.- Control de la obligación de la publicidad activa**

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 9 de la LTAIBG, “el cumplimiento por la Administración General del Estado de las obligaciones contenidas en este capítulo será objeto de control por parte del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno”.

En el apartado 2 del citado artículo 9 de la LTAIBG se establece que en el ejercicio de estas atribuciones de control, el Consejo, de conformidad con el procedimiento que se prevea reglamentariamente, “podrá dictar resoluciones en las que se establezcan las medidas que sea necesario adoptar para el cese del incumplimiento y el inicio de las actuaciones disciplinarias que correspondan”.

Finalmente, la LTAIBG prevé que “el incumplimiento reiterado de las obligaciones de publicidad activa reguladas en este Capítulo tendrá la consideración de infracción grave a los efectos de aplicación a sus responsables del régimen disciplinario en la correspondiente normativa

---

<sup>569</sup> COTINO HUESO, L. La nueva ley de transparencia y acceso a la información. En *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá, VII, 2014, pp. 241-256, p. 250.

reguladora”.

El análisis de esta norma nos lleva a concluir que el cumplimiento de la normativa sobre publicidad activa de la LTAIBG respecto de la Administración General del Estado será objeto de control por parte del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. Sobre este punto no hay discusión ya que la disposición de la Ley es clara y no da lugar a dudas. En el ejercicio de esta competencia de control el Consejo podrá, de acuerdo al procedimiento reglamentario respectivo, dictar resoluciones en las que se establezcan las medidas que deban ser adoptadas para poner término al incumplimiento detectado así como el inicio de las actuaciones disciplinarias que procedan.

Sobre este último punto, ¿cuál es el alcance de la expresión “inicio de las actuaciones disciplinarias que procedan”? Al parecer el Consejo solo tiene la facultad para instar el inicio del procedimiento disciplinario respectivo pero no llevarlo a cabo mediante la apertura de un expediente disciplinario. Tampoco la norma prevé la solución legal para el evento que órgano competente para incoar el procedimiento se niegue a hacerlo.

Por otro lado, “la tipificación de una genérica infracción de incumplimiento reiterado de la publicidad activa se considera como falta grave, pero sin sanción alguna que avale tal infracción. No deja de ser sorprendente que el título II de la Ley 19/2013 recoja un amplio elenco de disposiciones sancionadoras y ninguna de ellas se refiera, paradójicamente, al objeto principal del texto legal: la transparencia”<sup>570</sup>.

También se critica fuertemente la redacción del artículo 9.3 por dejar

---

<sup>570</sup> JIMÉNEZ ASENCIO, R. Instituciones de garantía..., ob. cit.

esta importante disposición de la LTAIBG sin un carácter básico. Sobre este punto BARRERO sostiene que “sin una justificación aparente, se ha desprovisto de carácter básico al mecanismo sancionatorio, y dependerá, pues de la normativa autonómica si y en qué medida son sancionables los incumplimientos de las obligaciones de publicidad activa por sujetos bajo el imperio de dicha normativa”<sup>571</sup>. En el mismo sentido VILLORIA MENDIETA señala que al carecer esta disposición de un carácter básico, “la posible sanción por incumplimiento se deja a la decisión de cada Autonomía, que podría no establecer ninguna sanción para su Administración y para las administraciones locales que de su normativa dependan”<sup>572</sup>. En cambio, a nivel estatal no quedan dudas que corresponde el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno el control de esta normativa y el inicio de actuaciones disciplinarias cuando la falta sea imputable a la Administración General del Estado. A esta conclusión se llega de la lectura del artículo 9 en sus tres apartados.

Por otro lado, también es posible notar un importante vacío en la regulación de la LTAIBG sobre esta materia en lo que se refiere el control y seguimiento del cumplimiento de las normas sobre publicidad activa parte de los sujetos señalados en el artículo 3 de la Ley. Sobre el punto JIMÉNEZ ASECIO sostiene que “no cabe eludir las conexiones entre recepción de fondos públicos y los casos de corrupción; pero podría haber sido más explícito el legislador al regular estas materias. Las lagunas en esa regulación son obvias, tanto en lo que concierne a entidades privadas como por lo que respecta a la transparencia de los partidos, sindicatos y asociaciones de empresarios; puesto que, por un lado, en muchos casos no se sabe hasta

---

<sup>571</sup> BARRERO, C. y otros. *Publicidad Activa*. Capítulo V. En GUICHOT, E. (Coord.). *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*. Madrid: Tecnos, 2014, pp. 143-198, p. 198.

<sup>572</sup> VILLORIA MENDIETA, M. *Publicidad activa*, ob. cit., p. 29.

dónde alcanzan realmente tales obligaciones de transparencia; y, por otro, bueno sería haber atribuido algún tipo de mecanismo efectivo de seguimiento, fiscalización y control (y, en su defecto, si se diera el caso, sancionador), facultando el ejercicio de tales atribuciones al órgano de garantía de la transparencia (Consejo de Transparencia y Buen Gobierno o institución propia de las comunidades autónomas)”<sup>573</sup>.

Como se puede apreciar, la LTAIBG no resulta del todo certera en la regulación de las normas de control de las obligaciones que emanan de la publicidad activa, dejando varios vacíos que esperamos puedan ser superados en un futuro próximo, puesto que de muy poco servirá esta normativa si no existen las instancias necesarias para hacerla efectiva.

#### **e.- El portal de la transparencia y la publicidad activa**

A fin de facilitar el acceso de los ciudadanos y ciudadanas a la información que es objeto de publicidad activa a la luz de la LTAIBG, ésta dispone que la Administración General del Estado, dependiente del Ministerio de la Presidencia, desarrollará un Portal de la Transparencia. Este Portal de la Transparencia “incluirá, en los términos que se establezcan reglamentariamente, la información de la Administración General del Estado, cuyo acceso se solicite con mayor frecuencia”. En cumplimiento del mandato legal, el Portal de la Transparencia se encuentra alojado en la siguiente dirección electrónica: <http://transparencia.gob.es>

El contenido del Portal de la Transparencia es mínimo, esto es, la información ofrecida por el mismo no es la única. El apartado 3 del artículo 10 de la LTAIBG expresa que “la Administración General del Estado, las

---

<sup>573</sup> JIMÉNEZ ASENCIO, R. Instituciones de garantía..., ob. cit.

Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla y las entidades que integran la Administración Local podrán adoptar otras medidas complementarias y de colaboración para el cumplimiento de las obligaciones de transparencia” sobre publicidad activa.

El artículo 11 de la LTAIBG reconoce algunos principios que deberán guiar la entrega de la información a través del Portal de la Transparencia.

La entrega de esta información pública se debe estructurar sobre la base del principio de accesibilidad, en virtud del cual se proporcionará información estructurada sobre los documentos y recursos de información con vistas a facilitar la identificación y búsqueda de la información.

También se indica por parte de la LTAIBG que la información publicada será conforme al Esquema Nacional de Interoperabilidad, aprobado por el Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, así como a las normas técnicas de interoperabilidad. De acuerdo a lo dispuesto en el mencionado Real Decreto “la interoperabilidad es la capacidad de los sistemas de información y de los procedimientos a los que éstos dan soporte, de compartir datos y posibilitar el intercambio de información y conocimiento entre ellos. Resulta necesaria para la cooperación, el desarrollo, la integración y la prestación de servicios conjuntos por las Administraciones públicas; para la ejecución de las diversas políticas públicas; para la realización de diferentes principios y derechos; para la transferencia de tecnología y la reutilización de aplicaciones en beneficio de una mejor eficiencia; para la cooperación entre diferentes aplicaciones que habiliten nuevos servicios; todo ello facilitando el desarrollo de la administración electrónica y de la sociedad de la información”.



Finalmente la LTAIBG impone se fomente “que la información sea publicada en formatos que permita su reutilización, de acuerdo con lo previsto en la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público y en su normativa de desarrollo”. De acuerdo a esta Ley 37/2007, modificada por la Ley 18/2015, de 9 de julio, en su artículo 3.1 “se entiende por reutilización el uso de documentos que obran en poder de las Administraciones y organismos del sector público, por personas físicas o jurídicas, con fines comerciales o no comerciales, siempre que dicho uso no constituya una actividad administrativa pública”.

## **5.- El derecho de acceso a la información pública**

### **a.- Concepto**

#### **i.- Construcción de un concepto a partir de la Ley 19/2013**

El artículo 12 de la LTAIBG señala que “todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el artículo 105.b) de la Constitución española, desarrollados por esta Ley”. Del mismo modo prevé la norma que dentro del “ámbito de sus respectivas competencias, será de aplicación la correspondiente normativa autonómica”.

Por su parte, el artículo 13 de la LTAIBG se hace cargo de definir qué se entenderá para los efectos de la misma por información pública. Se entiende por información pública “los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones”.

En base a estas dos disposiciones podemos afirmar que el derecho de acceso a la información pública es el derecho de base constitucional, desarrollado por ley, en virtud del cual se puede exigir el acceso a la información pública, en los términos previstos en ésta, entendiéndose por información pública los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que se encuentren en poder de la Administración y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones<sup>574</sup>.

## **ii.- Problemas asociados al concepto de información pública de la LTAIBG**

El artículo 13 de la LTAIBG contiene un concepto de información pública respecto del cual es posible formular algunas observaciones críticas.

Por un lado este concepto de información pública, clave para determinar el contenido esencial del derecho de acceso, reconoce un doble mérito, puesto que le da el carácter de información pública no solo al continente sino también al contenido del mismo. Es así como, “es información no solo el soporte (el documento en términos tradicionales) sino el contenidos del mismo, al margen, además, del cuál sea el formato o soporte”<sup>575</sup>. Y por otro, consideramos que la expresión “cualquiera que sea su formato o soporte” tiene el gran mérito de ampliar el ejercicio del derecho,

---

<sup>574</sup> Advertimos en todo caso que este concepto es meramente instrumental puesto que aún no nos pronunciaremos sobre la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública, especialmente referente a su carácter de derecho fundamental. Sin perjuicio de las razones que existen para catalogar o no el derecho de acceso a la información pública como un derecho fundamental, al menos para nosotros, resulta incuestionable que se trata de un derecho constitucional que se encuentra regulado en norma legal.

<sup>575</sup> PIÑAR MAÑAS, J. L. Transparencia y derecho de acceso a la información pública. Algunas reflexiones en torno al derecho de acceso en la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno. En *Revista Catalana de Dret Públic*, N° 49, 2014, pp. 1-19, p. 10.

pues ya no solo éste puede circunscribirse a exigir la entrega de documentos impresos sino también, entendemos, documentos en formato digital, incluso audios si fuere procedente.

A pesar de lo anterior, consideramos que la LTAIBG española se equivoca al incorporar al momento de definir que se entiende por información pública la llamada “regla del autor”. En efecto, la norma del artículo 13 contempla un doble requisito para catalogar como pública una información, a saber: que la información obre en poder del sujeto pasivo y que ésta haya sido elaborada o adquirida en el ejercicio de sus funciones.

Como es posible concluir, el “artículo 13 extiende el concepto de información a toda la que «obre en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título», pero de inmediato añade «y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones». Es decir, parece exigir, no solo que la información esté en poder del sujeto obligado, sino que este sea quien la haya elaborado o adquirido”<sup>576</sup>.

De la lectura de esta norma es posible concluir que quedaría excluida del derecho de acceso, por no ser información pública, cualquier información, incluso de relevancia ciudadana que, a pesar de encontrarse en poder de la Administración no haya sido elaborada o adquirida por la misma. Especialmente, pensamos que el problema se agrava por la imprecisión del término “adquirido” utilizado por el legislador. Tal como se aprecia, en este punto la LTAIBG se aleja del Convenio 205 del Consejo de Europa el que en su artículo 1.b) dispone la expresión “documentos públicos” significa toda información registrada (archivada) de cualquier forma, elaborada o recibida, y en posesión de las autoridades públicas.

---

<sup>576</sup> *Ídem.*

### **iii.- Sujeto activo del derecho**

La LTAIBG española cumple con todos los estándares internacionales, tanto los establecidos en el Convenio Nº 205 del Consejo de Europa, sobre acceso a los documentos públicos, de 18 de junio de 2009, así como en el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos o la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en otras legislaciones comparadas, instrumentos en los cuales se extiende el derecho de acceso (en general todos los derechos humanos) a toda personas (física o jurídica, pública o privada) sin exigir ninguna otra condición, configurando el derecho de acceso como un derecho universal, “sin atender al requisito del «interés legítimo y directo» al que se refería el art. 37 de la LRJPAC”<sup>577</sup>.

En consecuencia, el artículo 12 de la LTAIBG habla de “personas”. En este caso la LTAIBG nos presenta una novedad pues no sigue la solución constitucional que utiliza la palabra “ciudadanos” y de la LRJPAC que en su artículo 37.1 utiliza la misma expresión.

No podemos sino señalar que en esta materia la LTAIBG española es acertada. La amplitud de la titularidad activa en el ejercicio del derecho resulta del todo coherente con las finalidades que se han perseguido con su fortalecimiento. Mientras más extensa sea la titularidad activa de este derecho más amplio es el espectro de control sobre la actividad de la Administración del Estado y más altos los niveles de transparencia y más eficiente la lucha contra la corrupción. Nos parece que esta solución no resiste mayores críticas.

---

<sup>577</sup> MESEGUER YEBRA, J. El procedimiento administrativo..., ob. cit., p. 10.

Para FERNÁNDEZ RAMOS Y PÉREZ MONGUIÓ<sup>578</sup>, de la expresión “personas” utilizada por la norma legal se derivan una serie de consecuencias, o más bien dicho, se despejan una serie de dudas interpretativas del sentido y alcance de la locución “ciudadanos”. Es así como, la universalidad del derecho de acceso a la información pública legitima su ejercicio por parte de una determinada Administración Pública respecto de otra que tenga el deber de entregar este tipo de información<sup>579</sup>. Además, la persona, natural o jurídica que exige la entrega de este tipo de información no necesariamente debe tener su domicilio, residencia o sede en el territorio español.

Por último, la LTAIBG no reconoce una norma expresa que se pronuncie sobre la titularidad del derecho por parte de menores de edad. Para MESEGUER YEBRA<sup>580</sup> una alternativa, es que a falta de una regulación específica, son aplicables las normas dadas en el artículo 30.e) de la LRJPAC,

---

<sup>578</sup> FERNÁNDEZ RAMOS, S. Y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. *Transparencia, acceso a...*, ob. cit., pp. 150-151.

<sup>579</sup> En todo caso esta cuestión no resulta del todo pacífica. Sigue existiendo doctrina que considera que la titularidad activa del derecho de acceso a la información pública no corresponde a las Administraciones Públicas. SENDÍN GARCÍA señala: “Nosotros no vemos la necesidad de reconocer el derecho de acceso a las Administraciones Públicas. No nos parece preciso buscar cobertura para los supuestos que no quedan cubiertos por la colaboración administrativa regulada en el art. 4 LRJAPPAC. En el primer caso, esto es, que no sea materia de la competencia de la Administración pública de que se trate, no logramos ver la justificación de que la Administración deba acceder a información que no es necesaria para el ejercicio de sus competencias. En cuanto al segundo, grave perjuicio para el servicio público, eran supuestos excepcionados del derecho de acceso en la anterior normativa, en la que bastaba para negar el acceso con que se afectará el funcionamiento del servicio (art. 37 LRJAPPAC). Esta limitación ha desaparecido en la actual regulación, pero nos parece cuestionable que no debamos considerarla vigente implícitamente, pues no tiene sentido alguno que la Administración tenga que atender una solicitud de acceso de la que se derive un grave perjuicio para los servicios públicos”. RODRÍGUEZ –ARANA MUÑOZ, J. y SENDÍN GARCÍA, M. A. *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno. Comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*. Granada: Editorial Comares, 2014, pp. 146-147.

<sup>580</sup> MESEGUER YEBRA, J. *El procedimiento administrativo...*, ob. cit., p. 10.

que reconoce la capacidad de obrar ante las administraciones públicas a los menores en los mismos términos que las normas civiles y cuando su actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico administrativo. Ahora bien, en atención a la amplitud que se debe dar al derecho de acceso a la información, también podría adoptarse la solución dada en el artículo 13.1 del Reglamento de Desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal, en donde se permite que los mayores de catorce años, salvo que la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad, puedan dar su autorización para consentir en el tratamiento de datos personales.

En términos generales, y a la luz de la naturaleza y finalidad de esta normativa, consideramos que mientras más amplia sea la titularidad del derecho, mejor se cumple el cometido de la misma, por lo mismo reconocer la titularidad del derecho a los menores de edad no generaría ningún perjuicio, al contrario, los beneficios de la titularidad amplia reconocida en la Ley se extenderían. En la medida que el ejercicio de este derecho no ocasione un daño a un menor de edad no se aprecia ningún razón para restringir a éste su titularidad, al contrario, pareciera ser que existen muy buenas razones para fomentar en ellos el ejercicio de un derecho tan vinculado con la formación de una buena ciudadanía.

#### **b.- Límites al ejercicio del derecho de acceso a la información pública**

Hemos sostenido en el curso de esta investigación que los derechos fundamentales, y específicamente el derecho de acceso a la información pública, no son derechos absolutos, en el sentido de que no reconozcan límites a su ejercicio, sino por el contrario, las propias exigencias de una sociedad democrática hace necesaria la regulación y establecimiento de

algunos límites. “Desde el punto de vista del sometimiento a la ley, un derecho de acceso ilimitado no solo sería incompatible con el ejercicio mismo del poder, sino que en último término haría «transparentes» a los ciudadanos frente a los demás y frente a la propia Administración sobre la base de un pretendido acceso total, lo que resulta incompatible también con un Estado democrático de Derecho”<sup>581</sup>.

### **i.- Concepto**

Los límites al ejercicio del derecho de acceso a la información pública son todas aquellas restricciones que obstan el acceso a la información pública solicitada por concurrir una causa legal basada en un valor o bien jurídico considerado predominante por el ordenamiento jurídico.

Tanto la doctrina como el derecho comparado, además de los diferentes instrumentos internacionales<sup>582</sup> sobre acceso a la información pública entienden de manera unánime que la imposición de límites al ejercicio del derecho de acceso a la información pública reconoce algunos rasgos esenciales.

---

<sup>581</sup> MORETÓN TORQUERO, A. Los límites al..., ob. cit., p 11.

<sup>582</sup> Recordemos que de conformidad al Convenio Europeo sobre Acceso a los Documentos Públicos cada Parte tiene la facultad de establecer límites al acceso a la información pública, pero éstos deben cumplir con los siguientes requisitos: deben estar establecidos en la Ley (no en la potestad reglamentaria), ser necesarios en una sociedad democrática y perseguir un fin protector de la seguridad nacional, la defensa y las relaciones internacionales, la seguridad pública, la prevención, la investigación y el procesamiento de actividades criminales, las investigaciones disciplinarias, la inspección, control y supervisión por autoridades públicas, la intimidad y otros intereses privados legítimos, los intereses económicos y comerciales, las políticas estatales de cambio de moneda, monetarias y económicas, la igualdad de las partes en los procedimientos judiciales y la administración eficaz de la justicia, el medio ambiente y las deliberaciones dentro o entre autoridades públicas en lo referente al examen de un asunto.

En primer lugar se acepta que los estos límites al ejercicio del derecho deben ser impuestos por el constituyente o legislador y no por la potestad reglamentaria del Gobierno. Además, estos límites deben estar estrechamente vinculados a la protección de valores institucionales relacionados con la seguridad e interés nacional y los derechos fundamentales de las personas, además de ser necesarios en el marco de una sociedad democrática.

En segundo lugar, no debemos olvidar que las normas sobre límites deben ser interpretadas restrictivamente y no cabe a su respecto la analogía ni interpretativa ni integradora. Ya hemos tenido la oportunidad de insistir sobre este punto en la primera parte de esta investigación. “La regla general en un Estado democrático ha de ser la del mayor acceso posible a la información pública, de manera que cualquier posible denegación de acceso debe interpretarse siempre de forma restrictiva, y sobre la base de excepciones legalmente tasadas”<sup>583</sup>.

## **ii.- Los límites al derecho de acceso a la información pública. Principio de divisibilidad**

En este contexto el artículo 14 de la LTAIBG señala que el derecho de acceso a la información pública “podrá ser limitado cuando acceder a la información suponga un perjuicio” para ciertos bienes jurídicos señalados expresamente en la misma norma. Es así como el acceso a la información pública, a la luz de la LTAIBG, solo puede ser limitado por la seguridad nacional, la defensa, las relaciones exteriores, la seguridad pública, la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o

---

<sup>583</sup> GUTIÉRREZ DAVID, E. Derecho de acceso a la información pública. En *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, N° 6, 2014, pp. 186-196, p. 193.



disciplinarios, la igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva, las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control, los intereses económicos y comerciales, la política económica y monetaria, el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial, la garantía de confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión y la protección del medio ambiente.

Resulta preocupante constatar cómo el legislador de la LTAIBG ha decidido aumentar las hipótesis que justifican límites al ejercicio del derecho en relación a la propia Constitución<sup>584</sup>. Recordemos que el texto constitucional en el artículo 105.b) encarga al legislador regular el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos con las excepciones relativas a la seguridad y defensa del Estado, averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.

Como es posible apreciar, el artículo 14 genera una importante contradicción en la misma LTAIBG, toda vez que en su preámbulo se establece que este derecho solamente se verá limitado en aquellos casos en que así sea necesario por la propia naturaleza de la información –derivado de lo dispuesto en la Constitución española– o por su entrada en conflicto con otros intereses protegidos. En este caso, el punto en discordia radica que de la lectura de la Constitución no se vislumbra que el legislador tenga competencia para ampliar las hipótesis constitucionales (cosa que por cierto quedaría mucho más clara si el derecho de acceso a la información pública tuviese el rango de derecho fundamental). En otras palabras, consideramos

---

<sup>584</sup> En todo caso es preciso indicar que para algunos autores el aumento de los supuestos de límite al ejercicio del derecho no reconoce mayor inconveniente en la medida que éstos se interpreten restrictivamente y que se aplicación esté justificada y sea proporcional al objeto y finalidad del bien que se quiera proteger. Ver: PIÑAR MAÑAS, J.L. Derecho de acceso a la información pública. Régimen general. En WENCES, I., KÖLLING, M. y RAGONE, S. (coords). *La Ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno. Una perspectiva académica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, pp. 35-59, pp. 47-48.

que resulta a lo menos cuestionable que el legislador de la LTAIBG esté dotado de competencia para agregar esos otros “*intereses protegidos*” que justifiquen la no liberación de la información solicitada.

El legislador establece una importante regla para la aplicación de estos límites, queriendo de alguna manera, atenuar la discrecionalidad entregada a los sujetos pasivos del derecho. El apartado 2 del artículo 14 señala que “la aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso”.

También dispone la LTAIBG, en el apartado 3 del artículo 14, que aquellas resoluciones que se dicten en conformidad a la regla anterior en la aplicación del mismo, “serán objeto de publicidad previa disociación de los datos de carácter personal que contuvieran y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 20, una vez que hayan sido notificadas a los interesados”.

Finalmente, a propósito de este punto, no debemos dejar de considerar que la LTAIBG consagra el principio de divisibilidad bajo la forma de un acceso parcial. Es así como, “en los casos en que la aplicación de alguno de los límites previstos en el artículo 14 no afecte la totalidad de la información, se concederá el acceso parcial previa omisión de la información afectada por el límite salvo que de ello resulte una información distorsionada o que carezca de sentido. En este caso, deberá indicarse al solicitante que parte de la información ha sido omitida”.

Sin perjuicio de lo anterior, la referencia que hace el mencionado

artículo 14.2 al interés privado superior al que protegen los límites previstos en la LTAIBG, y que puede fundamentar el acceso, no ha sido bien acogido por la doctrina. Así, GUICHOT REINA señala que “el derecho de acceso no es un derecho instrumental al servicio de la protección de otros derechos, sino un derecho autónomo al servicio de la transparencia, la participación y el control de la actuación pública, conectado con el Estado democrático y, por ende, al margen de cualquier distinción en función de la motivación que pueda tener el solicitante. Dicho de otro modo, el único parámetro con el que confrontar la protección de los límites es el valor que para la sociedad tiene el conocimiento de la información, un juicio abstracto desvinculado por completo de la cualidad y motivación del solicitante”<sup>585</sup>.

El propio GUICHOT REINA sostiene que la referencia al interés privado superior que hace la LTAIBG “es contraria a principios bien asentados y muy generalizados en el Derecho supranacional y comparado, y supone un grave desconocimiento del fundamento del derecho de acceso”<sup>586</sup>, que como ya se ha dicho, no es el de ser un instrumento al servicio de la protección de otros derechos, sino un derecho autónomo al servicio de la transparencia, la participación y el control ciudadano en un sistema democrático.

Por otro lado, también resulta cuestionable que el artículo 15.3 de la LTAIBG menciona entre los criterios de ponderación en el apartado b), “la justificación por los solicitantes de su petición en el ejercicio de un derecho o el hecho de que tengan la condición de investigadores y motiven el acceso en fines históricos, científicos o estadísticos”, puesto que en este caso el legislador de alguna manera se acerca a la exigencia de motivación, a lo

---

<sup>585</sup> GUICHOT REINA, E. *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: Estudios de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*. Madrid: Tecnos, 2014, pp. 118-119.

<sup>586</sup> GUICHOT REINA, E. *La nueva ley...*, ob. cit., p. 100.

menos para facilitar la entrega de la información requerida.

En otras palabras, la invitación del legislador es justificar y motivar la solicitud para que en la labor de ponderación la autoridad requerida puede decidir la liberación de la misma, cuestión que a nuestro juicio es incompatible con los estándares mínimos en la configuración de este derecho.

### **iii.- Protección de datos personales**

La LTAIBG se preocupa de compatibilizar el derecho de acceso a la información pública con la protección de datos personales configurada en la Ley Orgánica N° 15/1999, de 13 de diciembre. De tal forma, el artículo 15 de la LTAIBG en su apartado 1 dispone que para el evento de que la información solicitada contuviera datos de carácter personal especialmente protegidos en la Ley N° 15/1999<sup>587</sup>, “el acceso únicamente se podrá autorizar en caso de que se contase con el consentimiento expreso y por escrito del afectado, a menos que dicho afectado hubiese hecho manifiestamente públicos los datos con anterioridad a que se solicitase el acceso”.

Ahora bien, “si la información incluyese datos especialmente protegidos a los que se refiere el apartado 3 del artículo 7 de la Ley Orgánica

---

<sup>587</sup> Los datos a que se refiere el artículo 15.1 de la Ley de Transparencia son los contenidos en el artículo 7.2 de la Ley 15/1999, a saber: “solo con el consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias. Se exceptúan los ficheros mantenidos por los partidos políticos, sindicatos, iglesias, confesiones o comunidades religiosas y asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, en cuanto a los datos relativos a sus asociados o miembros, sin perjuicio de que la cesión de dichos datos precisará siempre el previo consentimiento del afectado”.

15/1999, de 13 de diciembre<sup>588</sup>, o datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas que no conllevaran la amonestación pública al infractor, el acceso solo se podrá autorizar en caso de que se cuente con el consentimiento expreso del afectado o si aquél estuviera amparado por una norma con rango de ley”.

El apartado 2 del mencionado artículo 15 de la LTAIBG, se encarga de señalar que “con carácter general, y salvo que en el caso concreto prevalezca la protección de datos personales u otros derechos constitucionalmente protegidos sobre el interés público en la divulgación que lo impida, se concederá el acceso a información que contenga datos meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano”.

Para el evento que la información solicitada no contuviera datos especialmente protegidos, el órgano al que se dirija la solicitud concederá el acceso previa ponderación suficientemente razonada del interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la información solicitada, en particular su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal”.

De acuerdo al artículo 15.3, para llevar a cabo la ponderación señalada precedentemente, el órgano requerido de entregar la información tomará particularmente (no exclusivamente) en consideración los siguientes criterios, a saber: el menor perjuicio a los afectados derivado del transcurso de los plazos establecidos en el artículo 57 de la Ley N° 16/1985, de 25 de

---

<sup>588</sup> “Los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual solo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente”.

junio, del Patrimonio Histórico Español<sup>589</sup>; la justificación por los solicitantes de su petición en el ejercicio de un derecho o el hecho de que tengan las condición de investigadores y motiven el acceso en fines históricos, científicos o estadísticos; el menor perjuicio de los derechos de los afectados en caso de que los documentos únicamente contuviesen datos de carácter meramente identificativo de aquéllos; y, la mayor garantía de los derechos de los afectados en caso de que los datos contenidos en el documento puedan afectar su intimidad o a su seguridad, o se refieran a menores de edad.

El artículo 15.4 de la LTAIBG prescribe que “no será aplicable lo establecido en los apartados anteriores si el acceso se efectúa previa disociación de los datos de carácter personal de modo que se impida la identificación de las personas afectadas”.

Finalmente, el apartado 5 del citado artículo 15 de la LTAIBG, dispone

---

<sup>589</sup> “1. La consulta de los documentos constitutivos del Patrimonio Documental Español a que se refiere el artículo 49.2 se atenderá a las siguientes reglas: a) Con carácter general, tales documentos, concluida su tramitación y depositados y registrados en los Archivos centrales de las correspondientes entidades de Derecho Público, conforme a las normas que se establezcan por vía reglamentaria, serán de libre consulta a no ser que afecten a materias clasificadas de acuerdo con la Ley de Secretos Oficiales o no deban ser públicamente conocidos por disposición expresa de la Ley, o que la difusión de su contenido pueda entrañar riesgos para la seguridad y la Defensa del Estado o la averiguación de los delitos. b) No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cabrá solicitar autorización administrativa para tener acceso a los documentos excluidos de consulta pública. Dicha autorización podrá ser concedida, en los casos de documentos secretos o reservados, por la Autoridad que hizo la respectiva declaración, y en los demás casos, por el Jefe del Departamento encargado de su custodia. c) Los documentos que contengan datos personales de carácter policial, procesal, clínico o de cualquier otra índole que puedan afectar a la seguridad de las personas, a su honor, a la intimidad de su vida privada y familiar y a su propia imagen, no podrán ser públicamente consultados sin que medie consentimiento expreso de los afectados o hasta que haya transcurrido un plazo de veinticinco años desde su muerte, si su fecha es conocida o, en otro caso, de cincuenta años a partir de la fecha de los documentos. 2. Reglamentariamente se establecerán las condiciones para la realización de la consulta de los documentos a que se refiere este artículo, así como para la obtención de reproducciones de los mismos”.

que “la normativa de protección de datos personales será de aplicación al tratamiento posterior de los obtenidos a través del ejercicio del derecho de acceso”.

En relación con la regulación legal de la protección de datos personales como límite al ejercicio del derecho de acceso a la información pública, RIDAO MARTÍN sostiene que, si por un lado se debe admitir que no hay derechos fundamentales absolutos también se debe aceptar que tampoco los límites que se establezcan al ejercicio de estos derechos deben ser absolutos. Y en este caso, a propósito del tratamiento de la protección a los datos personales, sostiene, “no hay duda que la Ley resulta contradictoria con la tendencia europea a tasar de forma prolija los distintos supuestos exentos. No hay más que ver como la colisión entre el derecho de acceso a la información y la protección de datos personales se resuelve en la Ley dando preferencia a ésta última, de donde puede inferirse que, en la práctica, se configura una especie de «derecho fundamental a la participación anónima en actividades públicas»”<sup>590</sup>.

En definitiva, esta regulación tiene el mérito de tratar de establecer pautas para llevar a cabo una ponderación de derechos e intereses en disputa, dotando de una herramienta de juicio a los operadores; sin embargo, “el derecho de protección de datos –e incluso la intimidad– parecen estar en una posición de prevalencia exagerada que solo podrá ser corregida por una interpretación jurídica que tenga en cuenta el carácter fundamental del acceso a la información pública”<sup>591</sup>.

En este último sentido el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno

---

<sup>590</sup> RIDAO MARTÍN, J. Las recientes medidas..., ob. cit., p. 291.

<sup>591</sup> COTINO HUESO, L. La nueva ley..., ob. cit., p. 252.

ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre asuntos que permitirán ir determinando el sentido y alcance a las normas contenidas en esta parte de la LTAIBG. Así, a propósito de la publicidad de las relaciones de puestos de trabajo, catálogos, plantillas orgánicas, etc., y las respectivas retribuciones de los empleados o funcionarios de los órganos, organismos y entidades del sector público estatal ha sostenido que “cuando la información solicitada no incluya la identificación de los perceptores, con carácter general debe facilitarse la cuantía global correspondiente al órgano, centro u organismo de que se trate y cuando incluya la identificación de todos o algunos de sus perceptores, debe realizarse la ponderación de intereses y derechos prevista en el artículo 15.3 de la LTAIBG y resolverse a los criterios expuestos en los mencionados apartados”<sup>592</sup>.

En relación con el estatuto de límites al ejercicio del derecho de acceso a la información pública la LTAIBG recoge en su artículo 14 cuáles son éstos y cuáles podrán ser aplicados, centrándose en su artículo 15 en el caso concreto de la concurrencia con el derecho a la protección de datos personales, estableciendo el criterio de la ponderación como regla general. Esta indeterminación, así como el elevado número de supuestos en los que se puede denegar el acceso a la información pública y limitar la transparencia, haciendo de la excepción la regla, permite afirmar que la LTAIBG no es lo perfecta que se esperaba ni fomenta la transparencia, dice la profesora ARENAS RAMIRO<sup>593</sup>.

---

<sup>592</sup> CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO. Criterio Interpretativo N° CI/002/2015, *Causas de inadmisión de solicitudes de información: información de carácter auxiliar o de apoyo*, de 24/06/2015.

<sup>593</sup> ARENAS RAMINO, M. Transparencia, acceso a la información pública y democracia: elementos inseparables. En *Transparencia y Sociedad*, N° 4, 2016, pp. 113-131, p. 122.



#### **iv.- Primeras aproximaciones del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno en relación al sentido y alcance de las normas de la Ley de Transparencia sobre límites al derecho de acceso a la información pública y su operatividad**

Sin lugar a dudas que el éxito de una legislación como la contenida en la LTAIBG depende en gran medida del sentido y alcance que le den los operadores jurídicos a las normas que establecen límites. Su determinación no es una cuestión que deba ser entregada a la discrecionalidad del órgano requerido a la liberación de la información. Se precisa uniformidad. El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno entiende esta necesidad es por ello que desde sus primeras decisiones y criterios interpretativos se encarga de ir precisando y uniformando estos límites, actividad por cierto que deberá irse perfeccionando con el transcurso del tiempo.

Por ahora, es posible detectar ya algunas claras líneas jurisprudenciales. Así es primer lugar se establece que los límites contenidos en los artículo 14 y 15 de la LTAIBG, de conformidad con el artículo 5.3 de la misma, son plenamente aplicables a las obligaciones de publicidad activa regulados en la norma<sup>594</sup>.

En relación con la interpretación y aplicación de los artículos 14 y 15 de la LTAIBG el CTBG desde sus primeras resoluciones<sup>595</sup> recaídas en reclamaciones deducidas al amparo del artículo 4 de la LTAIBG ha ido estableciendo una doctrina que se resume en los siguientes puntos:

---

<sup>594</sup> CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO. Criterio Interpretativo N° CI/006/2015, Aplicación de los límites al derecho de acceso a la información, de 24/06/2015.

<sup>595</sup> CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO. R/0010/2015, de 06/05/2015, fundamento jurídico 2 y 3.

i.- La transparencia no puede entenderse como un valor absoluto que ponga en peligro la protección de otros bienes o intereses jurídicos, de carácter público o privados, también dignos de protección.

ii.- La aplicación de estos límites no puede ser realizada con carácter general, de tal manera que favorezcan denegaciones de acceso a la información sobre una base puramente material, por el tema sobre el que verse la información solicitada, sino que expresamente la norma determina que la aplicación de los límites no es automática, sino que podrá realizarse cuando el acceso suponga un perjuicio para algunos de los bienes o intereses a los que se refiere el artículo 14.1 de la LTAIBG, esta aplicación será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias de un interés público o privado superior que justifique el acceso.

iii.- Atendidas las consideraciones anteriores, es posible concluir que la denegación de la información solicitada debe argumentarse en base a un perjuicio real o razonablemente previsible y no meramente hipotético a algunos de los bienes e intereses del artículo 14.1 (test de daño); debe ser justificada y proporcionada aplicando, en su caso, la posibilidad de conceder el acceso parcial previsto en la norma; y deberá atender a las circunstancias del caso concreto y, especialmente al hecho de que, aún pudiendo producirse un perjuicio con el acceso a la información, exista un interés superior ante el que ceda el límite que se pretenda aplicar (test del interés superior).

iv.- Se establece por parte del Consejo que en cualquier caso si no cupiera el otorgamiento del acceso a la totalidad de la información una vez hechas las valoraciones anunciadas, se concederá acceso parcial previa omisión de la información afectada por el límite salvo que de ello resulte una

información distorsionada o que carezca de sentido”. En este último caso, siempre “deberá indicarse al solicitante que parte de la información ha sido omitida.

### **c.- Sobre el ejercicio del derecho**

En términos generales el procedimiento de acceso se encuentra estructurado en base a una solicitud, una posterior y eventual reclamación administrativa (de tipo potestativa) al Consejo para la Transparencia y el acceso ordinario a la vía jurisdiccional contenciosa-administrativa<sup>596</sup>.

#### **i.- Solicitud**

De acuerdo al artículo 17 de la LTAIBG, el procedimiento administrativo para el ejercicio del derecho de acceso a la información pública en los términos de la ley se iniciará con una solicitud.

Esta solicitud de acceso se debe dirigir al titular del órgano administrativo o entidad que posea la información. Cuando se trate de información en poder de diversas personas físicas o jurídicas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas, la solicitud será dirigida a la Administración, organismo o entidades de las previstas en el artículo 2.1 a las que se encuentren vinculadas.

La solicitud de acceso debe cumplir con ciertos requisitos que

---

<sup>596</sup> Debemos considerar que de acuerdo a lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, disposición adicional primer: “los procedimientos administrativos regulados en leyes especiales por razón de la materia que no exijan alguno de los trámites previstos en esta Ley o regulen trámites adicionales o distintos se regirán, respecto a éstos, por lo dispuesto en dichas leyes especiales”.

permitan tener constancia de: la identidad del solicitante, la información que se solicita, una dirección de contacto, preferentemente electrónica, a efecto de comunicaciones, y, en su caso, la modalidad que se prefiera para acceder a la información solicitada.

La LTAIBG en principio no deja entrever la posibilidad de formular la solicitud de acceso de manera verbal. Sin embargo, consideramos que esta afirmación no resulta tan clara. En efecto, el artículo 17.1 de la LTAIBG señala que el procedimiento de acceso se iniciará con la correspondiente solicitud sin indicar la obligación de ser ésta escrita y el apartado 2 del mismo artículo 17 dice que “la solicitud podrá presentarse por cualquier medio que permita tener constancia...”. A la luz del principio de facilitación que debe estar presente en la aplicación de una normativa de este tipo, creemos que el solicitante puede formular en forma verbal su solicitud sin perjuicio de que en la propia Administración se haga constar por escrito.

Una cuestión fundamental recogida expresamente en la LTAIBG tiene relación con la no exigencia de motivación para acceder a la información pública. El artículo 17.3 establece que “el solicitante no está obligado a motivar su solicitud de acceso a la información”. Lo anterior, no obsta para que pueda exponer los motivos por los que se solicita la información y que podrán ser tenidos en cuenta cuando se dicte la resolución. A pesar de esto, la ausencia de motivación no será por si sola causa de rechazo de la solicitud.

Así, “el solicitante no está obligado a motivar su solicitud de acceso a la información, lo que trae causa en buena parte de la universalización del derecho ante el que nos hallamos frente a las anteriores exigencias de la LRJPAC”<sup>597</sup>.

---

<sup>597</sup> MESEGUER YEBRA, J. El procedimiento administrativo..., ob. cit., p. 15.

La solución adoptada por el Legislador de la LTAIBG, es totalmente armónica con las tendencias legislativas sobre derecho de acceso a la información y las normas internacionales que regulan estas materias. A modo de ejemplo, el Convenio Europeo sobre Acceso a los Documentos Públicos indica expresamente en su artículo 4.1 que “un solicitante no podrá ser obligado a dar sus razones para tener acceso a un documento oficial”.

En la primera parte de esta investigación hemos llamado la atención de la “ausencia de motivación” como elemento esencial para configurar adecuadamente cualquier regulación del derecho de acceso a la información pública. A pesar de lo anterior, la doctrina española, si bien reconoce el valor que tiene que la regulación legal del derecho no exija al ciudadano requirente de información motivar su solicitud, de todas maneras se muestra crítica, pues si no es necesario fundamentar o motivar la solicitud, no tiene mucho sentido que las motivaciones que se puedan formular se tengan en consideración al resolver la misma. Plantea MESEGUER YEBRA que a pesar de la declaración legal de ausencia de exposición de motivos, “lo cierto es que si echamos una mirada a los artículos 14.2 y 15.3 de la Ley podemos apreciar claramente que los motivos o intereses que se expliciten en la solicitud para fundamentar el acceso a la información pueden llegar a ser relevantes, ya que pueden tomarse en cuenta como criterio de ponderación”<sup>598</sup>.

Por último, el artículo 17.4 faculta a los solicitantes “dirigirse a las Administraciones Públicas en cualquiera de las lenguas cooficiales del Estado en el territorio en el que radique la Administración en cuestión”.

---

<sup>598</sup> *Ídem*.

## ii.- Inadmisión

El artículo 18 de la LTAIBG señala las causales de inadmisión de tramitación de solicitudes de acceso. Cabe advertir, que la decisión de admitir a trámite una solicitud no implica necesariamente que la información será entregada al requirente. En cualquier caso, la no admisión a trámite de una solicitud debe ser siempre motivada. La fundamentación en este sentido es imprescindible para evitar arbitrariedades.

Las causales de inadmisión tienen relación con solicitudes que se refieran a información que esté en curso de elaboración o de publicación general; referidas a información que tenga carácter auxiliar o de apoyo como la contenida en notas, borradores, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas; relativas a información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración, dirigidas a un órgano en cuyo poder no obre la información cuando se desconozca el competente; y, que sean manifiestamente repetitivas o tengan un carácter abusivo no justificado con la finalidad de transparencia de la LTAIBG.

A nuestro entender esta norma constituye una grave contradicción en la LTAIBG. En efecto, mucha información pública relevante, especialmente para que opere el control ciudadano sobre la actividad de la Administración, suele estar contenida en notas, resúmenes, comunicaciones e informes internos, etc., por lo mismo, permitir la inadmisión de solicitudes de acceso sobre este tipo de información, constituye un verdadero límite al ejercicio del derecho. Señala GUICHOT REINA<sup>599</sup> en relación con este supuesto de

---

<sup>599</sup> GUICHOT REINA, E. Ejercicio del derecho de acceso a la información pública y régimen de impugnaciones. En WENCES, I., KÖLLING, M. y RAGONE, S. (coords). *La Ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno. Una perspectiva académica*. Madrid: Centro de

inadmisión que el criterio general de exclusión “información de carácter auxiliar o de apoyo”, parece razonable, sin embargo, la ejemplificación de los informes internos ha sido objeto de críticas, en la medida en que, por su ambigüedad, puede dar lugar a abusos.

El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno ha debido precisar el alcance de esta disposición, especialmente en lo que se refiere al sentido y alcance que se debe dar a la expresión “informe de carácter auxiliar o de apoyo”. Es así como ha sostenido que “teniendo en cuenta la redacción del artículo 18.1.b), cabe concluir que es la condición de información auxiliar o de apoyo la que permitirá, de forma motivada y concreta invocar la aplicación de la causa de exclusión, siendo la enumeración referida a notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos administrativos, una mera ejemplificación que, en ningún caso, afecta a todos los conceptos enumerados sino a aquellos que tenga la condición principal de auxiliar o de apoyo”<sup>600</sup>. Entiende el Consejo, que es el carácter auxiliar o de apoyo de este tipo de información el que autoriza la inadmisión y no el hecho de que la información conste en una nota, borrador, resumen, informe interno, etc. Además, será el órgano que esgrima la concurrencia de esta situación quien deberá fundamentar este carácter de auxiliar o de apoyo.

Además, aclara el Consejo que se debe entender que una solicitud de información auxiliar o de apoyo, como la contenida en estas notas, borradores, etc., podrá ser declarada inadmitida a trámite cuando se den, entre otras, alguna de las siguientes circunstancias, a saber: cuando en ellas

---

Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, pp. 61-79, pp. 67-68.

<sup>600</sup> CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO. Criterio Interpretativo N° CI/006/2015, *Causas de inadmisión de solicitudes de información: información de carácter auxiliar o de apoyo*, de 12/11/2015.

se contengan opiniones o valoraciones personales del autor que no manifiesten la posición de un órgano o entidad; cuando lo solicitado sea un texto preliminar o borrador sin la consideración final o se trate de información preparatoria de la actividad del órgano o entidad que recibe la solicitud, también cuando la solicitud se refiera a comunicaciones internas que no constituyan trámites del procedimiento y por último cuando se trate de informes no preceptivos y que no sean incorporados como motivación de una decisión final.

El Consejo insiste reiteradamente en la necesidad de que la inadmisión se encuentre fundada debidamente. “La decisión de inadmisión a trámite habrá de ser motivada en relación con el caso concreto y hará expresión de las causas materiales y los elementos jurídicos en los que se sustenta”<sup>601</sup>. Es por ello que el CTBG ha entendido que “no podría considerarse como motivación en ningún caso, el limitarse a indicar que se consideran de aplicación no solo una sino dos causas de inadmisión como hace el Ministerio de Economía y Competitividad en este caso. Es, por lo tanto, totalmente incompatible con la norma, no solo en su literalidad sino también en su espíritu, el no argumentar, siquiera mínimamente, las razones por las que se considera que no se puede tramitar una solicitud de acceso a la información”<sup>602</sup>.

El apartado 4 del artículo 18 de la LTAIBG establece que para el evento que no se admita a tramitación una solicitud de acceso por versar ésta sobre información que no obra en poder del órgano requerido y desconozca el órgano competente, de todas formas “el órgano que acuerde la

---

<sup>601</sup> CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO. Criterio Interpretativo N° CI/007/2015, *Causas de inadmisión de solicitudes de información: relativas a información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración*, de 12/11/2015.

<sup>602</sup> CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO. R/0171/2015, de 04/09/2015, fundamento jurídico 4.



inadmisión deberá indicar en la resolución el órgano que, a su juicio, es competente para conocer de la solicitud”.

Finalmente, el Consejo comienza en sus primeras decisiones a sustentar una correcta doctrina interpretativa, a lo menos, de esta normativa. Es así como en la conclusión del CI/006/2015 señala expresamente que las causas de inadmisión establecidas en la LTAIBG tienen que ser interpretadas a la luz de lo expresado en el Preámbulo de la propia Ley, que señala que “solo cuando la acción de los responsables públicos se someta a escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, como se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones podemos hablar del inicio de un proceso en que los poderes públicos comienzan a responder a una sociedad que es crítica, exigente y que demanda participación de los poderes públicos”.

### **iii.- Sobre la tramitación y resolución de la solicitud de acceso**

Recibida la solicitud, si ésta se refiere a información que no obre en poder del sujeto a la que se dirige, éste la remitirá al órgano competente, si lo conociera, e informará de esta circunstancia al solicitante. Así lo dispone el artículo 19.1 de la LTAIBG.

El artículo 19.2 establece que “cuando la solicitud no identifique en forma suficiente la información, se pedirá al solicitante que la concrete dentro de un plazo de diez días<sup>603</sup>, con indicación de que, en caso no hacerlo, se le tendrá por desistido, así como la suspensión del plazo para dictar la

---

<sup>603</sup> Ante el silencio de la LTAIBG, y por aplicación supletoria de la Ley 39/2015, artículo 30.3 “los plazos expresados en días se contarán a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación o publicación del acto de que se trate, o desde el siguiente a aquel en que se produzca la estimación o desestimación por silencio administrativo”.

resolución”.

Por otro lado, si la información solicitada pudiera afectar a derechos o intereses de terceros, debidamente identificados, dispone el apartado 3 del artículo 19, se les concederá un plazo de quince días para que puedan realizar las alegaciones que estimen oportunas”. En todo caso, el solicitante debe ser siempre informado de esta circunstancia, así como de la suspensión del plazo para dictar resolución hasta que se hayan recibido las alegaciones o haya transcurrido el plazo para su presentación”.

En el caso del traslado a terceros se puede producir un inconveniente práctico pues es muy posible que los datos de contacto de los mismos no se encuentren actualizados y no puedan ser obtenidos para poder efectuar el trámite. MESEGUER YEBRA plantea que en caso de producirse este supuesto, “la disociación de los datos personales será la alternativa más factible a la que habrá que recurrir”<sup>604</sup>.

Finalmente, el artículo 19.4 contiene la regla que prescribe que “cuando la información objeto de la solicitud, aun obrando en poder del sujeto al que se dirige, haya sido elaborada o generada en su integridad o parte principal por otro, se le remitirá la solicitud a éste para que decida sobre el acceso”.

Sobre este último punto, consideramos que esta regla obstaculiza innecesariamente el ejercicio del derecho de acceso. Sin embargo, su explicación resulta coherente con el desafortunado artículo 13, que para catalogar una información como pública, establece el doble requisito de que ésta obre en poder del órgano requerido y que haya sido elaborada o

---

<sup>604</sup> MESEGUER YEBRA, J. El procedimiento administrativo..., ob. cit., p. 14.

adquirida en el ejercicio de sus funciones. Aun cuando, si la información solicitada no fue elaborada por el órgano requerido pero sí adquirida en el ejercicio de sus funciones, no se entiende ni justifica la exigencia impuesta por este 19.4. En el mismo sentido advierte MESEGUER YEBRA que esta disposición alberga una previsión muy cuestionada, “ya que de acuerdo con la definición de información pública, la información, una vez adoptada por un sujeto obligado por la ley en el ejercicio de sus funciones, pasa a ser de su propiedad”<sup>605</sup> lo que se traduce en una traba injustificada el ejercicio del derecho.

Insistimos en la idea que en este caso no se entiende muy bien, que aquel que haya elaborado dicha información originariamente tenga que decidir si el sujeto al que le ha cedido la información debe o no facilitarla al requirente, siempre que se haga desde el respeto a la protección de datos personales, que ya se encuentran suficientemente garantizados en otras disposición de la Ley. Para MESEGUER YEBRA “la única razón que puede justificar este traslado competencial es entender que solo quien ha elaborado la información está en condiciones óptimas – casi únicas – para efectuar la ponderación de los intereses a que hacen referencia los artículos 14 y 15 de la Ley, o para cumplimentar el trámite de audiencia a que hace referencia el apartado 3 de este artículo 19, por poseer los datos precisos y actualizados para poder llevarlo a efecto”<sup>606</sup>.

En cuanto a la resolución que se pronuncia sobre la solicitud de acceso a la información, el artículo 20.1 ordena que ella se notificada al solicitante y a los terceros afectados que así lo hayan solicitado en un plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud por el órgano competente para

---

<sup>605</sup> MESEGUER YEBRA, J. El procedimiento administrativo..., ob. cit., p. 22.

<sup>606</sup> MESEGUER YEBRA, J. El procedimiento administrativo..., ob. cit., p. 23.

resolver. Es posible ampliar este plazo por otro mes en el caso de que el volumen o complejidad de la información que se haya solicitado lo hagan necesario, debiendo notificar previamente al solicitante de esta medida.

Sobre este último este punto ha establecido el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno<sup>607</sup> que “la mencionada notificación a los interesados se deberá realizar antes de que expire el plazo general de un mes que señala la Ley” y que “la excepción del plazo, además de notificada con carácter previo habrá de ser motivada, con expresión de las circunstancias concretas que justifiquen la ampliación del plazo general, sus causas materiales y sus elementos jurídicos”, y para el evento de “no haberse notificado con carácter previo la ampliación, el particular puede entender desestimada” la solicitud, “sin perjuicio de que la Administración pueda posteriormente remitir la información”.

El artículo 20.2 dispone por su parte la obligación de fundamentar la resolución que se pronuncia sobre la solicitud de acceso, en la medida que ella no sea totalmente favorable para el requirente o afecten a terceros que hayan ejercido su derecho de oposición. Así la norma señala que “serán motivadas las resoluciones que denieguen el acceso, las que concedan el acceso parcial o a través de una modalidad distinta a la solicitada y las que permitan el acceso cuando haya habido oposición de un tercero. En este último supuesto, se indicará expresamente al interesado que el acceso solo tendrá lugar cuando haya transcurrido el plazo del artículo 22.2” de la misma Ley.

Ahora bien, “cuando la mera indicación de la existencia o no de la

---

<sup>607</sup> CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO. Criterio Interpretativo N° CI/002/2015, *Aplicación de los límites al derecho de acceso a la información*, de 24/06/2015.

información supusiera la vulneración de alguno de los límites al acceso se indicará esta circunstancia al desestimarse la solicitud”, así lo dispone el artículo 20.3 de la LTAIBG.

La LTAIBG también recoge la institución del silencio negativo al señalar que “transcurrido el plazo máximo para resolver sin que se haya dictado y notificado resolución expresa se entenderá que la solicitud ha sido desestimada”.

Las resoluciones dictadas en materia de acceso a la información pública son recurribles directamente ante la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa, sin perjuicio de la posibilidad de interposición de la reclamación potestativa ante el Consejo, a la luz del artículo 24 de la LTAIBG. Así lo dispone el artículo 20.5.

Finalmente, el mismo artículo 20 en su apartado 6 dispone que “el incumplimiento reiterado de la obligación de resolver en plazo tendrá la consideración de infracción grave a los efectos de la aplicación a sus responsables del régimen disciplinario previsto en la correspondiente normativa reguladora”.

Con el objeto de apoyar el procesamiento de las solicitudes de entrega de información solicitada, la LTAIBG, prevé la creación de las llamadas “Unidades de información”. El artículo 21 de la misma dispone que “las Administraciones Públicas incluidas en el ámbito de aplicación de este título establecerán sistemas para integrar la gestión de solicitudes de información de los ciudadanos en el funcionamiento de su organización interna”.

Por su parte, dispone el apartado 2 del citado artículo 21 que en el

contexto de la Administración General del Estado, existirán unidades especializadas que tendrán las siguientes funciones: recabar y difundir la información a la que se refiere el capítulo II del Título I de la LTAIBG; recibir y dar tramitación a las solicitudes de acceso a la información; realizar los trámites internos necesarios para dar acceso a la información solicitada; realizar el seguimiento y control de la correcta tramitación de las solicitudes de acceso a la información; llevar un registro de las solicitudes de acceso a la información; asegurar la disponibilidad en la respectiva página web o sede electrónica de la información cuyo acceso se solicita con más frecuencia; mantener actualizado un mapa de contenidos en el que queden identificados los distintos tipos de información que obre el poder del órgano; y, todas aquellas que sean necesarias para asegurar una correcta aplicación de las disposiciones de esta Ley.

Por su parte, dispone el artículo 21.3 que “el resto de las entidades incluidas en el ámbito de aplicación de este título identificarán claramente el órgano competente para conocer de las solicitudes de acceso”.

El artículo 22 de la LTAIBG fija una serie de reglas encaminadas a ilustrar la manera como se concretará el acceso una vez liberada la información. Es así como en primer lugar se establece que el acceso a la información se realizará preferentemente por vía electrónica, a menos que ello no sea posible o el solicitante haya señalado expresamente otro medio. Por su parte, para el evento que se haya verificado la oposición de un tercero dentro del procedimiento de acceso, éste solo tendrá lugar cuando, habiéndose concedido dicho acceso, haya transcurrido el plazo para interponer recurso contencioso administrativo sin que se haya formalizado o haya sido resuelto confirmando el derecho a recibir la información.

Para el caso en que la información ya haya sido publicada, la resolución que se pronuncia sobre la solicitud de acceso podrá limitarse a indicar al solicitante cómo acceder a ella. Por último, el acceso a la información será gratuito sin perjuicio del pago que se tenga que realizar para costear las copias. Sin embargo, sobre este punto en particular es necesario tener en cuenta que el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno ha indicado que “el hecho de que una información solicitada por cualquier persona se encuentre en publicidad activa, no exime de la obligación de dar una respuesta concreta en los plazos y condiciones que señale la Ley”<sup>608</sup>.

El Consejo especifica aún más sobre el punto referido precedentemente, estableciendo que “en caso de que el sujeto que realiza la solicitud haya manifestado su voluntad de relacionarse de forma no electrónica con la Administración, la información se habrá de servir íntegramente por el medio que haya escogido en la solicitud de información, sin remisión a ninguna plataforma o dirección genérica ni previa colgada en la red”<sup>609</sup>, por tanto, solo en la medida que el solicitante no haya “optado por ningún sistema específico de relación con la Administración o ha optado por relacionarse por medios electrónicos, sería de aplicación el artículo 22.3 y se procedería a la indicación del lugar web donde la información se encuentra en publicidad activa”<sup>610</sup>. Sin embargo, advierte el Consejo, “en ningún caso será suficiente únicamente la remisión genérica al portal o a la sede o página web correspondiente”<sup>611</sup>. La respuesta, afirma el Consejo debe ser concreta, pudiendo ésta “redireccionarle a la información de publicidad activa siempre

---

<sup>608</sup> CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO. Criterio Interpretativo N° CI/009/2015, *Actuación del órgano o unidad competente, cuando en el ejercicio del derecho de acceso a la información se solicite por los interesados información ya objeto de publicidad activa por el organismos de que se trate*, de 12/11/2015.

<sup>609</sup> *Ídem*.

<sup>610</sup> *Ídem*.

<sup>611</sup> *Ídem*.

que tal información satisfaga totalmente la información solicitada pero deberá señalar expresamente el link que accede a la información y, dentro de este, los epígrafes, capítulos, datos e informaciones exactas que se refieran a lo solicitado, siendo requisito que la remisión sea precisa y concreta y lleve, de forma inequívoca, rápida y directa a la información sin necesidad de requisitos previos, ni de sucesivas búsquedas”<sup>612</sup>.

Por último, sostiene el Consejo, siempre en propósito de simplificar el acceso a la persona solicitante, que “si por sus características –especialmente de complejidad o volumen–, la información fuera difícilmente suministrable en un soporte no electrónico, la Administración contactará con el solicitante para, bien mediante concreción de los datos, bien mediante comparecencia, bien por su aceptación de un sistema o soporte electrónico (CD, remisión a un correo, etc.) pudiera ver satisfecho su derecho”<sup>613</sup>.

#### **iv.- Régimen de impugnaciones**

El artículo 23 de la LTAIBG establece dos reglas. En primer lugar el apartado 1 de esta disposición indica que “la reclamación prevista en el artículo siguiente tendrá la consideración de sustitutiva de los recursos administrativos de conformidad a lo dispuesto en el artículo 107.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”. Recordemos que esta disposición debe entenderse referida no ya a la Ley 30/1992, la que se encuentra derogada sino a la Ley 39/2015 la que en su artículo 112.2 dispone que “las leyes podrán sustituir el recurso de alzada, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así

---

<sup>612</sup> *Ídem*.

<sup>613</sup> *Ídem*.



lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o Comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas (como sucede con el CTBG), con respecto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a las personas y a los interesados en todo procedimiento administrativo”.

En segundo lugar el apartado 2 del artículo 23 dispone que, sin perjuicio de lo indicado en el apartado anterior, “contra las resoluciones dictadas por los órganos previstos en el artículo 2.1.f) solo cabrá la interposición del recurso contencioso-administrativo”. Es decir, la LTAIBG, excluye expresamente de la competencia del Consejo, relativa al derecho de acceso a la información pública a la “Casa de su Majestad el Rey, el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial, así como el Banco de España, el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas, en sus relaciones sujetas a Derecho Administrativo”<sup>614</sup>.

Según lo dispuesto en el artículo 23 de la LTAIBG la reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno es una reclamación de carácter facultativa y sustitutiva de los recursos administrativos. “De su carácter sustituto de los recursos se colige necesariamente que las resoluciones son ejecutivas, con fuerza pues para revocar las decisiones contra las que se reclama, lo cual, por su importancia, debería no obstante haberse consignado expresamente”<sup>615</sup>. Otros autores no están de acuerdo con la supuesta fuerza

---

<sup>614</sup> En este supuesto al requirente de información solo le cabe acudir a la vía contenciosa administrativa ya que en caso contrario la LTAIBG habría sometido a órganos de naturaleza constitucional y autonómicos a un órgano administrativo comprometiendo de alguna manera el principio de separación de poderes.

<sup>615</sup> GUICHOT REINA, E. Ejercicio del derecho..., ob. cit., p. 77.

ejecutiva de las resoluciones del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. Así MARTÍN DELGADO, plantea que ante el silencio de la Ley y del propio Estatuto del CTBG, “cuando un órgano requerido desobedece una resolución del Consejo, la vía administrativa ha resultado inservible y solo queda la vía judicial con todos los costos de tiempo y recursos que ella involucra”<sup>616</sup>.

En relación con la reclamación ante el Consejo el artículo 24.1 señala que “frente a toda resolución expresa o presunta en materia de acceso podrá interponerse una reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, con carácter potestativo y previo a su impugnación en vía contenciosa administrativa”. La reclamación ante el Consejo presenta una característica importante, su carácter potestativo. Es decir, la reclamación ante el Consejo no es obligatoria. El interesado puede optar ya por la reclamación o bien por la vía contencioso administrativa.

“La reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno es en sí, un verdadero recurso administrativo que responde a la lógica de la impugnación en vía administrativa. La diferencia radica en que, al atribuirse la resolución del mismo a un órgano independiente y especializado en razón a la materia, se rompe la inercia perversa generada en las impugnaciones en que la propia Administración actuante es juez y parte”<sup>617</sup>, en decir, “se cambia la consideración del recurso administrativo como mecanismo interno de control de la Administración y se convierte en una auténtica garantía del ciudadano frente a ésta”<sup>618</sup>. Desde luego que estas venturosas afirmaciones deben ser confirmadas por la realidad de las cosas y con un potenciación en

---

<sup>616</sup> MARTÍN DELGADO, I. La reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno: un instrumento necesario, útil y ¿eficaz?. En LÓPEZ RAMÓN, F. (coord.) *La vías administrativas de recurso a debate. Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*. Zaragoza: Instituto Nacional de Administración Pública, 2016, pp. 369-431, p. 425.

<sup>617</sup> MARTÍN DELGADO, I. La reclamación ante..., ob. cit., p. 402.

<sup>618</sup> *Ídem*.

las facultades ejecutorias y sancionatorias del Consejo.

Según el apartado 2 del artículo 24 de la LTAIBG, la reclamación ante el Consejo se interpondrá en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a la notificación o desde el día siguiente a aquel en que se produzcan los efectos del silencio administrativo. La tramitación de este reclamo se regirá de acuerdo a las reglas de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Es preciso tener presente que de acuerdo a lo dispuesto en la disposición final cuarta de la Ley 39/2015, la referencia que hace el artículo 24.2 de la LTAIBG debe entenderse hecha a ésta.

Ahora bien, “cuando la denegación del acceso a la información se fundamente en la protección de derechos o intereses de terceros se otorgará, previamente a la resolución de la reclamación, trámite de audiencia a las personas que pudieran resultar afectadas para que aleguen lo que a su derecho convenga”.

La LTAIBG establece como plazo máximo para resolver y notificar las resoluciones que recaigan en los procedimientos de reclamación, tres meses, tras los cuales la reclamación se entenderá por desestimada en caso de no existir este pronunciamiento u omitirse la notificación.

De acuerdo al artículo 24.5 de la LTAIBG, “las resoluciones del Consejo para la Transparencia y Buen Gobierno se publicarán, previa disociación de los datos de carácter personal que contuvieran, por medios electrónicos y en los términos en que se establezcan reglamentariamente, una vez que se hayan notificado a los interesados”. Además, el Presidente del Consejo, comunicará al Defensor del Pueblo las resoluciones que dicte en aplicación de este artículo.

Por último, según lo dispuesto en el artículo 24.6 la competencia para conocer de estas reclamaciones corresponderá al Consejo, en la medida que ésta no se encuentre entregada a un órgano específico en las respectivas Comunidades Autónomas, según lo dispuesto en la disposición adicional cuarta de la LTAIBG<sup>619</sup>.

Finalmente, según lo señalado por FERNÁNDEZ RAMOS Y PÉREZ MONGUIÓ<sup>620</sup>, deben entenderse contrarios a la LTAIBG los preceptos legales autonómicos que ordenan la aplicación de los recursos administrativos ordinarios frente a las resoluciones dictadas en materia de acceso a la información pública, como sucede con el artículo 25.1 de la Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura que establece que “las resoluciones dictadas serán objeto de los recursos administrativo y contenciosos administrativos previsto en la legislación que resulte de aplicación”.

---

<sup>619</sup> Disposición adicional cuarta. 1. La resolución de la reclamación prevista en el artículo 24 corresponderá, en los supuestos de resoluciones dictadas por las Administraciones de las Comunidades Autónomas y su sector público, y por las Entidades Locales comprendidas en su ámbito territorial, al órgano independiente que determinen las Comunidades Autónomas. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, contra las resoluciones dictadas por las Asambleas Legislativas y las instituciones análogas al Consejo de Estado, Consejo Económico y Social, Tribunal de Cuentas y Defensor del Pueblo en el caso de esas mismas reclamaciones solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo. 2. Las Comunidades Autónomas podrán atribuir la competencia para la resolución de la reclamación prevista en el artículo 24 al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. A tal efecto, deberán celebrar el correspondiente convenio con la Administración General del Estado, en el que se estipulen las condiciones en que la Comunidad sufragará los gastos derivados de esta asunción de competencias. 3. Las Ciudades con Estatuto de Autonomía podrán designar sus propios órganos independientes o bien atribuir la competencia al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, celebrando al efecto un Convenio en los términos previstos en el apartado anterior.

<sup>620</sup> FERNÁNDEZ RAMOS, S. Y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. Transparencia, acceso a..., ob. cit., pp. 273.

## **6.- Consejo de Transparencia y Buen Gobierno**

El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno es un organismo público, previsto en la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado<sup>621</sup>, creado por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, dotado de personalidad jurídica propia, con plena capacidad de obrar y que actúa con autonomía y plena independencia en el cumplimiento de sus fines.

Según lo dispuesto en el artículo 33.1 de la LTAIBG, el Consejo estará adscrito al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

### **a.- Régimen jurídico aplicable al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno**

En primer lugar, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 39 de la

---

<sup>621</sup> Disposición adicional décima. Régimen jurídico de determinados Organismos públicos. 1. La Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Consejo de Seguridad Nuclear, el Ente Público RTVE, las Universidades no transferidas, la Agencia de Protección de Datos, el Consorcio de la Zona Especial Canaria, la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se regirán por su legislación específica y supletoriamente por esta Ley. El Gobierno y la Administración General del Estado ejercerán respecto de tales Organismos las facultades que la normativa de cada uno de ellos les asigne, en su caso, con estricto respeto a sus correspondientes ámbitos de autonomía. 2. Los Organismos públicos a los que, a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, se les reconozca expresamente por una Ley la independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado, se regirán por su normativa específica en los aspectos precisos para hacer plenamente efectiva dicha independencia o autonomía. En los demás extremos y, en todo caso, en cuanto al régimen de personal, bienes, contratación y presupuestación, ajustarán su regulación a las prescripciones de esta Ley, relativas a los Organismos públicos que, en cada caso resulten procedentes, teniendo en cuenta las características de cada Organismo. 3. En todo caso, los Organismos públicos referidos en los apartados 1 y 2 de esta disposición adicional estarán sujetos a las disposiciones de la Ley General Presupuestaria que les sean de aplicación.

LTAIBG, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno reconoce como primer régimen jurídico la Constitución española. Recordemos que el artículo 9.1 de la Constitución dispone expresamente que “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”.

En segundo lugar, el Consejo regirá sus actuaciones y organización por las normas de la LTAIBG, de 9 de diciembre, su principal estatuto normativo.

Y sin perjuicio, de las normas de la LTAIBG, además el Consejo se regirá: a) las disposiciones de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, que le sean de aplicación. Anualmente elaborará un anteproyecto de presupuesto con la estructura que establezca el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas para su elevación al Gobierno y su posterior integración en los Presupuestos Generales del Estado; b) el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público; c) la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, y, en lo no previsto en ella, por el Derecho Privado en sus adquisiciones patrimoniales; d) la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, y las demás normas aplicables al personal funcionario de la Administración General del Estado, en materia de medios personales; e) la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y por la normativa que le sea de aplicación, en lo no dispuesto por esta Ley, cuando desarrolle sus funciones públicas. En este caso, recordemos, la referencia debe entenderse hecha a la Ley 39/2015 por expresa orden de su disposición cuarta final.

Por su parte, el artículo 39.2 ordena al Consejo de Ministros aprobar

mediante un Real Decreto el Estatuto del Consejo, en donde se establecerá su organización, estructura, funcionamiento, así como todos los aspectos que sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

En estricta concordancia con el mandato legal referido, se ha dictado el Real Decreto 919/2014, de 31 de octubre<sup>622</sup>, por el que aprueba el Estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

Por último el artículo 40 de la LTAIBG dispone que el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno elevara anualmente a las Cortes Generales una memoria sobre el desarrollo de sus actividades y sobre el grado de cumplimiento de la Ley. El Presidente del Consejo comparecerá ante la Comisión correspondiente para dar cuenta de tal memoria, así como cuantas veces sea requerido para ello.

## **b.- Estructura orgánica y funcional del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno**

### **i.- Fines y funciones**

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 34 de la LTAIBG, el Consejo “tiene por finalidad promover la transparencia de la actividad pública, velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad, salvaguardar el ejercicio del derecho de acceso a la información pública y garantizar la observancia de las disposiciones de buen gobierno”.

Para el cumplimiento de sus fines y objetivos la LTAIBG establece para el Consejo una serie de funciones, que se encuentran mencionadas en el

---

<sup>622</sup> Publicado en el BOE N° 268, de 5 de noviembre de 2014.

artículo 38. Estas funciones son: adoptar recomendaciones para el mejor cumplimiento de las obligaciones contenidas en la Ley<sup>623</sup>; asesorar en materia de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; informar preceptivamente los proyectos normativos de carácter estatal que desarrollen esta Ley o que estén relacionados con su objeto; evaluar el grado de aplicación de esta Ley. Para ello, elaborará anualmente una memoria en la que se incluirá información sobre el cumplimiento de las obligaciones previstas y que será presentada ante las Cortes Generales; promover la elaboración de borradores de recomendaciones y de directrices y normas de desarrollo de buenas prácticas en materia de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; promover actividades de formación y sensibilización para un mejor conocimiento de las materias reguladas por la Ley; colaborar en las materias que le son propias, con órganos de naturaleza análoga; y aquellas otras funciones que le sean atribuidas por norma de rango legal o reglamentario.

Las funciones del Consejo se complementan con las funciones encomendadas por la LTAIBG al Presidente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. Así, éste funcionario deberá adoptar criterios de interpretación uniforme de las obligaciones contenidas en la Ley; velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa contenidas en la Ley a la luz de lo establecido en el artículo 9 de la misma; conocer de las reclamaciones que se presenten en aplicación del artículo 24 de la Ley; responder a las consultas que, con carácter facultativo, le planteen los órganos encargados de tramitar y resolver las solicitudes de acceso a la

---

<sup>623</sup> Desde el mes de junio de 2015 hasta el mes de marzo de 2016 el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno ha dictado 10 Criterios Interpretativos por los que se encarga de ir precisando el sentido y alcance de las diversas disposiciones de la Ley de Transparencia, estos criterios tienen relación especialmente con la necesidad de interpretar normas sobre transparencia activa y límites al ejercicio del derecho de acceso a la información.



información; instar el inicio del procedimiento sancionador previsto en el título II de la Ley, sin perjuicio de esto, el órgano competente deberá motivar, en su caso, su decisión de no incoar el procedimiento; aprobar el anteproyecto de presupuesto; y, aquellas otras que le sean atribuidas por norma de rango legal o reglamentario.

## **ii.- Aspectos orgánicos**

De acuerdo al artículo 35 de la LTAIBG el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno tiene una composición compleja, integrado por los siguientes órganos: la Comisión de Transparencia y Buen Gobierno y el Presidente del Consejo que además será el Presidente de la Comisión.

Según el artículo 36 la Comisión ejercerá todas las competencias que le asigna la LTAIBG, así como aquellas que le sean atribuidas en su normativa de desarrollo.

Esta Comisión estará a su vez compuesta por su Presidente, quien también es el Presidente del Consejo, un Diputado, un Senador, un representante del Tribunal de Cuentas, un representante del Defensor del Pueblo, un representante de la Agencia Española de Protección de Datos, un representante de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas y un representante de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal.

El artículo 36.3 de la LTAIBG dispone que la condición de miembro de la Comisión no exigirá dedicación exclusiva ni dará derecho a remuneración por regla general.

El artículo 37 de la LTAIBG establece que el Presidente del Consejo

será nombrado por un período no renovable de cinco años mediante Real Decreto, a propuesta del titular del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, entre personas de reconocido prestigio y competencia profesional previa comparecencia de la persona propuesta para el cargo ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados. El Congreso, a través de la Comisión competente y por acuerdo adoptado por mayoría absoluta, deberá refrendar el nombramiento del candidato propuesto en el plazo de un mes natural desde la recepción de la correspondiente comunicación. Por su parte, el artículo 11 del Estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno señala que el Presidente del Consejo “desempeñará su cargo con dedicación absoluta, plena independencia y total objetividad, sin estar sujeto a mandato imperativo alguno ni recibir instrucciones de autoridad alguna”.

El Presidente del Consejo cesará en su cargo por la expiración de su mandato, a petición propia o por separación acordada por el Gobierno, previa instrucción del correspondiente procedimiento por el titular del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, por incumplimiento grave de sus obligaciones, incapacidad permanente para el ejercicio de su función, incompatibilidad sobrevenida o condena por delito doloso.

### **c.- Breve balance crítico sobre la configuración orgánica y funcional del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno**

En diversas partes de esta investigación hemos sido muy enfáticos a la hora de señalar la importancia que tiene la existencia de un órgano independiente que vele por el cumplimiento de una legislación sobre transparencia y que específicamente garantice en forma eficaz el derecho de acceso de las personas a la información pública. En otras palabras, es

indispensable la necesidad “de que exista un órgano que intervenga de manera rotunda a favor de la publicidad de lo público”<sup>624</sup>.

El camino adoptado por la LTAIBG española ha sido la creación de este órgano denominado Consejo de Transparencia y Buen Gobierno sobre cuyos rasgos más básicos hemos tenido oportunidad de referirnos antes. En todo caso cabe destacar que en la historia de la Ley se barajaron varias alternativas al respecto. Por ejemplo, se pensó entregar esta competencia al Defensor del Pueblo, a la Agencia Española de Protección de Datos o a la Agencia Estatal de Evaluación de Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios, primando en definitiva la alternativa de un organismo independiente como el Consejo.

El Consejo se incluye dentro de la categoría de los organismos públicos previstos en la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, según lo dispuesto en el artículo 33.1 de la LTAIBG, organismos que de acuerdo a la doctrina más especializada tienen el carácter de Administraciones independientes.

La adscripción del Consejo al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas es solo para efectos organizativos y presupuestarios, por lo que esta solución no creemos que afecta *per se* la independencia del organismo. Por lo demás, no es novedad esta solución en el ordenamiento jurídico español, así por ejemplo, la Ley 3/2013 declara que la Comisión Nacional de Mercado y la Competencia se encuentra adscrita al Ministerio de Economía y Competitividad, sin embargo, en el artículo 2.1

---

<sup>624</sup> SENDÍN GARCÍA, M. A. El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. En *Revista Jurídica de Castilla y León*, N<sup>o</sup> 33, 2014, pp. 1-25, p. 1.

señala que este organismo se encuentra dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada actúa en el ejercicio de sus funciones con plena independencia del Gobierno, de las Administraciones Públicas y de los agentes del mercado.

La pregunta que corresponde plantearnos es si, efectivamente, el Consejo, a pesar de su ubicación formal dentro de las llamadas Administraciones independientes, goza de una adecuada autonomía y de un eficiente marco competencial y funcional que permita alzarlo como un eficaz guardián de esta nueva legislación sobre transparencia.

En una primera aproximación, y respondiendo a la inquietud precedentemente referida, debemos destacar que el Consejo, por mandato de la LTAIBG en su artículo 33.2 actúa con plena autonomía e independencia en el cumplimiento de sus fines, sin perjuicio de estar dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, tal como lo dispone la misma norma.

En relación a la reglamentación interna de este órgano, “nos parece negativo que se haya privado al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno de esta facultad, en cuanto se dispone que será el Consejo de Ministros quien aprobará mediante Real Decreto su Estatuto, en el que se establecerá su organización, estructura y funcionamiento, así como todos los aspectos que sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones”<sup>625</sup>.

Otro rasgo definitorio de las llamadas Administraciones independientes es que ellas han sido revestidas por el ordenamiento jurídico de una cierta autonomía financiera, lo que se traduce en que son estas

---

<sup>625</sup> SENDÍN GARCÍA, M.A. El Consejo de..., ob. cit., p. 9.

Administraciones y no el Gobierno quien elabora sus presupuestos. En el caso de la LTAIBG, el Consejo anualmente elabora un anteproyecto de presupuesto con la estructura que establezca el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas para su posterior envío al Gobierno e integración a los presupuestos generales del Estado.

En cuanto a la estructura del Consejo, recordemos que éste se encuentra integrado por dos órganos: el Presidente y la Comisión.

En relación con el Presidente del Consejo la LTAIBG acierta indudablemente al establecer que su nombramiento no es renovable. “Se debe valorar positivamente el hecho de que no sea posible renovar su mandato, lo que impide que sus decisiones se puedan ver influenciadas por el miedo a que éstas afecten a su futura renovación”<sup>626</sup>.

También la LTAIBG sigue de alguna manera la tendencia comparada (al menos muy similar al caso chileno) de reconocer la intervención del ejecutivo y legislativo en el nombramiento de las personas que integran este órgano. Consideramos que esta solución de alguna manera reviste de legitimidad democrática al Consejo y sus actuaciones.

Además se fortalece la independencia del funcionario que ocupa el cargo de Presidente del Consejo al estar revestido de inamovilidad política. En otras palabras, las causales de cesación en el cargo no responden a meras consideraciones políticas sino a la concurrencia de causales específicas señaladas expresamente en el texto de la Ley.

---

<sup>626</sup> SENDÍN GARCÍA, M.A. El Consejo de..., ob. cit., p. 11.

En todo caso, habría sido deseable que la cesación del cargo del Presidente del Consejo acordada por el Gobierno, previa instrucción del correspondiente procedimiento por el titular del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, por incumplimiento grave de sus obligaciones, incapacidad permanente para ejercer sus funciones, incompatibilidad sobrevenida o condena por delito doloso, también hubiera reconocido la participación del Congreso, pues de esta forma se dificultaría el uso (abuso) de esta causal por parte del Gobierno de turno.

En relación con los aspectos funcionales, el hecho de que las atribuciones más importantes del Consejo hayan sido radicadas en el Presidente del mismo, genera una situación “que contrasta con una regla general de las Administraciones Independientes, en las que lo usual es que el órgano que ejercita las funciones más relevantes tenga carácter de colegiado y no unipersonal, en la idea de que de este modo se diluyan más fácilmente las presiones políticas, al ser más difícil influenciar a un colectivo de personas que a un sujeto aislado”<sup>627</sup>.

En cuanto a la Comisión de Transparencia y Buen Gobierno, se trata como hemos dicho, de un órgano colegiado, conformado por representantes de la Administración y de otros órganos del Estado. Se critica que todos los miembros de la Comisión sean de origen político. “Verdaderamente no parece muy acertado que no se incorpore a ninguna persona que proceda fuera del ámbito público”<sup>628</sup>. MARTÍN DELGADO plantea que una importante parte de los comentaristas de la LTAIBG ven en la composición de la Comisión uno de los principales puntos débiles de la regulación del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, “ya que si bien cumple principalmente

---

<sup>627</sup> SENDÍN GARCÍA, M.A. El Consejo de..., ob. cit., p. 13.

<sup>628</sup> SENDÍN GARCÍA, M.A. El Consejo de..., ob. cit., p. 14.

funciones de asesoramiento y evaluación del grado de aplicación de la Ley, se trata de un órgano de composición política más que técnica. Lo anterior permite llegar a la conclusión de que existe el riesgo –al menos, teórico– de politizar en exceso una de las funciones más importantes atribuidas al CTBG, como es el de impulsar la transparencia a través de recomendaciones, dictámenes y formación de los empleados públicos”<sup>629</sup>. Este punto no deja de ser importante, porque la Comisión como parte del Consejo de Transparencia debe colaborar activamente en uno de los objetivos más preciados de este tipo de legislación: fomentar y crear en la sociedad una verdadera cultura ciudadana de transparencia<sup>630</sup>.

Por último, respecto a las atribuciones del Consejo, el artículo 38.1 de la LTAIBG enumera una serie de funciones “de diversa naturaleza y sin duda

---

<sup>629</sup> MARTÍN DELGADO, I. La reclamación ante..., ob. cit., p. 379.

<sup>630</sup> A propósito de algunos comentarios formulados por la profesora ARENAS RAMIRO sobre la LTAIBG, ésta sostiene una cuestión que a nuestro modo de entender este tipo de legislaciones es fundamental: “debemos crear conciencia ciudadana de la necesidad de una sociedad basada en la transparencia y en el acceso a la información pública. No sólo entre los actores políticos y las instituciones y servicios públicos, sino también, entre los propios ciudadanos. Por un lado, hay que habilitar a los funcionarios públicos encargados de difundir y dar acceso a la información pública. Hay que crear una cultura de la transparencia en las instituciones y en la actuación pública. Aquí, el problema de que la transparencia no sea reconocida como un derecho fundamental no ayuda a sensibilizar sobre su implementación, por eso se debe hacer un importante esfuerzo pedagógico al respecto. Todo aquel sujeto que ejerza un poder público o una actividad pública al servicio de los ciudadanos debe ser formado. Debe haber un plan transversal de formación en transparencia, y debe ser un plan permanente, revisado, definido y desarrollado. Se les debe concienciar de que esto, además, supone un mecanismo de rendición de cuentas. Por ello, también puede ser un buen momento para simplificar procedimientos obsoletos y crear procedimientos claros y sencillos. Todos los actores públicos deben ser conscientes de que la información que publiquen o difundan o a la que den acceso, debe estar actualizada y ser accesible (y si se publica en Internet, además, debería hacerse en formato reutilizable y de acceso gratuito) y de que deben responder por la misma. Los poderes públicos deberían ser conscientes de que la transparencia, a través de mecanismos como el derecho de acceso a la información pública, favorecen su legitimidad y les devolverían la confianza que hoy en día no tienen. Por otro lado, si los ciudadanos son los destinatarios de la información, se deben realizar campañas educativas o informativas que rompan la desconfianza existente y que permitan que los sujetos entiendan la información que se les suministra y, además, que les permita formular las preguntas necesarias para acceder a la información que les es imprescindible para formar su voluntad y tomar decisiones”. ARENAS RAMIRO, M. Transparencia, acceso a..., ob. cit., pp. 126-127.

importantes, pero que no van más allá del asesoramiento, la colaboración y la promoción en sus diversas variantes”<sup>631</sup>. Como se puede apreciar, si bien las funciones atribuidas al Consejo en el artículo 38 de la LTAIBG son muy importantes, el legislador no entregó al menos en este artículo funciones decisorias más relevantes.

Para SENDÍN GARCÍA<sup>632</sup>, hay que llevar a cabo una labor muy prolija de análisis dentro de la LTAIBG para identificar y apreciar el verdadero alcance de las funciones que ésta le entrega al Consejo. Así por ejemplo, respecto de las obligaciones de publicidad activa, el artículo 9.2 de la Ley establece que, en ejercicio de la competencia prevista en el artículo 9.1 el Consejo, de acuerdo con el procedimiento contemplado en el Reglamento respectivo, podrá dictar resoluciones en las que se establezcan las medidas que sea necesario adoptar para el cese del incumplimiento.

Si bien la LTAIBG sobre este punto guarda silencio, al tratarse del Consejo de una Administración independiente, las resoluciones que se dicten en el ejercicio de esta función no son impugnables por vía administrativa, solo por vía judicial.

Del mismo modo el Consejo tiene la competencia para resolver de una reclamación potestativa mencionada en el artículo 24 de la Ley, que tiene la consideración de sustitutiva de los recursos administrativos, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 112.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, según lo dispuesto en el artículo 23.1 de la LTAIBG.

De acuerdo a lo expuesto precedentemente, resulta evidente que el

---

<sup>631</sup> SENDÍN GARCÍA, M.A. El Consejo de..., ob. cit., p. 16.

<sup>632</sup> SENDÍN GARCÍA, M.A. El Consejo de..., ob. cit., pp. 16-22.



Consejo cuenta con algunas funciones decisorias. Sin embargo, no son suficientes para darle el lugar que debiese ocupar en el contexto de este sistema, “más bien se pueden encontrar importante puntos débiles en su estructura, que nos tememos van a hacer difícil que pueda superar con éxito el largo y difícil camino que conduce desde nuestra opaca Administración a un Poder Público verdaderamente transparente”<sup>633</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, del análisis de la norma legal respectiva se desprende que el Consejo prácticamente carece de potestades sancionatorias. Respecto a las obligaciones de publicidad activa la Ley faculta al Consejo tan solo acordar “el inicio de las actuaciones disciplinarias que procedan”. ¿Qué significa? La verdad no queda muy claro el alcance de esta norma, por lo que se entiende que a lo menos se encuentra dotado de la facultad para poner en marcha el procedimiento disciplinario correspondiente.

Resulta preocupante que los artículos que regulan el Consejo no atribuyan a ninguno de los órganos que lo integran ninguna función en el ámbito sancionador, más que la Facultad del Presidente de instar la iniciación del procedimiento sancionador del artículo 38.2.

Por otro lado, si bien el Consejo es un órgano de supervisión y control que persigue garantizar la aplicación de esta ley tanto en el ámbito de la transparencia como en el del Buen Gobierno, para respetar las competencias autonómicas, el Consejo solo podrá intervenir en aquellas comunidades autónomas con las que haya firmado un Convenio de colaboración, de lo contrario, este control y supervisión será de competencia del órgano autónomo respectivo. “Consideran los autores que es este uno de los

---

<sup>633</sup> *Ídem.*

problemas fundamentales de la ley por cuanto en el ámbito autonómico queda en manos de las propias comunidades autónomas diseñar (o no) un órgano de supervisión y control *ad-hoc*; además, no existe una obligación legal, ni supervisión ni garantía de que estos órganos sean realmente independientes”<sup>634</sup>.

Lo cierto es que en las comunidades Autónomas es posible constatar una importante pluralidad de modelos<sup>635</sup>. Por ejemplo, en la Ley 3/2015, de 4 de marzo, de transparencia y participación ciudadana de Castilla y León, se establece en su Título II de la Ley 3/2015 que el órgano encargado del velar por el logro de los objetivos de la LTAIBG es el Procurador Común el cual en ejercicio de las funciones relacionadas con esta Ley actúa bajo la denominación de Comisionado de la Transparencia<sup>636</sup>. En la misma línea, el artículo 32 de la Ley de Transparencia y Buen Gobierno, de 23 de diciembre de 2015, de Galicia, crea el Comisionado de la Transparencia cuyas funciones y atribuciones se radican en el Valedor del Pueblo. En cambio en Andalucía se opta no por radicar estas funciones en un órgano existente sino por un órgano especialmente creado para ello. Es así como el artículo 43 de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía crea el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía<sup>637</sup>.

---

<sup>634</sup> LARACH DEL CASTILLO, C. Transparencia y buen gobierno en España. Comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, de Elisa de la Nuez Sánchez-Cascaso y Carlota Tarín Quirós (coords.), Madrid, la Ley-Wolters Kluwer, 2014. En *Revista Digital de Derecho Administrativo*, Nº 13, 2015, pp. 255-268, p. 265.

<sup>635</sup> Ver Notas sobre los modelos autonómico de instituciones de garantía de la transparencia. JIMÉNEZ ASENCIO, R. Instituciones de garantía..., ob. cit.

<sup>636</sup> Para más información sobre la Ley 3/2015, de 4 de marzo, de transparencia y participación ciudadana de Castilla y León, ver: MARTÍN LORENZO, B. Transparencia y participación ciudadana en Castilla y León. Análisis de la Ley 3/2015, de 4 de marzo. En *Revista Jurídica de Castilla y León*, Nº 38, 2016, pp. 1-34.

<sup>637</sup> Ver: MEDINA GUERRERO, M. Ley de Transparencia Pública de Andalucía. En *Administración de Andalucía: Revista Andaluza de Administración Pública*, Nº 88, 2014, pp. 321-331, p. 30.

En definitiva, la LTAIBG española ha creado el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, sin embargo, la forma como éste se encuentra estructurado y el cúmulo de atribuciones de las que ha sido revestido, a lo menos dejan muchas dudas de su eficacia e independencia. En este sentido el catedrático RIDAO MARTÍN, sostiene que “previsto como medio alternativo de impugnación de resoluciones, expresas o presuntas, denegatorias del acceso a la información, el mencionado Consejo apenas sirve para compensar la débil posición de los titulares”<sup>638</sup> del derecho de acceso a la información pública.

## **7.- Consideraciones finales en relación a la LTAIBG**

### **a.- Principales aspectos positivos de la LTAIBG**

Como balance positivo de la LTAIBG, especialmente a la luz de la regulación que realizaba el artículo 37 de la Ley 30/1992, es posible destacar algunos importantes avances que ha introducido esta legislación.

Así, la LTAIBG extiende el derecho de acceso a la información pública, ya que no lo restringe solamente a documentos. “Se produce por tanto una ampliación sustancial”<sup>639</sup> del derecho, incluso en relación con el Convenio de Europa que también habla de documentos.

Otro aspecto positivo a considerar, es que la Ley 30/1992 no extendía

---

<sup>638</sup> RIDAO MARTÍN, J. Las recientes medidas..., ob. cit., p. 292.

<sup>639</sup> GARCÍA MARTÍN, J.A. Ponencia relativa a la Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en materia de acceso a la información pública. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p. 1. Disponible en <http://www.cepc.gob.es/docs/ley-de-transparencia/ponencia-j-aurelio-garcia.pdf?sfvrsn=0>

el derecho de acceso a la información que no se encontraba contenida en un expediente administrativo, “lo que dejaba fuera del derecho información sensible (estadísticas sobre comportamientos, sobre criterios de dirección, sobre planificación y objetivos, etc.) que no es materia insertable en un expediente”<sup>640</sup>.

También es necesario recordar que la Ley 30/1992 regulaba el derecho de acceso solo respecto de documentos relativos a “procedimientos terminados”. Esta solución venía a restringir aún más un derecho ya de aplicación muy restrictiva. La nueva LTAIBG no opta por esta solución ampliando adecuadamente el ámbito del derecho de acceso.

También es un aspecto destacable de la LTAIBG, tal como hemos tenido la oportunidad de señalar, la amplia titularidad activa que ella reconoce. Los sujetos activos del derecho ya no son los ciudadanos, son las personas.

Tampoco la LRJAP-PAC establecía un procedimiento preciso para hacer efectivo el derecho ante la Administración Pública, deficiencia que es de alguna manera corregida por la nueva LTAIBG, situación que entendemos como un avance en relación a la regulación anterior. Mientras más específico sea el procedimiento para hacer efectivo un derecho mejoran las posibilidades que sus titulares pueden ejercerlo eficazmente.

#### **b.- Otras consideraciones críticas a la LTAIBG**

Tanto la opinión pública como la doctrina en términos generales ha valorado la LTAIBG como una norma necesaria y como un avance en materias

---

<sup>640</sup> GARCÍA MARTÍN, J.A. Ponencia relativa a..., ob. cit., p. 2.

de transparencia, buena administración y lucha contra la corrupción<sup>641</sup>, sin embargo, las críticas a esta nueva legislación han sido bastante severas, tal como tendremos la oportunidad de comprobarlo con un breve repaso de la doctrina.

En cuanto a los aspectos negativos se ha catalogado la LTAIBG como “una ley tardía, especialmente si se compara con la legislación ya presente dentro del panorama internacional. No obstante, esta tardanza no suscitaría tantas críticas de no ser porque la Ley no ha aprovechado la oportunidad, teniendo en cuenta la amplia experiencia internacional ya existente, para arriesgar e innovar en cuanto a transparencia se refiere, sino que se ha limitado a sumarse a la corriente ya reinante”<sup>642</sup>, por ejemplo, al no hacer extensiva la obligación de entregar información requerida a todos los órganos públicos sino solo a la Administración del Estado.

A pesar del avance que significa contar con una legislación como la contenida en la LTAIBG “los déficits regulativos de este texto legal se manifiestan en relación a su ámbito subjetivo y respecto del contenido de la información, reducido principalmente a la publicidad activa y a la que se considera de relevancia jurídica. El compromiso legislativo con la transparencia presenta en suma, zonas grises de opacidad difícilmente justificables desde el interés público y las exigencias sociales como antídoto frente a la desafección ciudadana”<sup>643</sup>.

RUIZ-RICO RUIZ, sostiene que si bien en la exposición de motivos de la

---

<sup>641</sup> “Hemos de congratularnos por el hecho de que finalmente contemos con una ley de transparencia y acceso a la información pública. Por fin el mandato constitucional del artículo 105.b) se ha cumplido. Tanto la transparencia activa como, que es lo que ahora más debe requerir nuestra atención, el derecho de acceso han sido regulados con carácter general”. PIÑAR MAÑAS, J.L. El derecho de..., ob. cit., p. 59.

<sup>642</sup> DABBAGH ROLLÁN, V.O. La ley de..., ob. cit., p. 94.

<sup>643</sup> RUIZ-RICO RUIZ, C. Breves consideraciones jurídicas..., ob. cit., p. 719.

LTAIBG se hace alusión del valor social que implica el conocimiento por parte de la ciudadanía de la forma cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan las instituciones públicas, en realidad “este texto legal dista de procurar información a los ciudadanos sobre el proceso de adopción de decisiones, el destino del dinero público y menos aún de la apertura de las instituciones a la sociedad”<sup>644</sup>.

Por el contrario, “en principio, destaca el perfil fragmentario del régimen de transparencia por reducirse fundamentalmente a la publicidad activa en detrimento del derecho de acceso a la información pública. También se manifiesta este rasgo desde una perspectiva subjetiva, pues la normativa actual se concentra en la administración sin involucrar a las instituciones, salvo en las actividades sujetas a derecho administrativo”<sup>645</sup>.

“El predominio de la publicidad activa sobre el derecho individual de acceso a la información pública implica la opción legislativa por una transparencia indirecta limitando las obligaciones públicas y sanciones únicamente al incumplimiento a aquélla. De igual modo que la transparencia aparece acotada en la reciente Ley exclusivamente a la de relevancia jurídica sin atender al concepto más amplio de interés público que informa su articulado”<sup>646</sup>.

A pesar de innegables avances generados por la LTAIBG como las normas de publicidad activa o la consagración de un derecho de acceso a la información sin necesidad por parte del solicitante de acreditar ningún tipo de interés en ella, “lo cierto es que el continuismo que supone una

---

<sup>644</sup> RUIZ-RICO RUIZ, C. Breves consideraciones jurídicas..., ob. cit., pp. 719-720.

<sup>645</sup> RUIZ-RICO RUIZ, C. Breves consideraciones jurídicas..., ob. cit., p. 720.

<sup>646</sup> *Ídem*.

concepción limitada del derecho de acceso, así como la amplitud de los límites previstos, han sido y siguen siendo uno de los aspectos más controvertidos de esta norma, sin perjuicio de las correcciones que puedan producirse posteriormente en el curso de su aplicación”<sup>647</sup>.

“La legislación de transparencia presenta un ámbito objetivo tasado y tipificado en relación al contenido de la publicidad activa ajeno al texto constitucional”<sup>648</sup>. En otras palabras, el legislador de la LTAIBG de alguna manera tipifica las materias que pueden ser objeto de visibilidad a través de la transparencia, imposibilitando que los ciudadanos puedan reclamar la entrega de información no señalada en la ley. Es decir, “la posibilidad de información pública inaccesible a los ciudadanos por pertenecer a un espacio intermedio no cubierto legalmente por el derecho a la información ni por la publicidad activa, interfiere negativamente en la transparencia” tanto de la Administración como de otras instituciones.

Por otro lado, del análisis de la LTAIBG se desprende sin mucha dificultad la ausencia de una real voluntad político-legislativa de configurar un derecho de acceso a la información pública potente que permita fomentar el control ciudadano y mejorar efectivamente la fiscalización de la actividad pública. A esta conclusión es posible arribar, entre otras disposiciones, de la lectura del artículo 13 de la LTAIBG, norma de la cual se desprende una doble exigencia que limita notablemente el ejercicio del derecho, a saber: i) la información debe estar en poder de los órganos obligados a su entrega y ii) que esa información haya sido adquirida o elaborada en el ejercicio de las funciones de dicho órgano<sup>649</sup>.

---

<sup>647</sup> MORETÓN TORQUERO, A. Los límites al..., ob. cit., p 10.

<sup>648</sup> RUIZ-RICO RUIZ, C. Breves consideraciones jurídicas..., ob. cit., p. 725.

<sup>649</sup> Sobre este punto RUIZ-RICO RUIZ señala que “cabe destacar la imposición legal de condicionantes a la información pública para su accesibilidad, como la necesidad de que

Otro aspecto criticable de la LTAIBG dice relación con la decisión del legislador de aumentar las hipótesis que permiten la limitación en el ejercicio del derecho en relación a las previstas por la Constitución. Recordemos que el artículo 105.b) de la Carta Fundamental de 1978 encarga al legislador regular el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos con las excepciones relativas a la seguridad y defensa del Estado, averiguación de los delitos y la intimidad de las personas. Sin embargo, la LTAIBG adiciona a éstas causales las relaciones exteriores, la seguridad pública, la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios, la igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva, las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control de los intereses económicos y comerciales, la política económica y monetaria, el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial, la garantía de confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión y la protección del medio ambiente. De la lectura de la norma constitucional no se vislumbra que el legislador tenga competencia para ampliar las hipótesis señaladas en la norma constitucional.

Por ejemplo, la Colición Pro Acceso ha planteado que el derecho de acceso a la información pública se extiende y aplica a toda la información elaborada, recibida o en posesión de las entidades públicas, sin importar la forma de su almacenamiento. Exigencia, a todas luces sensata que es obviada por la LTAIBG. Es así como no se cumple con la misma “cuando en las

---

conste en poder de la administración y que haya sido elaborada en el ejercicio de sus funciones. El encorsetamiento legal de la información pública deja fuera otras modalidades de acceso reconocida en otros países, concretamente la procedente de las denuncias desde el interior de la administración como fuente de publicidad. El descarte de esta posibilidad obedece sin duda, al riesgo de que por esta vía se desvelen datos incómodos o comprometidos para los poderes públicos”. RUIZ-RICO RUIZ, C. El impacto de la transparencia tras la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. En *Tendencias legales. Hacia la calidad democrática del sistema constitucional*. Madrid: Dykinson, 2015, pp. 12-20, pp. 16-17.



limitaciones que se establecen se excluye mucha información elaborada, recibida o en posesión de las entidades públicas, comenzando por aquella de carácter auxiliar o de apoyo como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas. Esta puede ser una fórmula para ocultar información –bastaría con establecer que tal o cual documento tiene carácter auxiliar, es un borrador o un informe interno– y, en todo caso, este tipo de información es esencial para conocer y controlar como actúan las entidades públicas”<sup>650</sup>, del mismo modo, “tampoco es admisible no entregar información que un ente público tiene en su poder alegando que fue otro el que generó esa información”<sup>651</sup>.

La opción tomada por el legislador sobre este punto genera una peligrosa zona de opacidad, dejando fuera del control, importantes antecedentes decisorios, que consideramos tienen relevancia jurídica y son de interés público, especialmente a la luz de una función preventiva en el combate contra la corrupción que debe cumplir este tipo de legislación. “En consecuencia, sin una apertura real de las decisiones públicas a los ciudadanos, manteniendo las deliberaciones en sesiones cerradas y la oscuridad en la negociación política para la toma de decisiones, se dificultan los fines de control social previstos en las leyes de transparencia”<sup>652</sup>.

Más específicamente y en relación con la regulación legal propiamente tal, SENDÍN GARCÍA<sup>653</sup> formula una serie de críticas a la misma que se

---

<sup>650</sup> SÁNCHEZ DE DIEGO, M. El principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública. En *Blog A vueltas con el Estado*, 28 de abril de 2014. Disponible en: <http://sanchezdediego.blogspot.cl/2014/04/el-principio-de-transparencia-y-el.html> (consulta 16/09/2016).

<sup>651</sup> *Ídem*.

<sup>652</sup> RUIZ-RICO RUIZ, C. El impacto de..., ob. cit., p. 18.

<sup>653</sup> SENDÍN GARCÍA, M.A. *Transparencia y acceso...*, ob. cit., pp. 108-117.

traducen básicamente en las siguientes:

Se acusa a la LTAIBG de adolecer en muchas de sus partes de vaguedad e imprecisión en sus regulaciones. En este sentido, el Consejo de Estado al dar su opinión sobre los aspectos del entonces Anteproyecto, señalaba juicios plenamente vigentes y aplicables a la norma definitivamente aprobada, básicamente advirtiendo sobre la necesidad de llamar la atención “acerca del carácter abierto, genérico e indeterminado de muchos de los preceptos del Anteproyecto, rasgo éste que, unido al carácter horizontal de la norma, que se proyecta sobre el conjunto del ordenamiento, así como a su amplio ámbito subjetivo de aplicación, puede provocar un efecto perturbador en la seguridad jurídica y es potencialmente susceptible de generar numerosos conflictos de interpretación o aplicación de algunas de sus disposiciones”<sup>654</sup>.

Además se crítica la falta de un adecuado régimen sancionador en la LTAIBG. Si bien la Ley contempla un régimen sancionador disciplinario para los empleados públicos que incumplan la normativa de publicidad activa y pasiva, que se construye a partir del artículo 9 de la Ley, esta regulación es a todas luces insuficiente y como mínimo se debió haber clarificado que procedimiento se debe seguir y que criterios se van a valorar para determinar que se ha producido un incumplimiento de las obligaciones previstas<sup>655</sup> en la misma.

Desde el punto de vista del derecho de acceso, la LTAIBG establece que el incumplimiento reiterado de la obligación de resolver dentro de plazo

---

<sup>654</sup> CONSEJO DE ESTADO. *Dictamen sobre Anteproyecto de Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, de 19 de julio de 2012. Disponible en <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2012-707> (consulta 02/01/2017).

<sup>655</sup> SENDÍN GARCÍA, M.A. *Transparencia y acceso...*, ob. cit., p. 110.

será considerada infracción grave a los efectos de la aplicación a sus responsables del régimen disciplinario previsto en la correspondiente normativa reguladora, según lo dispuesto en el artículo 20.6 de la misma. Esta medida no parece suficiente, “pues se limita a sancionar aquellos comportamientos que se traducen en un incumplimiento de la obligación de resolver, pero no se contempla ninguna sanción para el incumplimiento que se traduzca en una negativa reiterada a permitir el acceso a informaciones respecto a las que se debería permitir dicho acceso”<sup>656</sup>.

Sobre este punto, consideramos que una adecuada legislación sobre acceso a la información pública debe prever mecanismos necesarios para incentivar el cabal cumplimiento de las obligaciones respectivas. Estos incentivos deben concretarse en sanciones efectivas, en dinero y en malas calificaciones finales, de tal manera que el funcionario de la Administración internalice la importancia que tiene tanto para la ciudadanía como para la sociedad democrática la implementación real y efectiva del principio de la transparencia y las herramientas que tributan a ella como el derecho de acceso a la información pública.

También se critica la falta de claridad en la determinación de la relación de la nueva norma con otras normativas, lo que obstaculiza identificar en muchos casos cual de ellas debe prevalecer y aplicarse preferentemente. “Parece evidente que el ya complicado panorama legal en la materia, integrado por una maraña normativa que dificulta la determinación del régimen legal aplicable en cada caso se va a complicar aún más”, sostiene SENDÍN GARCÍA<sup>657</sup>.

---

<sup>656</sup> SENDÍN GARCÍA, M.A. *Transparencia y acceso...*, ob. cit., p. 111.

<sup>657</sup> SENDÍN GARCÍA, M.A. *Transparencia y acceso...*, ob. cit., p. 112.

En estricto rigor, la actual regulación de la LTAIBG genera importantes dificultades a la hora de establecer su integración con el desarrollo legislativo de las Comunidades Autónomas o con las regulaciones específicas sectoriales. En especial resulta compleja la solución contenida en la disposición adicional primera por la cual se prevé que “se regirán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información”. Esta norma es errónea puesto que solo debió permitir un régimen distinto a las diferentes regulaciones sectoriales que sobre el punto de partida de la LTAIBG mejoren la situación de la ciudadanía en el ejercicio de su derecho de acceso a la información pública, y siempre dentro del ámbito de la potestad legislativa y nunca reglamentaria<sup>658</sup>.

Sobre este punto advierte MARTÍN DELGADO que “en varias de las resoluciones dictadas hasta la fecha, el CTBG ha inadmitido a trámite (o desestimado) solicitudes por entender que el régimen del derecho de acceso contemplado en la LTAIBG no resulta de aplicación”<sup>659</sup>. El CTBG ha sido enfático al sostener que “en el caso de que una norma concreta establezca un régimen específico de acceso a la información pública en una determinada materia o área de actuación administrativa, puede entenderse que las normas de la LTAIBG no son de aplicación directa y operan como normas supletorias. En opinión del Consejo, la mencionada disposición adicional tiene como objetivo la preservación de otros regímenes de acceso a la información que hayan sido o puedan ser aprobados y que tengan en cuenta las características de la información que se solicita, delimite los legitimados a acceder a la misma, prevea condiciones de acceso, etc. Por ello, solo cuando la norma en

---

<sup>658</sup> Para profundizar sobre este punto ver: RAMS RAMOS, L. El procedimiento de ejercicio del derecho de acceso a la información pública. En *Revista General de Derecho Administrativo*, Nº 41, 2016. También disponible en: <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1505793> (consulta 03/02/2017).

<sup>659</sup> MARTÍN DELGADO, I. La reclamación ante..., ob. cit., p. 419.

cuestión contenga una regulación específica del acceso a la información, por más que regule exhaustivamente otros límites o aspectos del procedimiento, podrá considerarse a la LTAIBG como supletoria en todo lo relacionado con dicho acceso”<sup>660</sup>.

Debemos insistir en el inconveniencia de esta disposición adicional primera, ya que reduce la LTAIBG solo a un papel supletorio, creando, a nuestro juicio, un incentivo perverso para la producción de normativas específicas (incluso de carácter reglamentario) que tiendan a desconocer la pretensión de generalidad de la Ley 19/2013.

Sostiene GARCÍA MARTÍN que “la Ley debería constituirse claramente en la norma prevalente en materia de acceso, y si, siempre dentro del marco de los límites que establece debiera existir alguna regulación especial, ésta debería bien incorporarse al proyecto (hoy la Ley) o bien relacionarse expresamente en el mismo, derogándose explícitamente cualquier norma sobre la misma materia no referenciada en la Ley”<sup>661</sup>. Por su parte GARCÍA MEXÍA, al respecto señala que no es posible obviar que la nueva LTAIBG debe convivir con un complejo sistema de normas que podría entorpecer su aplicación. Dado lo anterior, postula que sería conveniente mediante un texto refundido tratar de eliminar “la actual dispersión”<sup>662</sup> normativa.

Se critica la nueva legislación sobre acceso a la información pública pues ella carece de mecanismos efectivos encaminados a garantizar a las

---

<sup>660</sup> CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO. Criterio Interpretativo N° CI/008/2015, *Aplicación de la disposición adicional primera de la Ley 19/2013 sobre regulaciones especiales del derecho de acceso a la información pública*, de 12/11/2015.

<sup>661</sup> GARCÍA MARTÍN, J.A. Ponencia relativa a..., ob. cit., p. 5

<sup>662</sup> GARCÍA MEXÍA, P. *El Open Data ante la nueva Ley de Transparencia*. En *La ley en la red*, 2012, disponible en <http://abcblogs.abc.es/ley-red/public/post/el-open-data-ante-la-nueva-ley-de-transparencia-14602.asp/>

personas requirentes la veracidad y completitud de las informaciones entregadas.

SENDÍN GARCÍA<sup>663</sup> postula que para éxito de esta legislación, esto es, para que sea operativa en la práctica, es preciso además que se puedan conjugar dos tipos de medidas que deben ser adoptadas. Por un lado se requiere una transformación radical del proceder administrativo, lo que implica entre otras cosas reforzar y clarificar la obligación de documentar suficientemente e incorporar a los archivos la información documentada que sea de interés público, y por otro, se precisa articular las infraestructuras adecuadas para que se pueda hacer efectivo el acceso a la información, ya que no se puede privar al ciudadano del disfrute de esta facultad por la inexistencia de medios suficientes en la Administración del Estado.

Resumiendo las diversas posturas críticas a la LTAIBG, señalaremos que esta legislación no fue capaz, al menos en su configuración inicial, satisfacer las expectativas de la ciudadanía y la doctrina especializada. De alguna manera podríamos decir que esta Ley nueva es al mismo tiempo una ley antigua a la luz del estado actual de regulación de esta materia en otros ordenamientos jurídicos. Incluso, existen serias dudas si con esta legislación el Reino de España se encuentra cumpliendo compromisos internacionales como los suscritos a partir del Convenio Europeo de Tromsø.

Por todo lo anterior, consideramos que en no mucho tiempo más será necesario que se adopten una serie de medidas que tengan por objeto potenciar la situación en España de la transparencia y el acceso a la información pública, partiendo por otorgar expresamente al derecho de acceso a la información pública el carácter de derecho fundamental con todas

---

<sup>663</sup> SENDÍN GARCÍA, M.A. *Transparencia y acceso...*, ob. cit., p. 113.

las garantías que el ordenamiento jurídico reconoce a estos derechos. Este proceso debería venir de la decisión de anclarlo en el derecho a la libertad de expresión e información, como es la tendencia mayoritaria o bien reconocer su autonomía como derecho fundamental que emana del principio democrático y el Estado Social de Derecho.

Este reconocimiento puede venir por vías constitucionales como es una reforma constitucional o la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional o bien en virtud de la modificación de la LTAIBG. Nosotros consideramos que el camino correcto es la constitucionalización del derecho de acceso a la información pública como un derecho autónomo, fuertemente relacionado con otros derechos fundamentales, y derivado de la democracia como la forma de gobierno más compatible con la dignidad humana.

Además, es necesario que se avance, con una fuerte valentía política, en extender la titularidad pasiva del derecho a todos los órganos del Estado, manteniendo por vía legal las hipótesis de reserva o secreto que sean estrictamente necesarias.

En un plano más concreto, se deben hacer importantes ajustes a la LTAIBG, partiendo por la definición de información pública contenida en el artículo 13 de la misma, la que no debe exigir el cumplimiento de sus dos condiciones copulativas para calificar una información como pública.

En relación con los límites al derecho de acceso a la información pública creemos que deben ser replanteados a fin de hacerlos más acordes con el espíritu de la legislación y siguiendo el estándar dado en la propia Constitución. Siguiendo lo planteado por SÁNCHEZ DE DIEGO, deberían atemperarse y estudiarse más en profundidad algunas de las limitaciones

establecidas en la Ley, en especial las relativas a la “...sanción de los ilícitos penales...” como excepción del artículo 14.1 pues se entraría en contradicción con el artículo 120 Constitución que dispone que “las sentencias serán siempre motivadas y que se pronunciarán en audiencia pública”, y con el proceso público como garantía, recogido en el artículo 24 de la misma Carta Fundamental, al medio ambiente, puesto que ¿no se protege mejor el medio ambiente poniendo la información a disposición del público?, en lo relativo a la información en elaboración, auxiliar o que necesita reelaboración, deberían tener un tratamiento temporal propio, entre otras.

En la ponderación entre el derecho de acceso a la información pública y derecho a la protección de datos, la tramitación parlamentaria del texto ha mejorado notablemente la redacción. Sin embargo, a nuestro juicio deberíamos considerar que es necesario que el derecho de acceso tenga naturaleza de derecho fundamental –tal y como hemos manifestado antes– para que pueda ser ponderado adecuadamente cuando se alegue la protección de datos personales, como ya lo hemos sostenido.

Como se puede apreciar la doctrina española por un lado ve como un avance la entrada en vigencia de la LTAIBG pero entiende que la regulación de la misma pudo haber sido mucho mejor, incorporando a su contenido normativo soluciones consagradas en otras legislaciones que se han instalado con relativo éxito<sup>664</sup>.

Concordamos con un autor que sostiene que pese a todas las imperfecciones y carencias de la LTAIBG, “esta norma ha abierto una ventana en las Administraciones Públicas” y es “el momento de aprovecharla para

---

<sup>664</sup> Sobre este punto también ver: MUÑOZ CARMENA, A. Insuficiencias y disfuncionalidades de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. En *Diario La Ley*, N° 8906, de 23 de enero de 2017.



que, mediante su modificación en profundidad, nuestra Ley se convierta en un referente y en un eficaz instrumento en manos de los ciudadanos hacia los que hay que hacer un esfuerzo de concienciación de lo que puede suponer la transparencia y, en particular; el derecho a saber. El derecho a saber sobre aquello que es de todos: lo público”<sup>665</sup>.

### **c.- Sobre la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública en la LTAIBG**

En el contexto internacional prima la idea de entender y configurar el derecho de acceso a la información pública como un derecho fundamental. Así, diversos organismos internacionales han sostenido que “el derecho de acceso a la información en poder de las autoridades públicas es un derecho humano fundamental que debería aplicarse a nivel nacional a través de la legislación global (por ejemplo, las leyes de acceso a la información) basada en el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda la información es accesible, sujeto solamente a un sistema restringido de excepciones”<sup>666</sup>.

En cambio la LTAIBG “opta por configurar la regulación de la transparencia y el acceso a la información pública al margen del derecho fundamental a recibir libremente información veraz (art. 20.1.d. CE), lo cual no solo resulta dudosamente homologable con la protección de que gozan otros derechos fundamentales en juego, como el derecho a la protección de los datos personales (art. 18.4 CE), sino que dificulta igualmente el anclaje de

---

<sup>665</sup> MOLINA MOLINA, J. *Por qué la transparencia*. Madrid: Aranzadi, 2ª edición, 2016.

<sup>666</sup> RELATOR ESPECIAL DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, REPRESENTANTE DE LA ORGANIZACIÓN PARA LA SEGURIDAD Y COOPERACIÓN EN EUROPA Y RELATOR ESPECIAL DE LA OEA PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. Declaración Conjunta, 2004. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=319&lID=2> (consulta 8/11/2016).

la norma en el marco de los estándares de protección europeos”<sup>667</sup>.

Hemos tenido oportunidad de referirnos en este trabajo sobre la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública y hemos demostrado con meridiana claridad que estamos frente a un derecho fundamental, bien autónomo o bien derivado de la libertad de expresión e información, pero fundamental al fin y al cabo, por ello no se entiende ni justifica la forma tan restrictiva de su configuración por parte del legislador.

Algunos catedráticos han sido particularmente críticos con esta nueva legislación. Es así como alguno ha sostenido que la LTAIBG “tiene más de propaganda que de transparencia”<sup>668</sup>, ya que “una norma de carácter administrativo que cierra la puerta al reconocimiento de un derecho fundamental a acceder a la información pública y que solo permite el acceso y la transparencia sobre los asuntos sometidos al Derecho Administrativo, parece un logro muy escaso para tanta publicidad”<sup>669</sup>.

El propio SÁNCHEZ DE DIEGO<sup>670</sup>, señala que de los diez principios que deben informar la normativa sobre transparencia, según la Colisión Pro Acceso, la Ley 19/2013, aborda correctamente solo el relativo a la publicidad activa.

---

<sup>667</sup> RIDAO MARTÍN, J. Las recientes medidas..., ob. cit., p. 286.

<sup>668</sup> SÁNCHEZ DE DIEGO, M. Reflexiones sobre la Ley de Transparencia. En *Blog de la Revista Catalana de Dret Públic*, 7 de mayo de 2014. Disponible en: <http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eapc-rcdp/2014/05/07/reflexiones-sobre-la-ley-de-transparencia-manuel-sanchez-de-diego-fernandez-de-la-riva/> (consulta 11/09/2016).

<sup>669</sup> SÁNCHEZ DE DIEGO, M. El principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública. En *Blog A vueltas con el Estado*, 28 de abril de 2014. Disponible en: <http://sanchezdediego.blogspot.cl/2014/04/el-principio-de-transparencia-y-el.html> (consulta 11/09/2016).

<sup>670</sup> *Ídem*.

“Es posible y deseable que se configure un derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental anclado en las libertades informativas. Se trata de un derecho esencial en la Sociedad de la Información, como también lo es el derecho a la protección de datos. El reconocimiento del derecho de acceso a la información pública como un derecho fundamental vinculado a la genérica libertad de expresión es una constante a nivel internacional”<sup>671</sup>.

No olvidemos que órganos internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>672</sup>, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) a través de la Oficina del Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación, como en el Convenio de Tromsø, nº 205 del Consejo de Europa, sobre el Acceso a los Documentos Públicos, como el informe del Consejo de Estado español sobre el proyecto de ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno, ligan de alguna forma este derecho a la libertad de información.

Desde un punto de vista operativo en relación con el éxito en los hechos de esta legislación, no es muy difícil explicar el diferente amparo jurisdiccional que en virtud del artículo 53 de la Constitución tiene el derecho de acceso a la información pública si se configura como derecho fundamental o como un mero derecho administrativo, del mismo modo esta cuestión tiene relevancia en la labor de la ponderación de derechos. En otras palabras, la protección del derecho es más plena si se le da la categoría de un derecho fundamental. En este mismo sentido sostiene REY MARTÍNEZ, que si bien no

---

<sup>671</sup> *Ídem*.

<sup>672</sup> No así el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que como tuvimos la oportunidad de explicar en el Capítulo Primero de este trabajo hasta la fecha no le ha dado el carácter de derecho fundamental al derecho de acceso a la información pública a la luz del artículo 13 del CEDH.

configurar el derecho de acceso a la información como un derecho fundamental no necesariamente implica que no pueda llegar a disfrutar de un robusto contenido, “indudablemente, le remite a un régimen de menor densidad normativa y a una consecuente menor protección judicial. Y, por supuesto, en el más probable caso de conflicto con otros derechos, sobre todo si tienen rango constitucional, como el de protección de datos personales (art. 18.4 CE), o el derecho al honor y la intimidad (art. 18.1 CE), su carácter de derecho legal le abocará normalmente a ser el sacrificado”<sup>673</sup>.

Acertadamente el profesor HERNÁNDEZ RAMOS reflexiona sobre el punto y señala que “la principal y más inmediata consecuencia para los ciudadanos de no ser considerado (el derecho de acceso a la información pública) como derecho fundamental, a diferencia de otros países o realidades jurídicas, es el menor arsenal de garantías del que se goza para reclamar su cumplimiento”<sup>674</sup>.

En este contexto, “que el derecho de acceso a la información pública no sea configurado como un derecho fundamental, priva al ciudadano de las garantías que el artículo 53 CE establece para los derechos fundamentales contenidas en el Capítulo Segundo del Título I de la Carta Magna española, a saber, la vinculación directa del derecho a los poderes públicos, la reserva de ley, en su caso orgánica, la garantía del contenido esencial, así como que cualquier ley puede ser objeto de recurso de inconstitucionalidad (artículo 161.1.a CE). Por último, una violación de este derecho no es susceptible de ser reclamada por procedimientos preferentes y sumarios, como establece el artículo 53.2 CE o en su caso, a través del recurso de amparo constitucional

---

<sup>673</sup> REY MARTÍNEZ, F. *Quod omnes tangit ab omnibus cognitum esse debet*: El derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental. En *Revista Jurídica de Castilla y León*, Nº 33, 2014, pp. 1-19, p.3.

<sup>674</sup> HERNÁNDEZ RAMOS, M. El derecho de acceso a la información pública en el ordenamiento jurídico español. En *Transparencia y Sociedad*, Nº 4, 2016, pp. 133-156, p. 145.

ante el Tribunal Constitucional”<sup>675</sup>.

¿Cómo superar esta situación? El mismo HERNÁNDEZ RAMOS señala que hay dos vías posibles. Una reforma constitucional y una interpretación del Tribunal Constitucional. En el primero de los casos el camino se ve algo complicado, tanto por las dificultades propias de reforma de las constituciones rígidas como la española y por un tema de voluntad política. En el segundo de los casos, “el Tribunal Constitucional puede interpretar que dentro de alguno de los derechos consagrados en el catálogo de derechos fundamentales, está implícito de alguna forma el derecho de acceso a la información pública, máxime cuando existen supuestos jurídicos internacionales que a través del artículo 10.2 CE<sup>13</sup> imponen la obligación a los órganos públicos españoles de interpretar de una manera determinada los derechos fundamentales establecidos en la Constitución española”<sup>676</sup>. Los derechos en los cuales es posible derivar el derecho de acceso a la información pública son el derecho a la libertad de información y el derecho de participación en los asuntos públicos.

Hasta el momento, explica HERNÁNDEZ RAMOS<sup>677</sup>, el Tribunal Constitucional no ha pronunciado esta interpretación y ha entendido de manera restrictiva los derechos reconocidos en el artículo 20.1. a) y d) CE, apuntando que estas disposiciones son derechos de libertad y no de prestación, por lo que la obligación de los poderes públicos implica ausencia de interferencias o de intromisiones de las autoridades estatales en el proceso de comunicación. Esta postura no obsta para que el Tribunal Constitucional haya destacado de manera reiterada que el tráfico informativo

---

<sup>675</sup> *Ídem*.

<sup>676</sup> HERNÁNDEZ RAMOS, M. El derecho de..., ob. cit., p. 146.

<sup>677</sup> HERNÁNDEZ RAMOS, M. El derecho de..., ob. cit., p. 147.

de materias relevantes es esencial a la democracia y al pluralismo político y debe ser protegido y fomentado para que el ciudadano esté informado de estas cuestiones, señalando la importancia de la recepción de información, pero sin que constituya un derecho subjetivo demandable a los poderes públicos.

## **CAPÍTULO SEXTO: ANÁLISIS COMPARATIVO DE LAS LEYES DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA CHILENA Y ESPAÑOLA**

### **I.- Presentación**

El presente Capítulo tiene por objeto mostrar un panorama comparativo entre la leyes de acceso a la información pública chilena y española. En definitiva lo que se trata es de analizar ambas legislaciones en sus aspectos cardinales a fin de determinar de qué manera éstas se ajustan o no a los estándares básicos que debe tener una adecuada regulación de este derecho.

A la luz de algunos de los aspectos más esenciales de este tipo de legislaciones, procuraremos reflexionar respecto de la forma como éstos son tratados en ambas legislaciones, destacando sus diferencias, fortalezas y debilidades, exponiendo al mismo tiempo algunas soluciones adoptadas en alguna de ellas y que pudiere ser considerada como una posibilidad de mejora en la otra.

### **II.- Sobre la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública en la ley chilena y española**

En el curso de este trabajo de investigación doctoral hemos planteado que el derecho de acceso a la información pública es un derecho fundamental derivado de la democracia como forma de gobierno y de la propia dignidad humana. Sin embargo, tanto en la ley chilena como española no se reconoce al derecho de acceso la calidad de un derecho fundamental exigible respecto de todos los órganos que ejercen la función pública (poder en buenas cuentas) sino que se circunscribe a un derecho de corte legal impetrable ante

la Administración del Estado.

El fundamento del derecho de acceso a la información pública se encuentra en definitiva en el ejercicio y el control del poder con el objeto de resguardar la forma democrática de gobierno y en el desarrollo integral de cada individuo en el contexto de la vida social. Estas conexiones nos permiten afirmar que el derecho de acceso a la información pública es un derecho fundamental, ya sea considerado como tal de manera autónoma o vinculado a la libertad de expresión.

Sin embargo, a pesar de la innegable vinculación que existe entre el derecho de acceso a la información pública con la democracia como forma de gobierno y la dignidad humana y con el mismo texto constitucional, la LAIP chilena no consagra el derecho de acceso como un derecho fundamental.

En el Capítulo II de esta investigación hemos destinado varias páginas para exponer las bases constitucionales del derecho de acceso a la información pública en el derecho público chileno y a pesar de las profundas conexiones que existe entre el derecho con los principios constitucionales y otros derechos fundamentales consagrados expresamente en el texto constitucional, el Tribunal Constitucional se ha encargado de señalar definitivamente que el derecho de acceso contenido en la LAIP no tiene el carácter de derecho fundamental y si bien puede ser considerado como parte del contenido esencial de la libertad de expresión, esta sola situación no le da el carácter de derecho fundamental.

Por su parte, la LTAIBG española opta por configurar el derecho de acceso a la información en relación con el artículo 105.b de la Constitución, declarando la misma norma legal que su contenido corresponde al desarrollo



de este mandato constitucional. El problema de esta opción es que el artículo 105.b de la Constitución española no se encuentra consagrado en el Capítulo referido a los derechos y libertades sino en el Título IV relativo al Gobierno y a la Administración del Estado, por lo que se le niega al derecho de acceso un carácter de derecho fundamental.

El gran inconveniente que presenta el sistema de acceso a la información tanto en Chile como en el Reino de España es que al no configurarse el derecho de acceso a la información pública como un derecho fundamental, por un lado no se le brinda el amparo jurisdiccional propio de esta categoría de derechos y por otro, al ser considerado solo como un derecho reconocido en la ley, este derecho se encuentra en una clara desventaja con otros bienes jurídicos que si tienen reconocimiento constitucional expreso o bien con otros derechos fundamentales, los que en la medida que tienen una mayor jerarquía van a prevalecer en caso de conflicto con la legítima pretensión de acceso a la información de cualquier ciudadano.

### **III.- Transparencia activa**

Por medio de la transparencia o publicidad activa los órganos de la Administración del Estado se encuentran en la necesidad de poner a disposición de la ciudadanía un conjunto de antecedentes, datos o información relevante sin que medie un requerimiento para ello. En el Capítulo Primero de esta investigación hemos tenido la oportunidad de referirnos a este aspecto del sistema normativo de transparencia en el ejercicio de la función pública y destacar el importante rol que debe cumplir en la creación de una cultura social de transparencia.

Las leyes de acceso a la información pública chilena y española contienen importantes normas que regulan la transparencia o publicidad activa.

La ley chilena de acceso a la información pública prescribe normas sobre transparencia o publicidad activa en el Título III que recibe esta misma denominación. En los artículos 7, 8 y 9 de la LAIP se señalan los órganos del Estado que se encuentran sometidos a estas exigencias, la información que debe estar a disposición permanente del público, la posibilidad de presentar reclamos por el incumplimiento de esta normativa y las disposiciones normativas básicas de control para garantizar la observancia de estas obligaciones legales.

La ley española por su parte destina el Capítulo II del Título I denominado “Transparencia de la actividad pública” para regular el contenido propio de la publicidad activa en el ordenamiento jurídico ibérico. Así, en sus artículos 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 11, se hace cargo de señalar los principios generales sobre los cuales se debe desarrollar la publicidad activa, la información que debe estar a disposición del público sin que medie ningún tipo de requerimiento al respecto, las normas de control, el portal de transparencia y sus principios técnicos rectores.

Destacamos que tanto en la legislación chilena como española los antecedentes que deben ser puestos a disposición de la ciudadanía vía transparencia o publicidad activa constituyen un requerimiento legal mínimo y no máximo, por lo que en ambos sistemas se concluye que el órgano estatal respectivo puede válidamente ofrecer más antecedentes e informaciones al público.

En cuanto a la información o antecedentes que deben estar a disposición permanente del público, el artículo 7 de la Ley de Acceso a la Información Pública chilena contempla materias básicas y esenciales dentro de la estructura organizacional y funcional de cada servicio público tal como su estructura orgánica, funciones y atribuciones, marco normativo que le es aplicable, planta de personal y sus respectivas remuneraciones, etc.

Por su parte, la Ley 19/2013 en sus artículos 6, 7 y 8 dispone que la información que debe estar a disposición permanente del público es aquella que dice relación con aspectos institucionales, organizativos y de planificación, de relevancia jurídica (normativa vigente aplicable al órgano respectivo) y económica, presupuestaria y estadística.

En términos generales podemos señalar que es un acierto en ambas legislaciones el reconocimiento de la transparencia o publicidad activa como una forma de contribuir a la cultura de la transparencia en la sociedad, sin perjuicio de mejorar los índices de eficiencia en el ejercicio de la gestión de cada servicio, pues en la medida que se anticipe información tan básica que seguramente es de continuo requerimiento por parte de la ciudadanía, se ahorrarán recursos tanto materiales como humanos en la entrega de esta información. Además de lo anterior, en la medida que el ciudadano vea que este tipo de información está siempre visible y disponible su confianza en el aparato público será mayor.

Como se puede concluir, el establecimiento de la transparencia o publicidad activa es un complemento importante del derecho de acceso a la información pública en el establecimiento de políticas de transparencia en el seno de las sociedades democráticas, siendo corolario de los principios de eficiencia y facilitación en la entrega de la información, ya que pone a

disposición del público información, que como hemos dicho, permanentemente es requerida por el público.

En cuanto a la extensión subjetiva de las normas sobre transparencia activa, éstas en el caso de la ley chilena son aplicables a los órganos de la Administración del Estado, esto es, ministerios, intendencias, gobernaciones, gobiernos regionales, municipalidades, fuerzas armadas, de orden y seguridad pública y órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa.

Además se harán extensivas estas normas a la Contraloría General de la República y al Banco Central, según lo dispone el artículo 7 antes mencionado. También alcanza esta normativa a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio.

Además, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 6,7,8 y 8 transitorios de la LAIP, el legislador optó por hacer extensivas las normas sobre transparencia activa al Congreso Nacional, a la Corte Suprema, al Tribunal Constitucional, a los tribunales electorales, al Ministerio Público, al Banco Central y a las empresas públicas.

En relación con este punto (extensión subjetiva de las normas sobre transparencia o publicidad activa), la ley española de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5.1 en relación con el artículo 2.1, dispone que las normas relativas a la publicidad activa serán aplicables a los organismos indicados en este último artículo<sup>678</sup>.

---

<sup>678</sup> Recordemos que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2.1 de la LTAIBG los organismos a los que se les aplicará las normas de publicidad activa son: a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta

Como se puede apreciar la solución que sobre este punto ofrece la ley española es muy similar a la que se contempla en la norma chilena. Es destacable en ambas legislaciones que no se circunscriban las obligaciones derivadas de la transparencia o publicidad activa únicamente a la Administración del Estado. Esta solución resulta acertada y lógica en la medida que es parte de la naturaleza de este tipo de legislación el control del poder, poder que por cierto es ejercido por todos los órganos del Estado y no solo por su aparato administrativo. En la regulación sobre transparencia o publicidad activa realmente se aprecia una clara voluntad de instalar una verdadera cultura de la transparencia, ya que por un lado la información que debe ser puesta a disposición del público es amplia y adecuada en términos generales y por otro, se extiende el ámbito subjetivo de los sujetos obligados por estas normas no solo a la Administración del Estado.

---

y Melilla y las entidades que integran la Administración Local; b) Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social así como las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales colaboradoras de la Seguridad Social; c) Los organismos autónomos, las Agencias Estatales, las entidades públicas empresariales y las entidades de Derecho Público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre un determinado sector o actividad; d) Las entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, vinculadas a cualquiera de las Administraciones Públicas o dependientes de ellas, incluidas las Universidades públicas; e) Las corporaciones de Derecho Público, en lo relativo a sus actividades sujetas a Derecho Administrativo; f) La Casa de su Majestad el Rey, el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial, así como el Banco de España, el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas, en relación con sus actividades sujetas a Derecho Administrativo; g) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de las entidades previstas en este artículo sea superior al 50 por 100; h) Las fundaciones del sector público previstas en la legislación en materia de fundaciones, i) Las asociaciones constituidas por las Administraciones, organismos y entidades previstos en este artículo. Se incluyen los órganos de cooperación previstos en el artículo 5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en la medida en que, por su peculiar naturaleza y por carecer de una estructura administrativa propia, le resulten aplicables las disposiciones de este título. En estos casos, el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Ley serán llevadas a cabo por la Administración que ostente la Secretaría del órgano de cooperación.

Otro aspecto importante a destacar, y donde si es posible apreciar diferencias sustanciales entre las normas sobre transparencia o publicidad activa chilena y española es en la regulación de la función de fiscalización del cumplimiento de esta normativa.

En relación a la fiscalización de las normas sobre transparencia activa el artículo 9 de la LAIP chilena dispone que las reparticiones encargadas del control interno de los órganos u organismos de la Administración, tendrán la obligación de velar por el cumplimiento y observancia de estas normas, sin perjuicio de las funciones y atribuciones propias del Consejo para la Transparencia y la Contraloría General de la República.

Por su parte, el artículo 47 de la LAIP chilena dispone que el incumplimiento injustificado de las normas sobre transparencia activa será sancionado con multa del 20% al 50% de las remuneraciones del infractor.

Todo este sistema se ve reforzado en forma importante, por un lado, porque la LAIP señala expresamente que corresponde al Consejo para la Transparencia la aplicación de las sanciones, previa instrucción de una investigación sumaria o sumario administrativo<sup>679</sup>; y por otro lado, con la

---

<sup>679</sup> De conformidad al Convenio de Colaboración Funcionaria de fecha 03 de junio de 2009 celebrado entre la Contraloría General de la República y el Consejo para la Transparencia, ésta último ha solicitado a la Contraloría, entre junio de 2009 a junio de 2014, la instrucción de 199 sumarios administrativos, de los cuales 133, esto es, el 67% han sido para perseguir responsabilidades por infracciones a las normas de transparencia activa.

A junio de 2014, el Consejo para la Transparencia había dictado 73 decisiones definitivas en estos sumarios, de las cuales 50 culminaron en sanciones a los funcionarios responsables. La mayor parte de estas sanciones efectivas tienen su origen en infracciones a las normas sobre transparencia activa. En este contexto las multas más altas fueron impuestas a alcaldes con el 40% de su remuneración. CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA, UNIDAD DE SEGUIMIENTO DE DECISIONES Y SUMARIOS DE LA DIRECCIÓN DE FISCALIZACIÓN. Jurisprudencia sancionatoria: Ley de Transparencia 2009-2014. Santiago: Consejo para la Transparencia, 2014. Disponible en: [http://www.educatransparencia.cl/sites/default/files/jurisprudencia\\_sancionatoria\\_cplt\\_0.pdf](http://www.educatransparencia.cl/sites/default/files/jurisprudencia_sancionatoria_cplt_0.pdf) (consulta 17/01/2017).

norma que faculta a cualquier persona para presentar un reclamo ante el Consejo para la Transparencia en caso de que algunos de los organismos de la Administración del Estado no publiquen en forma continua, permanente y actualizada la información mínima ordenada por la ley.

En cuanto a las normas que regulan el control de este tipo de materias en la LTAIBG española, ésta señala en su artículo 9 las siguientes directrices: en primer lugar, dispone que el cumplimiento por la Administración General del Estado de estas obligaciones será objeto de control por parte del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno; en segundo lugar, en el ejercicio de esta función el Consejo, de acuerdo con el procedimiento que se prevea reglamentariamente, podrá dictar resoluciones en las que se establezcan los medios que sean necesario adoptar para el cese del incumplimiento y el inicio de las actuaciones disciplinarias que procedan; y en tercer lugar, se dispone que el incumplimiento reiterado de las obligaciones de publicidad activa tendrá la consideración de infracción grave a los efectos de la aplicación a sus responsables del régimen disciplinario previsto en la correspondiente normativa reguladora.

Tal como fue sostenido en el curso de esta investigación, el control del cumplimiento de las normas sobre publicidad activa corresponde al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, la norma contenida en el artículo 9 de la LTAIBG no dejan lugar a dudas de ello. Sin embargo, la norma es poco clara en dos cuestiones importantes. Así, no deja despejado del todo el alcance de la expresión “inicio de las actuaciones disciplinarias que correspondan o procedan” y al parecer el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno solo tiene la facultad para instar al inicio del procedimiento disciplinario pero no para llevarlo a cabo; y además, la norma aludida tampoco prevé en este último caso qué pasaría si el órgano que debe llevar a cabo el procedimiento

disciplinario se niega a hacerlo.

Luego de haber realizado un breve análisis comparativo entre las ley chilena y española en relación con la transparencia o publicidad activa, consideramos que la legislación chilena se encuentra mejor perfilada que la española. En el caso chileno se ha optado por una solución simple pero efectiva, cual es entregar la fiscalización y control de esta normativa al Consejo para la Transparencia, órgano que además se encuentra facultado para aplicar sanciones en caso de inobservancias a la misma.

Por último, también es destacable la posibilidad que la LAIP chilena contempla en orden a facultar a cualquier persona natural o jurídica para formular un reclamo ante el Consejo para la Transparencia para el evento que los organismos públicos sujetos a las obligaciones de transparencia activa. Esta medida sin lugar a dudas viene a potenciar el efectividad de la ley al extender el ámbito de sujetos que pueden llevar a cabo el control, permitiendo además integrar a los ciudadanos y sus organizaciones intermedias intervenir en la fiscalización de la función pública y el éxito de esta legislación.

#### **IV.- Sobre el derecho de acceso a la información pública propiamente tal**

##### **1.- Concepto de información pública**

Resulta importante precisar qué debe entenderse por información pública para los efectos de una ley que reconozca derecho de acceso a la misma. En la medida que el concepto de información pública sea amplio el radio de alcance del derecho será mayor y por el contrario, un concepto



restringido de información pública puede llevar a transformar el derecho en una mera ilusión.

Sobre el concepto de información pública el artículo 10 de la LAIP chilena señala que “toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado en la forma y condiciones establecidas” en la misma ley. Además establece que “el acceso a la información comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales”.

Nos parece que la extensión del concepto de información pública (entendido respecto de la Administración del Estado) es lo suficientemente amplio, ya que abre en forma importante las opciones de requerir información de parte de la ciudadanía a la Administración del Estado.

En cambio, sobre este mismo asunto la solución adoptada por la legislación española no ha estado exenta de algunas importantes y justificadas críticas. Así, según el artículo 13 de la LTAIBG “se entiende por información pública los contenidos o documentos, cualquiera sea su formato o soporte, que obren en poder de algunos de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones”.

De la lectura de la norma contenida en el citado artículo 13 se desprende que el concepto de información pública elaborado por el legislador de la Ley 19/2013, tiene el mérito, al igual que la norma chilena, de dar el carácter de información pública no solo al continente donde la

información se encuentra sino también al contenido del mismo. Además, la expresión “cualquiera sea su formato o soporte” tiene la virtud de ampliar la extensión del derecho, ya que la entrega de la información puede referirse no solo a documentos impresos, sino también a documentos en formato digital, incluso audios si fuere procedente.

Sin embargo, la norma española al hacer extensivo el concepto de información pública a toda aquella que obre en poder de los sujetos incluidos en el ámbito del Título respectivo y que además haya sido elaborada o adquirida en el ejercicio de sus funciones, restringe en forma inaceptable el radio de acción del derecho. Consideramos que la llamada “regla del autor” es innecesaria y esta disposición debería ser modificada ya que por una lado no aporta en nada y sobre todo porque puede obstaculizar el ejercicio del derecho.

## **2.- Sobre la legitimación activa en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública**

Sobre este punto debemos señalar que tanto la ley de acceso a la información pública chilena como española se ajustan perfectamente a los estándares internacionales sobre acceso a la información pública, reconociendo una titularidad amplia sobre el derecho.

El artículo 10 de la LAIP chilena dispone que “toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley”.

En la misma línea el artículo 12 de la LTAIBG señala que “todos las personas tienen derecho a acceder a la información pública en los términos

previstos en el artículo 105.b) de la Constitución española, desarrollados por esta ley”.

Específicamente en el caso español la LTAIBG introduce una novedad, pues se aparta de la solución constitucional que utiliza la palabra “ciudadanos” y de la LRJPAC que en su artículo 37.1 utiliza el mismo vocablo.

La titularidad activa amplia utilizada tanto por la ley chilena como española resulta coherente con la naturaleza y finalidad de este tipo de legislaciones, pues mientras más extensa sea esta titularidad activa más amplio será el espectro de control sobre los sujetos pasivos, en este caso, la Administración del Estado principalmente, aumentando con ello los niveles de transparencia en el ejercicio de la función pública.

### **3.- Sobre la titularidad pasiva del derecho de acceso a la información pública**

Hemos insistido a lo largo de esta investigación que las leyes de acceso a la información pública son una eficaz mecanismo de control del poder y combate contra la corrupción. En este orden de cosas es preciso entender que el poder del Estado no solo se encuentra radicado en la Administración del Estado sino en todos los órganos que ejercen la función pública, por lo tanto el acceso a la información pública debería ser posible de impetrar respecto de cualquier órgano que ejerza la soberanía estatal.

En relación con este aspecto de la regulación del derecho de acceso a la información pública, consideramos que tanto la ley chilena como la española han dejado escapar la oportunidad de avanzar eficazmente en el proceso de transparencia de la función pública pues han optado reconocer el

derecho de acceso solo respecto de la función administrativa del Estado, siendo de alguna manera la ley chilena mucho más restringida que la española.

En el caso chileno a pesar del mandato constitucional consagrado en el artículo 8 de la Constitución en virtud del cual se hacen extensivos los principios de probidad y publicidad en el ejercicio de la función pública a todos los órganos del Estado, el derecho de acceso a la información pública solo puede ser impetrado respecto de los órganos que integran la Administración del Estado.

A la luz de lo dispuesto en el artículo 2 de la LAIP chilena, es posible concluir que solo a los órganos del Estado que integran el aparato administrativo del Estado se les es aplicable totalmente las disposiciones de la LAIP, dentro de las que se incluyen las normas de publicidad pasiva o derecho de acceso a la información. El derecho de acceso a la información pública solo puede ser exigido respecto de los ministerios, intendencias, gobiernos regionales, municipalidades, fuerzas armadas, de orden y seguridad pública y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa.

Lo anterior queda aún más en evidencia de la lectura del artículo 10 de la LAIP en cuyo inciso primero reconoce “el derecho de toda persona a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado”.

En la regulación española, no todos los órganos señalados en la LTAIBG se encuentran sometidos a ella con la misma intensidad. Existen por tanto diversos niveles de sometimiento a la ley y por ende no todos los

organismos a los que de alguna manera se les aplica la Ley 19/2013 son sujetos pasivos del derecho de acceso a la información pública.

Así en el artículo 2 de la LTAIBG se hace referencia a los sujetos pasivos a quienes les son aplicables todas las disposiciones del Título I, esto es, las normas de publicidad activa y las que regulan el derecho de acceso a la información pública.

Por su parte en el artículo 3 se mencionan aquellos sujetos sometidos tan solo al cumplimiento de algunas y no todas las obligaciones de publicidad activa, esto es, aquellas previstas en el Capítulo II que, según su naturaleza jurídica, les resultan de aplicación.

Finalmente se establece que determinadas personas físicas y jurídicas no contempladas en el artículo 2 y 3 puedan suministrar a algunas de las personas previstas en el artículo 2, la información que éstos requieran para el cumplimiento de sus obligaciones de publicidad activa y pasiva.

Sobre este punto la LTAIBG resulta ser más completa que su símil chilena, en el sentido que hace exigible el derecho de acceso a la información pública no solo a la Administración del Estado, administraciones de las comunidades autónomas y de las Ciudades de Celta y Melilla y las que integran la administración local, sino también a otros órganos que ejercen función pública como son las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social, organismos autónomos, agencias estatales, entidades públicas empresariales y las entidades de Derecho Público que, con independencia funcional o con una especie de autonomía reconocida por la ley, tengan atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre un determinado sector o actividad. También se incluyen en

este listado las entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, vinculados a cualquiera de las Administraciones Públicas o dependientes de ella, incluidas las Universidades Públicas.

Cabe destacar además que la ley española hace efectivo el derecho de acceso a la información pública a las Corporaciones de Derecho Público y a otros órganos del Estado como son la Casa de su Majestad el Rey, el Congreso de los Diputados y el Senado, el Tribunal Constitucional, el Consejo General del Poder Judicial, así como el Banco de España, el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas.

Esta amplitud es positiva, especialmente si la analizamos a la luz de la ley chilena que es mucho más restrictiva en estas materias, pero todo este mérito, se reduce de manera importante, puesto que el ejercicio del derecho de acceso a la información pública solo se reconoce en relación con las actividades administrativas de estos órganos.

En definitiva, la norma española se encuentra mejor configurada en este punto que la norma chilena, la que centra el derecho de acceso exclusivamente en la Administración del Estado, al extender el alcance del derecho a otros órganos como son los comprendidos por ejemplo en el artículo 2 letras f), g), h) e i) de la LTAIBG, lo que en todo caso no la hace escapar del reduccionismo, ya que solo permite ejercer el derecho dentro del marco de la actividad administrativa del Estado.

#### **4.- Consagración de principios sobre los que se sustenta el ejercicio del derecho de acceso a la información pública**

Un importante acierto de la ley de acceso a la información pública chilena es la explicitación de una serie de principios que informan el ejercicio del derecho de acceso. El artículo 10 de la LAIP hace referencia a los principios de relevancia, libertad de información, apertura o transparencia, máxima divulgación, divisibilidad, facilitación, no discriminación, oportunidad, control, responsabilidad y gratuidad.

La consagración de estos principios no es meramente programática ya que en el ejercicio de sus funciones y en uso de sus atribuciones el Consejo para la Transparencia los ha dotado de una importante operatividad práctica, utilizándolos en no pocas ocasiones para resolver amparos y reclamaciones presentados por personas que han visto desconocido su derecho de acceso a la información pública por parte de la Administración del Estado.

En la LTAIBG española no se utiliza esta técnica legislativa, aunque algunas de sus disposiciones descansan sobre algunos de estos principios que resultan esenciales para una eficaz aplicación de este tipo de normativa. Así por ejemplo, el artículo 16 de la LTAIBG consagra el llamado principio de divisibilidad bajo la forma de acceso parcial.

#### **5.- Procedimiento de acceso a la información pública**

Al momento de presentar las bases para una adecuada regulación del derecho de acceso a la información pública propusimos que cualquier legislación que regule y desarrolle este derecho debe contemplar un procedimiento claro, con plazos breves y sumarios que permita y no

obstaculice el ejercicio del derecho por parte de los ciudadanos.

En términos generales tanto la ley de acceso a la información pública chilena como española cumplen con este estándar, en la medida que contemplan un procedimiento administrativo simple y breve para concretar el ejercicio del derecho.

Así, de acuerdo a la LAIP chilena el procedimiento administrativo para exigir el derecho de acceso a la información pública se distribuye en cuatro etapas principales: i) una etapa de presentación de la solicitud y recepción de la misma por parte del órgano administrativo requerido; ii) una etapa de análisis formal de la solicitud de acceso a la información, la cual se encuentra conformada por la verificación de la competencia del órgano, la revisión de los aspectos formales de la solicitud y su eventual subsanación, la búsqueda de la información y, cuando sea procedente, por la determinación, notificación y eventual oposición de los terceros cuyos derechos pudieren verse afectados con la entrega de la información solicitada; iii) una etapa de resolución de la solicitud de acceso a la información, la cual se encuentra integrada por la revisión de fondo de la norma, por la redacción y firma del acto administrativo de respuesta por parte del órgano requerido y su consecuente notificación; y iv) una etapa de cumplimiento de lo resuelto, en donde se harán efectivos los eventuales cobros de reproducción y certificación de la información que se entrega al ciudadano solicitante.

La solicitud de acceso a la información pública puede ser formulada por escrito, ya sea en papel impreso o por vía electrónica, y para el evento que esta presentación no reúna los requisitos exigidos en la LAIP, se debe requerir al solicitante para que, dentro de los cinco días siguientes a la notificación, sean subsanadas estas falencias. Este requerimiento de



subsanción es obligatorio para la Administración.

Para el evento que el órgano requerido de información no sea competente o no posea la información solicitada, enviara de inmediato una comunicación a la autoridad que corresponda para que se haga cargo del requerimiento formulado por el solicitante.

Una vez formulado el requerimiento o solicitud, la autoridad requerida, deberá pronunciarse sobre la misma, en un plazo máximo de 20 días hábiles contados desde la recepción de la solicitud con todos los requisitos establecidos en la LAIP. Excepcionalmente este plazo puede ser prorrogado por otros 10 días hábiles, en caso de concurrir circunstancias excepcionales.

Admitida a trámite la solicitud de acceso a la información el órgano requerido tiene frente a ella tres alternativas de actuación, a saber: entregar la información solicitada, comunicar a terceros para que eventualmente puedan ejercer su derecho de oposición o simplemente denegarla por concurrir algunas de las causales de reserva o secreto contempladas en la ley.

La negativa a entregar la información requerida deberá formularse por escrito y ser notificada por cualquier medio, incluyendo los electrónicos. Esta negativa deberá ser fundada y especificando la causa legal invocada para proceder de dicha forma y las razones que motivaron la decisión del órgano. Sobre este punto en particular el Consejo para la Transparencia ha sido enfático al señalar que no basta con que la Administración del Estado invoque una causa legal para denegar la información solicitada, sino que además es preciso que exprese motivada y razonadamente como se configura esta causal y de qué manera la liberación de la información

respectiva afectaría al bien jurídico que se quiere resguardar con la consagración legal de dicha causal.

Además la LAIP contempla el derecho de oposición a la entrega de la información por parte de terceros. La autoridad requerida deberá, dentro del plazo de dos días hábiles, que se cuentan desde la recepción de la solicitud, comunicar mediante carta certificada a quienes se refiere o afecta la información sobre la cual versa el procedimiento de acceso, a fin de que éstos puedan hacer uso de su facultad de oponerse a la entrega de la misma. El ejercicio de esta facultad podrá ser concretado por estos terceros dentro de los tres días hábiles siguientes a la notificación respectiva.

Notificada la negativa de entrega de la información o vencido el plazo legal para la entrega de la información requerida sin que ésta se haya concretado, el requirente tendrá derecho a recurrir al Consejo para la Transparencia solicitando el amparo de su derecho de acceso a la información pública.

En el sistema de acceso a la información pública de España, a la luz del artículo 17 de la LTAIBG, el procedimiento administrativo para el ejercicio del derecho de acceso a la información se inicia también con una solicitud. Esta solicitud debe cumplir con ciertos requisitos formales establecidos en la misma LTAIBG.

El artículo 18 de la LTAIBG señala las causales de inadmisión a tramitación de la solicitud de acceso. Estas causales de inadmisión tienen relación con solicitudes que se refieran a información que esté en curso de elaboración o de publicación general; a información que tenga carácter auxiliar o de apoyo como la contenida en notas, borradores, opiniones,

resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas; relativas a información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración; dirigidas a un órgano en cuyo poder no obre la información cuando se desconozca el competente o que sean manifiestamente repetitivas o tengan un carácter abusivo no justificado con la finalidad de transparencia de esta Ley.

En esta parte consideramos que la ley española se aparta equivocadamente de la solución otorgada por la ley chilena. En efecto, mucha información pública relevante, especialmente para que opere el control ciudadano sobre la actividad de la Administración del Estado, suele estar contenida precisamente en notas, resúmenes, comunicaciones e informes internos, etc., por lo mismo, permitir que no se admita a tramitación una solicitud de acceso sobre este tipo de información es incompatible e incoherente con la naturaleza jurídica y la finalidad de este tipo de normativa.

Volviendo a la tramitación propiamente tal de la solicitud de acceso a la información pública, la LTAIBG también prevé, acertadamente, al igual que la norma chilena, que el órgano que no tuviere en su poder la información requerida, remitirá la solicitud al órgano competente si lo conoce e informará de esta situación a la persona que solicita la información.

También la LTAIBG contempla en su artículo 19.2 el principio de subsanación en la medida que cuando la solicitud no identifique en forma suficiente la información requerida, se pedirá al solicitante que la concrete dentro de un plazo de 10 días, bajo apercibimiento de tenerlo por desistido de la solicitud de acceso.

Del mismo modo, la ley española al igual que lo contemplado en la ley chilena reconoce el derecho de oposición, permitiendo que terceros puedan dentro de un plazo de 15 días realizar las alegaciones que estimen pertinentes y oportunas.

Dentro del procedimiento de acceso de la ley española se contempla otra disposición que no contiene la LAIP chilena. Esta disposición es aquella que se encuentra contenida en el artículo 19.4 de la LTAIBG que dispone que en el caso que la información objeto de la solicitud, aun obrando en poder del sujeto al que se dirige, haya sido elaborada o generada en su integridad o parte principal por otro órgano, se le remitirá la solicitud a éste para que decida sobre el acceso.

Consideramos que esta regla (que parte de la base, errónea que el propietario de la información es el órgano que la elabora y no la ciudadanía) obstaculiza innecesariamente el ejercicio del derecho. A pesar de que esta disposición del artículo 19.4 guarda coherencia con el artículo 13 de la LTAIBG, el que para catalogar una información como pública, establece el doble requisito de que ésta obre en poder del órgano requerido y que haya sido elaborada o adquirido por éste en el ejercicio de sus funciones, la verdad es que cuesta encontrar una justificación a una disposición de esta naturaleza. En esta parte el legislador de la LTAIBG se aparta definitivamente del principio de facilitación a la entrega de la información.

En cuanto al plazo para pronunciarse sobre la solicitud de acceso, el artículo 20.1 lo consagra en forma indirecta, puesto que ordena que la resolución respectiva sea notificada al solicitante y a los terceros afectados en el plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud por el órgano competente. También es posible ampliar este plazo por otro mes en caso de

que el volúmen o complejidad de la información solicitada lo hagan necesario, debiendo previamente notificar al solicitante.

Tal como se puede constatar, si bien los plazos contenidos tanto en la norma chilena como española aparecen como razonables, en el caso chileno los términos para que el ciudadano tenga noticias del resultado de su solicitud son más breves, ya que una vez formulado el requerimiento en forma legal, el plazo máximo que tiene el órgano administrativo para pronunciarse es de 20 días hábiles y la extensión no puede exceder de 10 días hábiles.

Finalmente, valga destacar que las resoluciones dictadas en materia de acceso a la información pública son recurribles directamente ante la jurisdicción contenciosa administrativa, sin perjuicio de la posibilidad de interposición de la reclamación potestativa ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

## **6.- Ausencia de motivación**

Hemos sostenido que una adecuada regulación del derecho de acceso a la información pública debe reconocer la ausencia de la necesidad de motivar el requerimiento de acceso por parte del solicitante. La exigencia de motivación podría dar lugar a la configuración de una facultad de ponderación por parte de la autoridad en orden a decidir si la información merece o no ser entregada, si su entrega es o no conveniente, en el sentido de que la autoridad podría estimar que la motivación esgrimida por el ciudadano no es suficientemente poderosa como para justificar la entrega de la información solicitada.

El acceso a la información pública como derecho de los ciudadanos es un aspecto en donde la discrecionalidad debe quedar reducida a cero. No es resorte del órgano público requerido llevar a cabo una ponderación en orden a determinar si debe o no ser entregada la información. La cuestión es muy simple: si no existe ninguna causal legal que ampare la reserva o secreto la información se entrega.

En el caso de la LAIP chilena, en su artículo 11 letra g) expresamente se señala que de acuerdo al principio de la no discriminación que debe informar la entrega de la información requerida, los órganos de la Administración del Estado deberán entregar esta información a todas las personas que la soliciten, en igualdad de condiciones, sin hacer distinciones arbitrarias y sin exigir expresión de causa o motivo para tal solicitud.

El Consejo para la Transparencia reafirmando el mandato legal ha señalado que “los motivos y la calidad de quien solicita la información resultan irrelevante para decidir sobre la procedencia de su entrega”<sup>680</sup>.

La ley española en su artículo 17.3 también hace suya esta máxima al establecer que “el solicitante no está obligado a motivar su solicitud de acceso a la información”.

Como es posible apreciar la solución adoptada por la LTAIBG resulta armónica con las tendencias legislativas y las normas internacionales que regulan este derecho. Sin embargo, si damos una lectura a los artículos 14.2 y 15.3 de la ley podemos constatar una especie de contradicción entre la norma del artículo 17.3 y la exigencia de ausencia de motivación prescrito en éste y el contenido de estas dos disposiciones, lo que nos lleva a concluir que

---

<sup>680</sup> CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C1791-12, *Paulo Olguín Narvaez con Fondo Nacional de Salud (FONASA)*, 06/03/2013, considerando 9 a).

en algunos casos los motivos o intereses que se expliciten en la solicitud para fundamentar el acceso a la información pueden llegar a ser relevantes, ya que pueden ser considerados y tomarse en cuenta como criterio de ponderación.

El artículo 14.2 a propósito de los límites al derecho de acceso señala que “la aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso”.

Por su parte el artículo 15.3 letra b) de la LTAIBG a propósito de la protección de datos personales prescribe que “cuando la información solicitada no contuviera datos especialmente protegidos, el órgano al que se dirija la solicitud concederá el acceso previa ponderación suficientemente razonada del interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la información solicitada, en particular su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal”. Con el objeto de llevar a cabo esta ponderación la norma señala que el órgano tomará particularmente en consideración una serie de criterios, dentro de los cuales enuncia “la justificación por los solicitantes de su petición en el ejercicio de un derecho o el hecho de que tengan la condición de investigadores y motiven el acceso en fines históricos, científicos o estadísticos”.

Además de las disposiciones contenidas en los citados artículo 14.2 y 15.3 letra b) de la LTAIBG, consideramos que la propia norma contenida en el artículo 17.3 también resulta confusa y poco apropiada al disponer que el solicitante “podrá exponer los motivos por los que solicita la información y podrán ser tenidos en cuenta cuando se dicte la resolución”.

Insistimos en la idea que el órgano administrativo debe liberar siempre la información solicitada en la medida que no concurra una causa legal que justifique la negativa a la entrega de la información y debe por tanto abstenerse de cualquier otra consideración para resolver. Dado lo anterior, la existencia norma del artículo 17.3 que hemos referido no tiene ninguna razón de ser y solo se presta para generar confusiones.

### **7.- Mecanismos de reclamo ante la negativa de entrega de la información solicitada**

Otro aspecto cardinal en cualquier regulación sobre el derecho de acceso a la información pública es el mecanismo que la ley pone a disposición del solicitante para el evento de que su solicitud sea resuelta negativamente.

Tanto en el caso de la LAIP chilena como la LTAIBG española hay un importante aporte a la transparencia, ya que en ninguno de estos sistemas de acceso a la información se ha establecido como vía de reclamación el agotamiento de la vía administrativa sino que se ha permitido el acceso directo a un órgano independiente del servicio público que ha denegado la información.

Tal como planeta MARTÍN DELGADO, a propósito de la LTAIBG española, comentario que resulta plenamente aplicable al modelo chileno, esta decisión del legislador se encuentra plenamente justificada, tanto por razones de especialización en la materia como por motivos de independencia. Así, “la necesidad de optar por mecanismos sustitutivos de los recursos ordinarios resulta evidente en un sector, como el de transparencia, tan sensible a intereses políticos. Ha de tenerse presente que el acceso a la



información pública, en el contexto de una Administración habituada a la opacidad, genera una inercia de rechazo a ofrecer la información requerida por el ciudadano, especialmente en la cúpside de la organización administrativa, que haría inoperante cualquier recurso administrativo tradicional, tanto el de reposición como particularmente el dealzada”<sup>681</sup>.

La LAIP chilena dispone que vencido el plazo para la entrega de la información requerida, o denegada la solicitud, el solicitante tendrá derecho a recurrir ante el Consejo para la Transparencia, solicitando el amparo de su derecho<sup>682</sup>.

Este reclamo debe señalar claramente cuál es la información cometida y los hechos que la configura, acompañando los medios de prueba que los acrediten. Debe presentarse dentro del plazo de 15 días, que se cuentan desde la notificación de la denegación del acceso o desde que haya expirado el plazo previsto para la entrega de la información.

Recibida esta reclamación el Consejo para la Transparencia notificará al órgano de la Administración que corresponda y al tercero involucrado si lo hubiere. Tanto la autoridad reclamada como el tercero involucrado podrán formular sus descargos dentro de los 10 días hábiles siguientes.

La resolución que falle el reclamo deducido se dictará dentro de quinto día hábil una vez vencido el plazo para formular descargos u observaciones. En esta misma resolución el Consejo podrá señalar la

---

<sup>681</sup> MARTÍN DELGADO, I. La reclamación ante..., ob. cit., p. 377.

<sup>682</sup> A noviembre de 2016, según reportes estadísticos del propio Consejo para la Transparencia han ingresado desde el año 2009 un total de 17.560 reclamos, de los cuales 11.238 (67%) han sido formulados en contra de órganos centrales y 6.322 (36%) en contra de municipalidades. Fuente: Reportes estadísticos Consejo para la Transparencia. Disponible en: [http://extranet.consejotransparencia.cl/web\\_RSWV2/paginas/VerInformacion.aspx](http://extranet.consejotransparencia.cl/web_RSWV2/paginas/VerInformacion.aspx) (consulta 22/01/2017).

necesidad de iniciar un procedimiento disciplinario para establecer las responsabilidades que correspondan.

Por último la LAIP chilena dispone que en contra de la decisión del Consejo para la Transparencia procede un reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones respectiva. La Corte de Apelaciones dictará sentencia dentro del término de 10 días contados desde la fecha en que se celebre la audiencia probatoria si la hubiere o desde que quede ejecutoriada la resolución que declara cerrado el término probatorio.

La LAIP señala categóricamente que contra esta resolución de la Corte de Apelaciones no procederá recurso alguno.

Por último la LAIP dispone que para el evento de acogerse el reclamo de ilegalidad interpuesto en contra la denegación de acceso a la información, la sentencia señalará un plazo para la entrega de dicha información y en esta misma resolución la Corte de Apelaciones podrá señalar la necesidad de iniciar un procedimiento disciplinario para establecer si algún funcionario o autoridad han incurrido en algunas de las infracciones previstas en la ley.

La solución adoptada por la LTAIBG española difiere sustantivamente de la normativa chilena la que como acabamos de indicar entrega en primer término al Consejo para la Transparencia la competencia de conocer y resolver de los amparos que se deduzcan en contra de la negativa de entrega de la información y contempla la intervención de la justicia ordinaria solo por vía de reclamo de ilegalidad en contra de la decisión del Consejo.

En el caso de la ley española a la luz de lo dispuesto en el artículo 23 de la misma la reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen

Gobierno tiene un carácter facultativo y sustituta de los recursos administrativos. En otras palabras, el solicitante que no ha tenido satisfecha su pretensión de obtención de la información requerida puede interponer una reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno o bien recurrir a la vía contenciosa administrativa.

Si el ciudadano puede optar entre la vía administrativa o bien recurrir al Consejo es posible deducir (aunque no lo diga expresamente la ley) que las resoluciones de éste tienen mérito ejecutivo. Dada la trascendencia de esta cuestión consideramos que el legislador debió consagrar este efecto de las resoluciones del Consejo en forma explícita.

La reclamación ante el Consejo se interpondrá en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a la notificación a aquel en que se producen los efectos del silencio administrativo. Nótese que a diferencia de la ley chilena, la LTAIBG otorga un plazo sustancialmente mayor para recurrir ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

La LTAIBG establece como plazo máximo para resolver y notificar las resoluciones que recaigan en los procedimientos de reclamación, tres meses, tras los cuales la reclamación se entenderá por desestimada en caso de no existir este pronunciamiento u omitirse la notificación. Esta disposición consagrada en el artículo 24.4 de la LTAIBG nos merece dos comentarios. En primer lugar la forma en que se encuentra redactada la norma da pie a dejar en la indefensión al ciudadano requirente de la información, pues la norma solo exige el transcurso de término de tres meses para que la reclamación se entienda por desestimada, sin importar que esta inactividad no sea imputable al propio Consejo por ejemplo. Y en segundo lugar, el plazo máximo de tres meses resulta excesivo a la luz de los intereses del solicitante

que puede requerir la información en forma urgente, especialmente en comparación a la ley chilena la cual contempla un término para el fallo del amparo que no excede de los 15 días hábiles desde el momento en que es deducido.

Por último, valga recordar que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 23.1 de la LTAIBG la reclamación prevista en el artículo 24 se considerará sustitutiva de los recursos administrativos de conformidad a lo dispuesto en el artículo 107.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Además, de acuerdo a lo dispuesto en el mismo artículo 23.2 en contra de las resoluciones dictadas por la Casa de la Majestad el Rey, el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial, Banco de España, Consejo de Estado, Defensor del Pueblo, Tribunal de Cuentas, Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas en sus actividades sujetas al Derecho Administrativo, solo cabrá el recurso contencioso administrativo. La ley excluye expresamente la competencia de Transparencia y Buen Gobierno para conocer de la reclamación ante la negativa de entrega de la información según la LTAIBG.

## **8.- Sanciones**

Otro aspecto que resulta fundamental en este tipo de legislación es la previsión de sanciones efectivas que sirvan por un lado, como un mecanismo de disuación a todas aquellas conductas de funcionarios públicos que impidan u obstaculicen el ejercicio del derecho; y por otro, que permitan hacer realmente efectivas las responsabilidades por infringir la ley.

La LAIP chilena establece el régimen de infracciones y sanciones en el Título VI de la misma. Así, la autoridad o jefatura superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, que requerido en forma legal, hubiese denegado infundadamente el acceso a la información, será sancionado con una multa que asciende entre el 20% al 50% de su remuneración.

Del mismo modo, la no entrega oportuna de la información en la forma decretada, una vez que esta entrega fue ordenada por resolución firme, será sancionada con multa del 20% al 50% de la remuneración correspondiente.

En caso de que el funcionario sancionado persistiere en su actitud, se le aplicará el duplo de la sanción indicada precedentemente y la suspensión en el cargo por un lapso de cinco días.

Recordemos que este mismo régimen sancionatorio se aplica en caso de incumplimiento injustificado de las normas sobre transparencia activa.

Por último, de acuerdo a la ley chilena, el órgano competente para aplicar estas sanciones es el propio Consejo para la Transparencia<sup>683</sup>. Tal

---

<sup>683</sup> En el período comprendido entre abril de 2009 a noviembre de 2016, 262 funcionarios de la Administración del Estado han sido sancionados por incumplimiento de las obligaciones contenidas en la Ley N° 20.285. De estos 262 funcionarios 3 corresponden a Jefe Superior de Servicio, 117 Alcaldes de municipalidades, 79 encargados o Directores de Departamento de Control, 29 encargados de transparencia, 13 secretarios municipales, 12 administradores municipales y 9 funcionarios que desempeñan otro tipo de cargo. En total todas estas multas han significado un ingreso al patrimonio fiscal de aproximadamente \$ 101.764.000 lo que equivale alrededor de 144.240, 271 Euros. CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA, UNIDAD DE SEGUIMIENTO DE DECISIONES Y SUMARIOS DE LA DIRECCIÓN DE FISCALIZACIÓN. Jurisprudencia sancionatoria: Ley de Transparencia 2009-2014. Santiago: Consejo para la Transparencia, 2014. Disponible en: [http://www.educatransparencia.cl/sites/default/files/jurisprudencia\\_sancionatoria\\_cplt\\_0.pdf](http://www.educatransparencia.cl/sites/default/files/jurisprudencia_sancionatoria_cplt_0.pdf) (consulta 17/01/2017).

como lo indicamos en el Capítulo destinado al estudio del Consejo para la Transparencia, este órgano tiene un incuestionado rol sancionador.

Ha diferencia de lo que sucede con la LAIP chilena, el Título I, sobre transparencia de la actividad pública de la LTAIBG española no contempla sanciones para el evento de incumplimiento de las normas sobre acceso a la información pública.

Solamente se dispone en el artículo 9.3, a propósito de la publicidad activa, que “el incumplimiento reiterado de las obligaciones de publicidad activa tendrá la consideración de infracción grave a los efectos de la aplicación a sus responsables del régimen disciplinario previstos en la correspondiente normativa reguladora”.

Por su parte el artículo 20.6 incluido en la Sección 2ª del Capítulo Tercero que regula el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, dispone que “el incumplimiento reiterado de la obligación de resolver en plazo tendrá la consideración de infracción grave a los efectos de la aplicación a sus responsables del régimen disciplinario previsto en la correspondiente normativa reguladora”.

La Ley 19/2013 no establece directamente un sistema sancionatorio para el evento de incumplimiento de sus disposiciones, debiendo por tanto aplicarse las normas generales. Afirmamos de este modo que el régimen sancionador de la LTAIBG es débil, ya que carece de un título específico regulador de éste, “con un cuadro de infracciones, sanciones, procedimientos y cuestiones complementarias, que contrasta con el régimen previsto para el Buen Gobierno en el Título II”<sup>684</sup>.

---

<sup>684</sup> NAVARRO ATIENZA, M. Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen

## **9.- Límites al ejercicio del derecho de acceso a la información pública**

Ya hemos tenido la oportunidad de señalar en el Capítulo Primero de este trabajo que resulta fundamental para el éxito de este tipo de legislaciones la consagración de límites taxativos que sean aplicados restrictivamente y que tengan su origen solo en la Constitución o la ley.

En efecto, la amplitud en la consagración de estos límites o bien la posibilidad de que éstos puedan ser establecidos por el reglamento traería consigo indefectiblemente la inutilidad de este tipo de leyes, pues los órganos sujetos a las mismas siempre optarían por evitar o a lo menos obstaculizar la entrega de la información que obra en su poder.

En la legislación chilena, consideramos que la exigencia planteada arriba se cumple cabalmente, pues el artículo 21 de la LAIP señala que “las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información” son las que la misma norma se encarga de señalar.

Las causales de reserva o secreto consagradas en la LAIP chilena se configuran cuando: i) su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido. La propia norma del artículo 21 N° 1 letra a) se encarga de precisar que esto sucede particularmente cuando la publicidad es en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito o se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales. También

---

Gobierno y el Convenio del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos. En *Administración de Andalucía: Revista Andaluza de Administración Pública*, N° 87, 2013, pp. 323-343, p. 333.

tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquellas, sean públicos una vez que sean adoptadas; y, tratándose de requerimientos de carácter genérico, referido a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiere distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento de sus deberes habituales; ii) cuando la publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas; iii) cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o a la mantención del orden público o la seguridad pública; iii) cuando la publicidad, comunicación o conocimiento afecte el interés nacional, en especial si se refiere a la salud pública o las relaciones internacionales y los intereses económicos y comerciales del país; y, iv) cuando se trate de documentos, datos o informes que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8 de la Constitución.

Tal como lo hemos indicado a propósito del desarrollo de estas causales de reserva o secreto por parte del Consejo para la Transparencia, este órgano ha cumplido un rol fundamental que ha venido a complementar adecuadamente esta normativa. Así, el Consejo para la Transparencia ha sostenido reiteradamente que estas causales deben ser intepretadas restrictivamente, que no admiten aplicación por analogía, que no basta con que el órgano requerido la invoque sino que debe acreditar de qué manera ésta se configura, que la prueba de las circunstancias que configuran la causal corresponden al órgano, etc.

Tal como se puede observar, la LAIP chilena logra de alguna manera estar a la altura de los estándares internacionales en esta materia; cuestión



que se ve reforzada por la inestimable labor realizada por el Consejo para la Transparencia en su labor de aplicar e interpretar la ley.

En cambio, la Ley 19/2013, en su artículo 14 señala que el derecho de acceso a la información pública “podrá ser limitado cuando acceder a la información suponga un perjuicio” para ciertos bienes que la misma norma se encarga de señalar.

Según la LTAIBG española el derecho de acceso a la información pública solo puede ser limitado por la seguridad nacional, la defensa, las relaciones exteriores, la seguridad pública, la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios, la igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva, las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control, los intereses económicos y comerciales, la política económica y monetaria, el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial, la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión y la protección del medio ambiente.

Como se puede apreciar la norma española a diferencia de lo que sucede con la LAIP chilena, resulta sumamente generosa a la hora de establecer hipótesis de causales que justifiquen la no entrega de la información.

Resulta curioso constatar que la propia LTAIBG declara en su artículo 12 que “todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el artículo 105.b) de la Constitución española, desarrollados por esta ley” y al momento de definir los límites del derecho de acceso se aparta del texto constitucional que solo consagra excepciones

relacionadas con la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.

## **V.- El Consejo para la Transparencia y el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno**

### **1.- Presentación**

Hemos tenido la oportunidad de señalar que la existencia de un órgano autónomo e independiente encargado de velar por el cumplimiento de la normativa sobre acceso a la información pública resulta fundamental para el éxito de esta legislación. Sin la existencia de un órgano de esta naturaleza el derecho de acceso terminaría siendo aplastado por los intereses políticos o económicos imperantes en la sociedad o en general por cualquier actor relevante dentro del sistema político.

Resaltamos la idea de la independencia y autonomía de la que debe estar dotado este tipo de órgano, pero ésta no solo debe ser funcional también debe ser presupuestaria. Esta autonomía e independencia debe ser reforzada por los principios de inamovilidad y por la consagración de la no redesignación en el ejercicio de las funciones de los integrantes de dicho órgano.

Otra cuestión esencial dice relación con el nombramiento de los integrantes de estos órganos. Consideramos que estos integrantes deben ser designados en el marco de un proceso transparente, donde intervengan los diversos poderes del Estado, previa consulta a organizaciones civiles y ciudadanas, además en estas designaciones deben primar criterios técnicos y no políticos.

La LAIP chilena encarga este rol fundamental de garantizar el cumplimiento de su normativa y el derecho de acceso a la información pública a un órgano que se denomina Consejo para la Transparencia. La LTAIBG española encomienda esta función al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

La forma en que han sido diseñados un órgano y otro, tanto en sus aspectos orgánicos como funcionales, es posiblemente una de las más marcadas e importantes diferencias entre el sistema de acceso a la información pública chileno y español.

## **2.- En cuanto a su estructura orgánica**

El Consejo para la Transparencia, órgano contemplado en la LAIP chilena en sus artículo 31 al 44, se define como “una corporación autónoma de Derecho Público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuyo objeto es promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información y garantizar el derecho de acceso a la información pública”.

Este Consejo para la Transparencia tiene una dirección y administración superior radicada en un Consejo Directivo integrado por cuatro consejeros designados por el Presidente de la República, previo acuerdo con el Senado, adoptado por las dos terceras partes de sus miembros en ejercicio.

Estos consejeros ostentarán el cargo durante seis años, pudiendo ser designados para un nuevo período.

En el caso del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, se trata de un organismo público, previsto en la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, creado por la Ley 19/2013.

Se trata de un órgano dotado de personalidad jurídica propia, con plena capacidad de obrar y que actúa con autonomía y plena independencia en el cumplimiento de sus fines.

A diferencia de lo que sucede con el Consejo para la Transparencia chileno, el artículo 33.1 de la LTAIBG adscribe al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. En todo caso, esta adscripción no debería ser perjudicial en la medida que se respete realmente la autonomía que la ley le entrega al Consejo para el cumplimiento de sus fines.

Otro aspecto en que el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno se aparta sustancialmente del modelo chileno es en su composición orgánica, ya que de acuerdo a la LTAIBG éste tiene una composición compleja pues se encuentra integrado por dos órganos, a saber: la Comisión de Transparencia y Buen Gobierno y el Presidente del Consejo, que además oficia como Presidente de la Comisión.

La Comisión a su vez estará compuesta por su Presidente, quien además es el Presidente del Consejo, tal como lo hemos señalado previamente, un diputado, un senador, un representante del Tribunal de Cuentas, un representante del Defensor del Pueblo, un representante de la Agencia Española de Protección de Datos, un representante de la Secretaría

de Estado de Administraciones Públicas y un representante de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal.

En relación con la composición orgánica del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno consideramos que esta conformación que incorpora al órgano actores relevantes de diversos órganos del Estado puede restar objetividad e independencia al Consejo, toda vez que en el ejercicio de sus funciones pudiesen primar en estos comisionados intereses corporativos más que criterios tendentes a una aplicación objetiva de la LTAIBG.

Por otro lado, estimamos que la aplicación de una normativa de esta naturaleza requiere de un grado de especialización y dedicación que es incompatible con la solución del artículo 36.3 de la LTAIBG que dispone que no será exigible a los integrantes de la Comisión una dedicación exclusiva a este oficio.

Donde si consideramos que hay un importante acierto de la LTAIBG española, solución que creemos debe ser adoptada en el modelo chileno, es la disposición contenida en el artículo 37 de esta norma en virtud de la cual se dispone que el Presidente del Consejo será nombrado por un periodo no renovable de cinco años. Debemos insistir en la idea de que la no reelección o redesignación incrementa en forma importante los niveles de independencia y autonomía, especialmente importante en un órgano de naturaleza contralora y garantista de derechos, en la medida que las decisiones adoptados no tomarán como elemento de análisis una posible nueva designación.

Finalmente respecto de la organización interna del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno creemos que no resulta del todo acertada la

decisión del legislador contenida en el artículo 39.2 de la LTAIBG de encargar al Consejo de Ministros aprobar mediante Real Decreto el Estatuto de Consejo, en donde se establecerá su organización, estructura y funcionamiento, así como todos los aspectos que sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

Si se reconoce al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno personalidad jurídica y autonomía funcional, resulta negativo que se le prive de la facultad de dictar sus propios estatutos.

En el caso chileno, a la luz de lo dispuesto en el artículo 41 de la LAIP, los estatutos del Consejo para la Transparencia serán propuestos al Presidente de la República por el propio Consejo por, a lo menos una mayoría de tres cuartas partes de sus miembros, y su aprobación se dispondrá mediante decreto supremo expedido a través del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

Como es posible observar, la ley chilena reconoce un mayor grado de incidencia al Consejo de Transparencia que la LTAIBG al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, situación que sin duda puede redundar en el logro de una mayor o a lo menos más eficaz autonomía de uno u otro organismo.

### **3.- En cuanto a su estructura funcional**

En relación con los aspectos funcionales es posible constatar importantes diferencias entre la configuración del Consejo para la Transparencia chilena y el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno de España.

De acuerdo a la normativa chilena el Consejo para la Transparencia se encuentra llamado a cumplir tres tipos de funciones, a saber: i) una función de promoción; ii) una función de fiscalización; y iv) una función de tutela o garantía.

En el ejercicio de la labor de promoción, el Consejo para la Transparencia se alza como el órgano encargado de impulsar un proceso que lleve a construir una cultura de la transparencia en la sociedad chilena y así mejorar los índices de probidad en el ejercicio de la función pública y disminuyendo de esta forma los actos de corrupción.

En el ejercicio de la función de fiscalización, corresponde al Consejo llevar a cabo las tareas que sean necesarias a fin de asegurar que los órganos del Estado sometidos a la LAIP cumplan con la normativa de publicidad activa y acceso a la información pública contenida en ella.

El Consejo para la Transparencia también lleva a cabo una labor de tutela que le es encomendada por la LAIP, en virtud de la cual debe garantizar a los sujetos legitimados el acceso a la información pública para el evento que ésta no sea debida y oportunamente entregada por los órganos del Estado, ya sea bajo la modalidad de transparencia activa como en el evento que se desconozca el derecho de acceso propiamente tal.

Todas estas funciones se ven reforzadas por el innegable rol sancionador reconocido al Consejo para la Transparencia, tanto por la propia LAIP como por los tribunales de justicia<sup>685</sup>.

---

<sup>685</sup> El 27 de diciembre de 2016, la Corte Suprema rechazó un recurso de apelación deducido por el rector de la Universidad de Santiago (Usach), en contra de una sentencia previa de la Corte de Apelaciones de Santiago, que lo obligaba a pagar el 20% de su remuneración

Desde a entrada en vigencia de la LAIP chilena le ha correspondido al Consejo para la Transparencia efectuar diversas funciones que la ley le encomienda dentro de las cuales destaca la ya mencionada función de fiscalización del cumplimiento de sus disposiciones y sancionar a los funcionarios responsables de estas infracciones.

En el caso del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno español el artículo 38 de la LTAIBG establece en sus dos apartados las funciones encomendadas tanto al Consejo como al Presidente de este organismo. Como

---

mensual por infringir la Ley de Transparencia, tal como lo estableció una resolución del Consejo para la Transparencia. La Corte Suprema no solo ratificó en forma íntegra el fallo del tribunal de alzada, confirmando la multa hacia la autoridad universitaria, sino que además revalidó la potestad sancionatoria que tiene el Consejo para la Transparencia.

Los hechos que originaron la aplicación de la sanción se remontan al año 2013, a raíz de dos solicitudes de información realizadas por ex docentes de la USACH, a quienes se les suprimieron sus cargos a raíz de un proceso de reestructuración impulsado por el rector Zolezzi. Los académicos solicitaron a la casa de estudios los antecedentes que tuvo en consideración esa autoridad universitaria para decidir la supresión de sus cargos, los que no fueron entregados. Esto motivó que los solicitantes de información dedujeran ante el Consejo para la Transparencia, una serie de amparos (roles C171-13, C573-13, C574-13, y C1151-13) que fueron acogidos dando la razón a los ex docentes. Sin embargo, la Universidad presentó tres reclamos de ilegalidad en contra de las decisiones de amparo del CPLT ante la Corte de Apelaciones de Santiago, los cuales fueron rechazados por el tribunal de alzada, concluyendo que las decisiones del CPLT se ajustan a derecho y que "la información requerida existe en poder de la universidad y debe ser proporcionada". En consecuencia, correspondía que la USACH entregara la información requerida, en la forma y dentro de los plazos dispuestos. No obstante, ello no fue cumplido, lo que fue denunciado por los ex docentes ante el CPLT. Tras ello, el CPLT solicitó el cumplimiento de lo resuelto por la Corte de Apelaciones, circunstancia que no se verificó por parte del rector, incurriendo con ello en un incumplimiento a las normas que regulan el derecho de acceso a la información pública. Con estos antecedentes, el Consejo Directivo del CPLT determinó solicitar a la Contraloría la instrucción de un sumario administrativo en contra del rector Zolezzi que concluyó con la multa del 20% de su remuneración. Tras esto, la autoridad universitaria interpuso un recurso de protección lo que fue rechazado por la Corte de Apelaciones, ratificando que la potestad sancionatoria por incumplimientos a la Ley de Transparencia, radica únicamente en el CPLT y que es indelegable. Después de esa instancia, Zolezzi recurrió al máximo tribunal, que finalmente ayer, ratificó la sentencia apelada. Disponible en: <http://www.cplt.cl/corte-suprema-ratifica-resolucion-del-consejo-para-la-transparencia-que-sanciona-al-rector-de-la-usach/consejo/2016-12-28/140023.html> (consulta 22/01/2017).



se puede apreciar, este artículo 38 reconoce una serie de funciones que principalmente dicen relación con fines de asesoramiento, colaboración y promoción, pero no se vislumbran funciones decisorias relevantes, menos aún con carácter sancionatorio.

En el caso del Presidente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, el artículo 38.2 letra c) le confiere competencia para resolver de una reclamación potestativa en relación con el artículo 24 de la LTAIBG, la que tiene condición sustitutiva de los recursos administrativos. En este sentido se vislumbra alguna competencia decisoria radicada en el Consejo, pero sin la facultad de aplicar sanciones, esta facultad es irrelevante.

Del análisis de la LTAIBG y especialmente del artículo 38 se desprende que el Consejo carece de facultades sancionatorias, situación que lo pone en una clara desventaja como órgano encargado de velar por el cumplimiento de su normativa.

## **VI.- Consideraciones finales**

Habiendo ya señalado que el derecho de acceso a la información pública no tiene el carácter de derecho fundamental ni en el sistema jurídico chileno ni en el español, como corolario de este Capítulo diremos que tanto la LAIP chilena como la LTAIBG española no regulan en estricto rigor un derecho de acceso a la información pública sino que un derecho de acceso a la información administrativa.

En otras palabras, una cosa es el derecho de acceso a la información pública, ya sea éste derivado del derecho a las libertades de expresión e informativas o como derecho autónomo y otra el derecho de acceso a la

información administrativa.

El derecho de acceso a la información pública reconoce como contenido esencial el derecho de acceder a las información que se encuentra en poder de los órganos que conforman el aparato estatal y entes privados que desarrollan sus funciones públicas con las solas excepciones que sean necesarias para salvaguardar ciertos bienes esenciales y que deben ser establecidas expresa y taxativamente en la Constitución o la ley. Dentro del contenido de este derecho de acceso a la información pública se incluye desde luego el derecho de acceso a la información que se encuentra en poder de la Administración del Estado.

Atendido lo anterior, la regulación legal realizada en Chile y España no es en estricto rigor el desarrollo del derecho de acceso a la información pública sino un resabio de éste, esto es, solo el derecho de acceso a la información administrativa. Específicamente en el caso español la regulación que hace la Ley 19/2013 es desarrollar el derecho de acceso a la información pública que se encuentra en poder de la Administración consagrado en el artículo 105.b de la Constitución, con sus virtudes y deficiencias, pero no consagra un derecho de acceso a la información pública, solo desarrolla un derecho de consagración constitucional, pero no lo hace considerando su carácter de derecho fundamental.

En cambio en el derecho chileno ni siquiera se construye el derecho de acceso a la información pública con un carácter de fundamental a pesar de las innegables vinculaciones que existe entre éste y la Carta Fundamental. Incluso, a pesar de la destacable posición del Consejo para la Transparencia que en reiteradas oportunidades ha señalado el carácter ius fundamental del derecho de acceso, la verdad es que esta calidad le ha sido vedada por el

Tribunal Constitucional.

En otras palabras, podemos distinguir claramente el derecho de acceso a la información pública como derechos fundamental que reconoce su fundamento en la dignidad humana y los derechos que de ella emanan, el principio democrático y el Estado de Derecho y el derecho de acceso a la información pública administrativa.

La regulación de la Ley N° 20.285 chilena y la Ley 19/2013 española lo que hacen es regular solo una parte mínima del contenido del derecho de acceso a la información pública, vale decir, el derecho de acceso a la información en poder de la Administración del Estado.

Aclarado este punto, esto es, que las leyes chilena y española no regulan en estricto rigor un derecho de acceso a la información pública sino solo un derecho de acceso a la información administrativa, nos parece, luego del análisis de ambos modelos que la regulación chilena es más completa y se encuentra mejor perfilada que la española.

A los largo de este Capítulo nos hemos encargado de ir llevando a cabo un análisis comparativo entre los aspectos más esenciales de ambas legislaciones y si bien podemos constatar la existencia de muchas similitudes, nos parece que la clave de bóveda que nos permite formular la observación contenida en el párrafo precedente es el rol que la ley chilena reconoce al Consejo para la Transparencia como actor relevante en el proceso de implementación de la ley.

En efecto, el cúmulo de atribuciones y competencias que la LAIP chilena le entrega el Consejo para la Transparencia, potenciando su rol

fiscalizador, se ve reforzado con su incuestionable carácter sancionatorio, rol que desconoce (o más bien no quiso reconocer) el legislador de la LTAIBG española.

## CONCLUSIONES

### I

La democracia es la forma de gobierno más compatible con la dignidad humana y con el pleno respeto de los derechos y libertades. Poner en riesgo la democracia supone una real amenaza al bienestar de las personas.

La corrupción es un flagelo que sin lugar a dudas amenaza seriamente la democracia, deslegitimándola a los ojos de la ciudadanía, debilitando las instituciones fundamentales del Estado, favoreciendo la proliferación de discursos demagógicos y populistas y facilitando que sus autores alcancen el poder.

La transparencia como principio rector de la actuación pública, la publicidad como mecanismo de fortalecimiento de la transparencia y el reconocimiento efectivo del derecho de acceso a la información pública que obra en poder de los órganos del Estado resultan fundamentales en el combate contra la corrupción.

El derecho de acceso a la información pública se ha transformado en una herramienta eficaz para legitimar el ejercicio del poder estatal. En la medida que los ciudadanos y ciudadanas se encuentren en posición de exigir la entrega de información pública que se encuentra en poder de los órganos del Estado los índices de transparencia y visibilidad aumentan, cuando esto ocurre se inhiben actos contrarios al orden jurídico y en caso de ocurrir es más factible que operen los controles que permitan se hagan efectivas las responsabilidades propias de un Estado de Derecho. Si esto es así, la percepción ciudadana en sus autoridades será más positiva y con ello se

fortalecerá la confianza de los ciudadanos en la democracia y sus instituciones.

## II

El derecho de acceso a la información pública es un derecho fundamental, derivado de la democracia como forma de gobierno y de todas sus características esenciales. El contenido de este derecho puede ser formulado a partir de bases doctrinales y por las fuentes del derecho internacional, principalmente convenios, declaraciones y jurisprudencia, esta última emanada principalmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (esperamos que en poco tiempo más también del Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

A pesar de este carácter iusfundamental el derecho de acceso a la información pública no suele estar reconocido constitucionalmente, o en caso de estarlo, es de manera parcial, vinculado a otros derechos fundamentales o bienes jurídicos, pero sin reconocerle autonomía ni operatividad. Esta situación trae consigo que el derecho de acceso a la información pública carezca de la protección emanada de la Constitución y su carácter supremo.

Atendido lo anterior, el derecho de acceso a la información pública es concebido (tanto en Chile como en España) como un derecho de rango legal. Sin la protección constitucional el derecho de acceso es configurado y regulado por el legislador con un importante margen de maniobra, lo que hace por ejemplo, que no pueda ser exigido respecto de todos los órganos del Estado sino solo de la Administración.

## III

Demostrada la importancia que tiene la transparencia y el derecho de acceso a la información pública para el éxito del proceso democrático, el

fortalecimiento de la participación y control ciudadano sobre el ejercicio del poder y el combate a la corrupción, estimamos que las diversas legislaciones que regulen estas materias deben avanzar en reconocer algunas características básicas en el configuración de este derecho.

Así, definitivamente se debe superar la concepción del derecho de acceso a la información pública como un derecho subjetivo que se tiene respecto de las relaciones de las personas con la Administración del Estado y comenzar a entenderlo como un verdadero derecho fundamental, en la medida de lo posible con reconocimiento constitucional, de tal manera que se encuentre al mismo nivel de otros derechos fundamentales y bienes jurídicos protegidos para que así sus limitaciones sean las estrictamente necesarias.

Se debe extender el ámbito subjetivo pasivo a la mayor cantidad de órganos públicos y no circunscribirlo solo a la Administración del Estado. Si detrás de la lógica del acceso a la información pública se encuentra en definitiva el control al poder, no se justifica que el acceso no pueda también ser impetrado a todos los órganos que lo ejercen.

Por otro lado, entendemos que una adecuada regulación del derecho de acceso a la información pública debe reconocer como objeto precisamente la información pública que obra en poder del Estado, evitando restringir el mismo solo a “documentos”, “información elaborada”, “información contenida en procedimientos administrativos, ya sea en curso o terminados”, etc.

No basta solo con reconocer el derecho además es necesario que se contemple un procedimiento de acceso basado en principios de celeridad, gratuidad y eficiencia, que permita que el acceso a la información pública sea

una realidad y no una mera declaración programática.

Finalmente, cualquier legislación que pretenda regular seriamente este derecho debe considerar la existencia de un órgano tutelar del cumplimiento de la misma y que garantice efectivamente el derecho de las personas que requieran la información pública respectiva. Este órgano debe estar dotado de independencia y autonomía, tanto funcional como presupuestaria, y revestido además de poder sancionatorio para el evento de incumplimiento.

Todo este sistema debe ser complementado con una fuerte política de transparencia activa que permita utilizar las nuevas tecnologías, especialmente internet, para poner a disposición de la ciudadanía información relevante y que no tenga la naturaleza de reservada o secreta, sin que medie ningún tipo de requerimiento al respecto.

#### IV

En el sistema jurídico chileno es posible afirmar que el derecho de acceso a la información pública tal como lo hemos cofigurado en el Capítulo Segundo de esta investigación tiene claras bases constitucionales.

El derecho de acceso a la información pública descansa sobre principios constitucionales recogidos expresamente en el texto constitucional. Estos principios son los de subsidiariedad, servicialidad del Estado, republicano y democrático, limitación del ejercicio de la soberanía, responsabilidad, probidad y publicidad.

Además, es posible construir un soporte constitucional del derecho de acceso a la información pública en la vinculación de éste con otros derechos



fundamentales reconocidos expresamente en el texto constitucional, en la medida que el derecho de acceso sea parte del contenido esencial de otros derechos fundamentales como la libertad de expresión o sea un presupuesto esencial para el ejercicio de otros tal como lo señalamos oportunamente. La vinculación del derecho de acceso a la información pública a otros derechos fundamentales reconocidos en la Carta Suprema, le da un claro fundamento constitucional al mismo.

En relación a este reconocimiento constitucional del derecho de acceso a la información pública, en una primera etapa el Tribunal Constitucional chileno lo reconoció como un derecho fundamental implícito llamado a constituirse como un mecanismo esencial para la plena vigencia del régimen democrático y los derechos de las personas, siguiendo así la estela de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en “Claude Reyes contra Chile”, sin embargo, posteriormente se aleja de esta doctrina al entender que no es posible desprender del texto constitucional un derecho de acceso a la información pública.

Esta nueva posición jurisprudencial obliga a plantear la necesidad de llevar a cabo una reforma constitucional a fin de explicitar el derecho de acceso a la información pública, con el objeto de que a cualquier operador jurídico que interprete y aplique la Constitución, le resulte incuestionable la naturaleza iusfundamental de este derecho y sea puesto en igualdad de condiciones con otros valores, bienes y derechos constitucionales. En la medida que no se proceda de esta manera el derecho de acceso a la información pública siempre cederá ante otros bienes y derechos que gozan del amparo de la supremacía constitucional.

En relación con el ámbito de aplicación de la LAIP chilena, a pesar que

la Constitución chilena extiende la observancia del principio de probidad y publicidad a todos los órganos del Estado, el derecho de acceso a la información pública regulado en la LAIP chilena solo puede ser impetrado respecto de la Administración del Estado.

Esta opción adoptada por el legislador de la LAIP aleja a esta normativa de los estándares óptimos que debiera tener a la luz del principio democrático y el combate a la corrupción. El ejercicio del poder político no solo corresponde a la Administración Pública sino a todos los órganos del Estado, los que deben ser objeto de control en sus actuaciones, por lo que, consideramos no se justifica este reduccionismo, el que es incompatible con los fines propios de este tipo de legislaciones.

Sin perjuicio de la crítica formulada en el apartado precedente, y analizando la regulación del derecho de acceso a la información pública en los términos de la LAIP, es destacable a nuestro juicio, el concepto amplio de información pública elaborado por el legislador. Entender que es información pública toda aquella elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración del Estado, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, salvo las excepciones legales, permite ampliar considerablemente el alcance del derecho.

La LAIP chilena establece normas de transparencia activa, en virtud de las cuales los órganos de la Administración del Estado deben poder a disposición de la ciudadanía una serie de antecedentes que se consideran relevantes sin que medie un requerimiento ciudadano.

El establecimiento de la transparencia activa es un complemento

importante al derecho de acceso en el establecimiento de políticas de transparencia en el seno de una sociedad democrática, siendo corolario de los principios de eficiencia y facilitación en la entrega de información, ya que pone a disposición del público información que constantemente es requerida por la ciudadanía, además de potenciar la confianza ciudadana en sus instituciones.

La regulación que hace la LAIP chilena sobre transparencia activa nos parece acertada y cumple cabalmente el rol y finalidad de este tipo de normativa. Al establecer la ley un mínimo bastante amplio de información que debe ser entregada a la ciudadanía vía transparencia activa, se permite fortalecer la transparencia en el ejercicio de la función administrativa.

También es un acierto de la LAIP chilena reconocer derecho a cualquier persona para formular un reclamo ante el Consejo para la Transparencia para el evento que los sujetos administrativos obligados por ella no cumplan con las obligaciones derivadas de la transparencia activa.

La regulación del derecho de acceso a la información pública propiamente tal en la LAIP chilena, reconoce una titularidad amplia, toda vez que utiliza la expresión “toda persona”. Este es un importante acierto de la ley chilena y que se ajusta plenamente a los estándares ideales de este tipo de legislación.

Otro aspecto positivo de la ley chilena es la consagración expresa de una serie de principios informadores del derecho de acceso a la información pública los que no solo tienen por objeto precisar el alcance del mismo sino que han logrado una importante operatividad práctica a través de la labor del Consejo para la Transparencia.

Finalmente, la LAIP chilena establece un procedimiento administrativo especial, claro y sencillo para hacer efectivo el ejercicio del derecho por parte de los sujetos activos, consagrando dentro del mismo, el derecho de oposición a favor de terceras personas que pudiesen verse perjudicadas con la liberación de la información solicitada.

Este procedimiento se refuerza con el establecimiento de un amparo ante el Consejo para la Transparencia, órgano que cuenta con las facultades suficientes para ordenar la entrega de la información requerida y para aplicar las sanciones contempladas en la ley, las que por cierto, tienen la fuerza suficiente para ser consideradas un eficiente incentivo para evitar el incumplimiento de la ley.

Por último, la ley contempla causales de reserva o secreto establecidas en forma taxativa, acordes con las exigencias del principio democrático y que además han sido configuradas y aplicadas restrictivamente por el Consejo para la Transparencia.

## V

En relación con la implementación de la LAIP chilena el legislador ha confiado esta labor a un órgano, que nosotros hemos circunscrito dentro de las llamadas administraciones independientes, denominada Consejo para la Transparencia (CPT).

El CPT es una corporación autónoma de Derecho Público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuyas principales funciones dicen relación con la promoción, fiscalización y tutela de las finalidades, obligaciones y derechos contenidos en la LAIP. En definitiva, el análisis de la

LAIP nos lleva a concluir que se ha dotado al CPT de una serie de funciones y atribuciones que lo transforman en un órgano clave y eficaz para asegurar el derecho de acceso a la información pública en el contexto de la LAIP.

La labor del CPT ha sido determinante para el éxito de esta legislación. Desde sus primeros meses de funcionamiento ha demostrado una real voluntad de aplicar la ley respetando su espíritu, posibilitando y facultando el ejercicio del derecho por parte de la ciudadanía.

El estudio de las decisiones del CPT nos lleva a afirmar lo expuesto precedentemente, sin perjuicio de poder constatar que un gran porcentaje de estas decisiones han sido confirmadas por las Cortes de Apelaciones resolviendo de los reclamos de ilegalidad formuladas en contra de las decisiones del CPT.

Particularmente importante para el desarrollo exitoso de la LAIP en Chile ha sido la postura del CPT en la aplicación e interpretación de las causales de reserva o secreto. El Consejo ha señalado reiteradamente que estas causales tienen una configuración taxativa, que no admiten integración ni interpretación analógica y que no basta con que el órgano administrativo simplemente las invoque, sino que también debe señalar detalladamente de que manera concurren y la forma como se configura la causal. Por último, el CPT ha sido enfático en sostener en sus diversas decisiones, que la prueba de la concurrencia de la causal corresponde al órgano que la alega y no al ciudadano que requiere de la información.

## VI

España es uno de los últimos estados occidentales en publicar una ley de acceso a la información pública. Sin embargo, esto no quiere decir que con

anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 19/2013, no existiera en el sistema jurídico español una regulación de este tipo.

La Constitución española en su artículo 105.b) reconoce el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, salvo que afecte este acceso la seguridad y la defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.

Esta norma constitucional se complementaba con la disposición contenida en la Ley 30/1992, artículo 37, la que a juicio de la doctrina resultaba insuficiente. Esta regulación legal adolecía de una serie de deficiencias pues se limitaba a hacer accesible documentos en el contexto de procedimientos administrativos terminados y archivados, entregando injustificadamente a la voluntad discrecional de la Administración la entrega de la información solicitada.

Además, esta normativa no facilitaba el ejercicio del derecho al carecer de un procedimiento administrativo sencillo y expedito de reclamo ante la negativa de entrega de la información requerida.

Todas las deficiencias de la LRJAP-PAC, más las presiones de la ciudadanía, llevaron a la dictación de la LTAIBG, que ha venido a establecer un nuevo régimen general del derecho de acceso a la información pública, de tal manera que se ha modificado la LRJAP-PAC, estableciendo que los ciudadanos tienen derecho a acceder a la información pública, archivos y registros en los términos y condiciones establecidos en la Constitución, la LTAIBG y demás leyes que resulten aplicables.

La LTAIBG sin lugar a dudas constituye un paso importante en la

consagración del principio de transparencia en el sistema jurídico español. La ley española regula tres tipos de materia: la publicidad activa, el derecho de acceso a la información pública y el buen gobierno.

Al igual de que otras legislaciones similares, la LTAIBG regula la publicidad activa. En términos generales esta regulación constituye un importante avance en el derecho español ya que por primera vez existe una normativa general que establezca la obligación de poner a disposición de los ciudadanos información pública sin que medie requerimiento de ningún tipo.

Un acierto de la regulación sobre publicidad activa de la LTAIBG es la consagración legal del principio de la periodicidad, en virtud del cual la información que se encuentra a disposición del público debe ser actualizada en forma periódica.

Además, la LTAIBG no establece un máximo de información que se debe entregar vía publicidad activa sino un estándar mínimo, que entendemos adecuado para el cumplimiento de los fines de este tipo de legislación.

La regulación sobre publicidad activa, los principios que la informan y los límites a las que se encuentra sujeta la entrega de información por esta vía, dejan ver, a nuestro juicio, una clara intención del legislador de fomentar y facilitar el acceso a la información pública, imponiendo a las entidades obligadas por las normas de publicidad activa, remover los obstáculos que impidan un expedito acceso a la información.

A pesar de lo anterior, toda esta regulación de la publicidad activa en la LTAIBG pudo ser mucho más eficiente si con toda claridad se hubiese

encomendado al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno aplicar sanciones por el incumplimiento de esta normativa, ya que de la regulación legal solo se desprende que este órgano podrá dar inicio a las actuaciones disciplinarias que correspondan. De lo anterior se deduce que al parecer el Consejo podrá instar al inicio de procedimientos administrativos disciplinarios pero no llevarlos a cabo. Además, tampoco se prevé la situación de que el órgano competente para incoar los procedimientos disciplinarios no lo haga a pesar del requerimiento del Consejo.

Sin embargo, en la regulación del acceso a la información pública desde una perspectiva pasiva, la LTAIBG al igual que la ley chilena, solo hizo el reconocimiento del derecho subjetivo de acceso respecto de los órganos de la Administración del Estado y de otros órganos estatales pero solo en relación con sus actividades reguladas por el Derecho Administrativo, descartando con ella la posibilidad de vincular el derecho de acceso con los derechos fundamentales.

También ha sido objeto de crítica la normativa de la LTAIBG la decisión del legislador de incorporar la llamada regla del autor al momento de definir lo que se debe entender por información pública.

No obstante lo anterior la LTAIBG tiene el mérito de regular un procedimiento administrativo para hacer efectivo el derecho de acceso a la información en la forma y respecto de los sujetos señalados en la misma ley, procedimiento que a nuestro entender es simple y breve, lo que sin lugar a dudas facilita el ejercicio del derecho parte de los sujetos activos. En relación con éstos, la LTAIBG reconoce una titularidad activa amplia lo que, al menos en este aspecto, la pone a la par con las legislaciones más actuales y completas sobre esta materia.



Otro de los aspectos criticados a la LTAIBG es la consagración de un número excesivo de causales que constituyen un límite al ejercicio del derecho de acceso a la información, situación que no guarda estricta relación con el artículo 105.b) de la Constitución que esta misma ley declara desarrollar.

Finalmente, la regulación llevada a cabo por la LTAIBG tanto de la transparencia en el ejercicio de la actividad pública como en la regulación del derecho de acceso a la información presenta una importante fisura en la medida que no le entrega al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno las atribuciones fiscalizadoras y sancionatorias necesarias para llevar a cabo la labor que en teoría debería cumplir.

En términos generales, la LTAIBG como norma que regula la publicidad activa y el derecho de acceso a la información pública en España, ha constituido un importante avance, especialmente en relación a la escasa y fragmentaria regulación anterior, pero ha dejado escapar la valiosa oportunidad de plasmarse de todo el desarrollo experimentado en otros sistemas jurídicos y sacar un mejor provecho de éstos. A la pregunta, ¿ha cumplido la clase política con la promulgación y entrada en vigencia de la LTAIBG con la ciudadanía española? Formalmente lo ha hecho, mejorando incluso el panorama en relación con la transparencia y el acceso a la información pública, sin embargo, quedan muchas dudas al respecto, ya que esta normativa presenta zonas oscuras y poco prolijas que impiden que España pueda mostrar con orgullo al mundo una ley de acceso a la información pública eficiente y que sin ningún tipo de cuestionamiento se ajuste al principio democrático y a la lógica del control del poder.

## VII

Llevado a cabo el análisis del sistema de acceso a la información pública tanto chilena como española hemos de concluir que tanto la LAIP chilena como la LTAIBG española no regulan el derecho fundamental de acceso a la información pública que obra en poder de los órganos del Estado, sino que solamente regulan un aspecto mínimo cual es el derecho de acceso a la información administrativa. En este sentido, y si seguimos razonando en la importancia que tiene este tipo de leyes para el control del poder y el combate a la corrupción, no creemos equivocarnos al sostener que desde este punto de vista, ambas legislaciones son deficientes.

En relación a las conclusiones expuesta arriba, además del contenido de la presente investigación doctoral, luego del análisis de los diversos estándares que debe cumplir una legislación de este tipo para ser catalogada como adecuada y de cada uno de los modelos, podemos concluir que la deficiente ley chilena se encuentra mejor configurada que la deficiente ley española, insistimos, respecto al derecho de acceso frente a la Administración del Estado, especialmente por el rol que la ley chilena le entrega al Consejo para la Transparencia, organismo que se ha transformado en el principal protagonista en la aplicación de la LAIP en Chile y que gracias a sus decisiones y doctrina se ha podido avanzar en materia de transparencia, al menos en relación con la función administrativa del Estado.

Por último, como idea de cierre de esta tesis doctoral, queremos ser enfáticos al señalar que tenemos el pleno convencimiento que las leyes de acceso a la información pública y transparencia deben partir de una premisa básica, a saber, el dueño de la soberanía es el pueblo, quien elige a sus gobernantes y espera de ellos una eficiente y proba gestión y administración de los recursos y del poder que le hemos confiado. En este sentido, todos los

poderes del Estado están obligados, como parte de sus funciones y el mandato conferido a actuar bajo las exigencia de la transparencia y a divulgar la información que sea de interés público.

## BIBLIOGRAFÍA

### I.- Doctrina

ACKERMAN, S. Corrupción y competencia. En *Revista de Ciencia Política*, Vol. 18, Nº 12, 1996, pp. 43-51.

ACKERMAN, J. & SANDOVAL, I. *Leyes de acceso a la información en el mundo*. México D.F.: Cuadernos de Transparencia, Nº 7, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI), 2005.

ALEMANY VERDAGUER, S. *Curso de derechos humanos*. Barcelona: Editorial Boch, 1984.

ALLESCH PEÑAILILLO, J. y OBANDO CAMINO, I. Una visión crítica sobre la normativa de acceso a los actos e información administrativa. En *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Vol. 10, Nº 2, 2004, pp. 11-58.

ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed. en castellano, 2007.

ÁLVAREZ CONDE, E. y TUR AUSINA, R. *Derecho Constitucional*. Madrid: Tecnos, 2ª edición, 2012.

ÁLVAREZ RICO, M. y ÁLVAREZ RICO, I. Derecho de acceso a los archivos y registros administrativos en la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En *Revista de Administración Pública*, Nº 135, 1994, pp. 473 – 494.

ÁLVAREZ RICO, M. El derecho de acceso a los documentos administrativos. En *Documentación Administrativa*, N° 183, 1979, pp. 103 - 133.

ARENAS RAMINO, M. Transparencia, acceso a la información pública y democracia: elementos inseparables. En *Transparencia y Sociedad*, N° 4, 2016, pp. 113-131.

ARES GONZÁLEZ, V. Los ámbitos subjetivo y objetivo de la Ley de Transparencia de la actividad pública. En *Revista Jurídica de Castilla y León*, N° 33, 2014, p. 1-27.

ARTZ, S. y MENA, A. El acceso a la información pública en México. En *Nueva Sociedad*, N° 194, 2004, pp. 105-118.

BADENI, G. *Doctrina de la real malicia*. Buenos Aires: Academia Nacional de Periodismo, 2005.

BALAGUER CALLEJÓN, M. *Derecho de la información y de la comunicación*. Madrid: Editorial Tecnos, 2013.

BAÑEZ TELLO, T. Participación ciudadana, sociedad civil y juventud. En *Acciones e investigaciones sociales*, N° 9, 1999, pp. 101-124.

BAÑOS, J. Teorías de la democracia. Debates actuales. En *Andamios: Revista de Investigación Social*, N° 4, 2006, pp. 35-58.

BARRERO, C. y otros. Publicidad Activa. Capítulo V. En GUICHOT, E. (coord.). *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*.

Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre. Madrid: Tecnos, 2014, pp. 143-198, p. 198.

BELTRÁN DE FELIPE, M y GONZÁLEZ GARCÍA, J. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

BERMEJO, J. El secreto en las administraciones públicas. Principios básicos y regulaciones específicas en el ordenamiento jurídico español. En *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 57, 1988, pp. 17-27.

BERMÚDEZ SOTO, J. *Derecho Administrativo General*. Santiago de Chile: Legal Publishing Chile, 2012.

BERMÚDEZ, J. y MIROSEVIC, C. El acceso a la información pública como base para el control social y la protección del patrimonio público. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXI, 2008, pp. 439-468.

BERNAL PULIDO, C. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3ª ed., 2007.

BOBBIO, N. *El futuro de la democracia*. Madrid: Fondo de Cultura Económica de España, 2010.

BUSTOS GISBERT, R. *Corrupción de los gobernantes, responsabilidad*

política y control parlamentario. En *Teoría y realidad constitucional*, N° 19, 2007, pp. 135-161.

BUSTOS GISBERT, R. Corrupción política: Un concepto desde la teoría y la realidad constitucional. En *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 25, 2010, pp. 67-107.

CANALES ALIENDE, J. M. Algunas reflexiones sobre el papel de la sociedad civil en la democracia actual. En CHEYRE, J. E. y otros (eds.) *Fortalecimiento institucional: Transparencia y accountability para un buen gobierno*. Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile, Centro de Estudios Internacionales, 2011, pp. 19-29.

CAMACHO CEPEDA, G. Algunas precisiones sobre el concepto de información pública. En LETELIER WARTENBERG, R. y RAJEVIC MOSLER, E. (coord.) *Transparencia en la administración pública*. Santiago de Chile: Legal Publishing Chile, 2010, pp. 43-66.

CARBONELL, M. (ed.) *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador, 2008.

CASCAJO CASTRO J.L. Breves notas sobre el concepto de ciudadanía. En ASENSI SABATER, J. *Ciudadanos e instituciones en el constitucionalismo actual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, pp. 623-635.

CASCAJO CASTRO, J.L. Consideraciones sobre el Estado de Derecho. En *Revista de Estudios Públicos*, N° 189, 1973, pp. 81-100.

CEA EGAÑA, J.L. *Derecho Constitucional Chileno, Tomo I*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2ª ed. Actualizada, 2008.

CENTRO CARTER. *Declaración de Atlanta y plan de acción para el avance del derecho de acceso a la información*. Atlanta: Georgia, 27 al 29 de febrero de 2008. Disponible en [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso\\_a\\_la\\_informacion\\_recomendaciones\\_de\\_politicas\\_declaracion\\_de\\_atlanta.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso_a_la_informacion_recomendaciones_de_politicas_declaracion_de_atlanta.pdf)

CONTRERAS VÁSQUEZ, P. *Secretos de Estado. Transparencia y Seguridad Nacional*. Santiago: Legal Publishing, 2014.

CORDERO VEGA, L. Delimitando la ley de acceso a la información: Los dilemas tras la regulación. En LETELIER WARTENBERG, R. y RAJEVIC MOSLER, E. (coord.) *Transparencia en la administración pública*. Santiago de Chile: Legal Publishing Chile, 2010, pp. 19-42.

CORDERO VEGA, L. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Santiago de Chile: Legal Publishing Chile, 2015.

CORREA SUTIL, J. Jurisprudencia de TC en materia de igualdad ante la ley. ¿Saliendo de la pura tautología? En *Anuario de Derecho Público* (Universidad Diego Portales), N° 1, 2011, pp. 96-126.

CORTÉS ONTIVEROS, R. La transparencia en México, razón, origen y consecuencias. En *Revista de la Facultad de Derecho* (UNAM), N° 244, 2005 pp. 11-32.

CORTINA, A. El anillo de Giges. En *Diario El País*, España, edición de



07/09/2014. Disponible en: <http://smoda.elpais.com/articulos/el-anillo-de-giges-por-adela-cortina/5274>

COTINO HUESO, L. La nueva Ley de Transparencia y Acceso a la Información. En *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá, VII, 2014, pp. 241-256, p. 250.

COVARRUBIAS CUEVAS, I. Las falencias del test de interés público como instrumento de ponderación entre el acceso a la información pública y la vida privada. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVIII, 2012, pp. 499-541.

DABBAGH ROLLÁN, V. O. La Ley de Transparencia y la corrupción. Aspectos generales y percepciones de la ciudadanía española. En *Aposta: Revista de Ciencias Sociales*, Nº 68, 2016, pp. 83-106.

DHAL, R. *La democracia. Una guía para los ciudadanos*. Buenos Aires: Editorial Taurus, 1998 (trad. Fernando Vallespín).

DE LUCAS MARTÍN, J. Democracia y transparencia. Sobre poder, secreto y publicidad. En *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo VII, 1990, pp. 131-145.

DÍAZ CAFFERATA, S. El derecho de acceso a la información pública: situación actual y propuestas para una ley. En *Lecciones y Ensayos*, Nº 86, 2009, pp. 151-185.

DIEZ-PICAZO, L. *Sistema de Derechos Fundamentales*. Navarra: Editorial Thomson Civitas, 2ª edición, 2005.

DIRECCIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL. *Manual de Transparencia y Probidad de la Administración del Estado*. Santiago de Chile: Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Gobierno de Chile, 2ª edición 2009.

DUQUE, F. Una muy breve historia de la corrupción en Chile. Diario Electrónico Clarín, edición de 27 de febrero de 2015, disponible en: <http://www.elclarin.cl/web/opinion/politica/14850-una-muy-breve-historia-de-la-corrupcion-en-chile.html>

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M. A. El principio de publicidad de los actos estatales. En ZÚÑIGA URBINA, F. (coord.). *Reforma Constitucional*. Santiago de Chile: Lexis Nexis, 2005, pp. 191-205.

FERNÁNDEZ RAMOS, S. Algunas proposiciones para una ley de acceso a la información. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXV, N° 105, 2002, pp. 881-916.

FERNÁNDEZ RAMOS, S. *El derecho de acceso a los documentos administrativos*. Madrid: Marcial Pons, 1997.

FERNÁNDEZ RAMOS, S. *La información y participación ciudadana en la administración local*. Barcelona: Editorial Bosch S.A., 2005.

FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. *Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno. Ley 19/2013, de 9 de diciembre*. Pamplona: Thomson Reuters, 2014.

FREDES G., M. El derecho de acceso a la información pública en Chile: Estado de arte en materia jurídica. En FRANCHINI, M.B. y otros (comp.)

*Libertad de expresión y democracia desde una perspectiva latinoamericana.*  
Buenos Aires: Fabián J. di Plácido Editor, 2002, pp. 83-93.

FUENMAYOR, A. *El Derecho de Acceso de los Ciudadanos a la Información Pública, Análisis Jurídico y recomendaciones para una propuesta de ley modelo sobre el derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública.* San José: UNESCO, Oficina para Centroamérica, 2004, pp. 9-20.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional.* Madrid: Editorial Civitas S.A., 3ª ed., 2ª reimp., 1991, pp. 49-50.

GARCÍA MARTÍN, J. A. Ponencia relativa a la Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en materia de acceso a la información pública. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p. 1. Disponible en <http://www.cepc.gob.es/docs/ley-de-transparencia/ponencia-j-aurelio-garcia.pdf?sfvrsn=0>

GARCÍA MEXÍA, P. El Open Data ante la nueva Ley de Transparencia. En La ley en la red, 2012, disponible en <http://abcblogs.abc.es/ley-red/public/post/el-open-data-ante-la-nueva-ley-de-transparencia-14602.asp/>

GARCÍA ROCA, J. *Cargos públicos representativos. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución.* Pamplona: Aranzadi, 1998.

GARGARELLA, R. *Crisis de la representación política.* México D.F.: Fontamara, 1997.

GAUCHI RISSO, V. Derecho de acceso a la información pública. En *MÉI: Métodos de información*, Vol. 3, Nº 5, 2012, pp. 167-176.

GARRORENA MORALES, A. *Derecho constitucional. Teoría de la Constitución y Sistema de Fuentes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1ª ed., 2011.

GAVARA DE CARA, J.C. La vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales. En *Teoría y Realidad Constitucional*, Nº 20, 2007.

GODOY ARCAYA, O. Consideraciones generales sobre la corrupción y su prevención. En *Revista de Ciencia Política*, Vol. 18, Nº 12, 1996, pp. 17-30.

GUICHOT REINA, E. Ejercicio del derecho de acceso a la información pública y régimen de impugnaciones. En WENCES, I., KÖLLING, M. y RAGONE, S. (coord). *La Ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno. Una perspectiva académica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, pp. 61-79.

GUICHOT REINA, E. La nueva Ley de Transparencia, un reto para las organizaciones públicas. En *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, Nº 6, 2014, pp. 94-107.

GUICHOT REINA, E. Transparencia y acceso a la información pública en España: Análisis y propuestas legislativas. En *Documentos de Trabajo (Laboratorio de Alternativas)*, Nº 170, 2011.

GUICHOT REINA, E. *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno: Estudios de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*. Madrid: Tecnos, 2014, pp. 118-119.

GUTIÉRREZ DAVID, E. Derecho de acceso a la información pública. En *Eunomía: Revista en cultura de la legalidad*, N° 6, 2014, pp. 186-196.

HARASIC YAKSIC, D. Historia de la consagración del derecho fundamental de acceso a la información pública en Chile. En LETELIER WARTENBERG, R. y RAJEVIC MOSLER, E. (coord.). *Transparencia en la administración pública*. Santiago de Chile: Legal Publishing Chile, 2010, pp. 7-12.

HERNÁNDEZ EMPARZA, D. 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 NOGUEIRA ALCALÁ, H. (coord.) *La Constitución Reformada*. Santiago de Chile, Editorial Librotecnia, 2005.

HERNÁNDEZ RAMOS, M. El derecho de acceso a la información pública en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Orígenes, evolución y estado de la cuestión. *En prensa*.

HERNÁNDEZ RAMOS, M. El derecho de acceso a la información pública en el ordenamiento jurídico español. En *Transparencia y Sociedad*, N° 4, 2016, pp. 133-156.

HERNÁNDEZ VALLE, R. De la democracia representativa a la democracia participativa. En *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 6, 2002, pp. 199-220.

HOYOS VÁSQUEZ, G. Democracia participativa y liberalismo político. En *Daimón: Revista de filosofía*, N° 15, 1997, 83-91.

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (CHILE). *Derechos humanos y acceso a la información pública*. Santiago: LOM, 2012.

JIMÉNEZ ASENCIO, R. Instituciones de Garantía a la Transparencia. En *Documentos, La Mirada Institucional*. Disponible en <https://rafaeljimenezasensio.com/documentos/>

JIMÉNEZ LARRAÍN, F. y JIMÉNEZ LOOSLI, F. *Derecho Constitucional, Tomo I*. Concepción: Universidad Católica de la Santísima Concepción, 2014.

LARACH DEL CASTILLO, C. Transparencia y buen gobierno en España. Comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, de Elisa de la Nuez Sánchez-Cascaso y Carlota Tarín Quirós (coord.), Madrid, la Ley-Wolters Kluwer, 2014. En *Revista Digital de Derecho Administrativo*, N° 13, 2015, pp. 255-268, p. 265.

LANZA, E. *Venciendo la Cultura del Secreto. Obstáculos en la implementación de políticas y normas de acceso a la información pública en siete países de América Latina*. Montevideo: Centro de Archivos y Acceso a la Información Pública, 2011.

LAVALLE COBO, D. *Derecho de acceso a la información pública*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2009.

LLOP RIBALTA, M. D. Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno en los parlamentos. En *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, Nº 4, 2012, pp. 66-83.

LOZANO, J. y MERINO, V. *La hora de la transparencia en América Latina: El manual de anticorrupción en la función pública*. Buenos Aires: Gránica, 1998.

MALDONADO CASTAÑEDA, C. *Corrupción y derechos humanos*. Bogotá: Universidad Libre de Colombia, 2001.

MARTÍN DELGADO, I. La reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno: un instrumento necesario, útil y ¿eficaz?. En LÓPEZ RAMÓN, F. (coord.) *La vías administrativas de recurso a debate. Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*. Zaragoza: Instituto Nacional de Administración Pública, 2016, pp. 369-431.

MARTÍN LORENZO, B. Transparencia y participación ciudadana en Castilla y León. Análisis de la Ley 3/2015, de 4 de marzo. En *Revista Jurídica de Castilla y León*, Nº 38, 2016, pp. 1-34.

MEDINA GUERRERO, M. El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales. En *Cuadernos de Derecho Público*, Nº 5, 1998, pp. 119-141.

MEDINA GUERRERO, M. Ley de Transparencia Pública de Andalucía. En *Administración de Andalucía: Revista Andaluza de Administración Pública*, Nº 88, 2014, pp. 321-331.

MESEGUER YEBRA, J. *El derecho de acceso a los documentos administrativos y su tutela*. Barcelona: Editorial Bosch, 2000.

MESEGUER YEBRA, J. El procedimiento administrativo para el ejercicio del derecho al acceso a la información pública. En *Revista Jurídica de Castilla y León*, Nº 33, 2014, pp. 1-34.

MESTRE DELGADO, J. F. *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos. Análisis del artículo 105.b de la Constitución*. Madrid: Civitas, 1993.

MOLINA MOLINA, J. *Por qué la Transparencia*. Madrid: Aranzadi, 2ª edición, 2016.

MORETÓN TORQUERO, A. Los límites del derecho de acceso a la información pública. En *Revista Jurídica de Castilla y León*, Nº 33, 2014, pp. 1-24.

MUÑOZ CARMENA, A. Insuficiencias y disfuncionalidades de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. En *Diario La Ley*, Nº 8906, de 23 de enero de 2017.

MUÑOZ MACHADO, S. *Constitución*. Madrid: IUSTEL, 2004.

MURIEL PATINO, M.V. El fenómeno de la corrupción: consideraciones desde la macroeconomía. En GARCÍA RODRÍGUEZ, N. y FABIÁN CAPARROS, E., (coord.) *Corrupción y delincuencia económica*. Salamanca: Ratio Legis, 2008.



MURIEL PATINO, M.V. Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción. En GARCÍA RODRÍGUEZ, N. y FABIÁN CAPARROS, E., (coord.) *La corrupción en el mundo globalizado: análisis interdisciplinar*. Salamanca: Ratio Legis, 2004.

NAVARRO ATIENZA, M. Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno y el Convenio del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos. En *Administración de Andalucía: Revista Andaluza de Administración Pública*, N° 87, 2013, pp. 323-343.

NAVARRO BELTRÁN, E. *El control de constitucionalidad de las leyes en Chile (1811-2011)*. Santiago: Tribunal Constitucional, Cuadernos del Tribunal Constitucional, 2011.

NOGUEIRA ALCALÁ, H. Aspectos de una teoría de los derechos fundamentales: la delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los derechos fundamentales. En *Revista Ius et Praxis*, N° 11 (2), 2005, pp. 15-64.

NOGUEIRA ALCALÁ, H. *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales, Tomo II*. Santiago: Editorial Librotecnia, 2008.

NOGUEIRA ALCALÁ, H. Los derechos contenidos en tratados de derechos humanos como parte del parámetro de control de constitucionalidad: La sentencia Rol N° 786-2007 del Tribunal Constitucional. En *Estudios Constitucionales*, Año 5, N° 2, 2007, pp. 457-466.

PACHECO GÓMEZ, M. Análisis conceptual de la corrupción y de la

probidad pública. En *Revista de Ciencia Política*, Vol. 18, N° 12, pp. 35-42.  
ORELLANA VARGAS, P. Chile, un caso de corrupción oculta. En *Revista de Sociología* (Universidad de Chile), N° 21, 2007, pp. 257-277.

ORELLANA VARGAS, P. Probidad y corrupción en Chile. El punto de quiebre. En *Polis, Revista Latinoamericana*, N° 8, 2004, disponible en: <https://polis.revues.org/6120>

ORTÍZ RIVAS, H. *Derechos Humanos*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 4ª edición, 2007.

PRATS CATALÀ, J. La lucha contra la corrupción como parte integrante del Derecho, el deber y las políticas de buena administración. En *Cuadernos de Derecho Público*, N° 31, 2007, pp. 13-29.

PÉREZ ROYO, J. *Curso de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 10ª edición, 2005.

PÉREZ, B. La corrupción: Aspectos jurídicos y éticos. En ARIEL, B. (coord.) *Análisis jurídico, económico y político de la corrupción*. México D.F.: Editorial Porrúa, 2005.

PÉREZ ÁLVAREZ, A. La participación ciudadana y su relación con el acceso a la información pública. En *Ra Ximhai: Revista de sociedad, cultura y desarrollo sustentable*, Vol. 2, N° 3, pp. 611-640.

PÉREZ LUÑO, A. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Editorial Tecnos, 10ª ed., 2010.

PIÑAR MAÑAS, J.L. Derecho de acceso a la información pública. Régimen general. En WENCES, I., KÖLLING, M. y RAGONE, S. (coord). *La Ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno. Una perspectiva académica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, pp. 35-59, pp. 47-48.

PIÑAR MAÑAS, J. L. Transparencia y derecho de acceso a la información pública. Algunas reflexiones en torno al derecho de acceso en la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno. En *Revista Catalana de Dret Públic*, N<sup>o</sup> 49, 2014, pp. 1-19.

PIÑAR MAÑAS, J. L. Transparencia y protección de datos. Una referencia a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno. En PIÑAR MAÑAS, J.L. (dir). *Transparencia, acceso a la información y protección de datos*. Madrid: Editorial Reus, 2015.

POBLETE VINAIXA, J. Acceso a la información pública. En CORDERO QUINZCARRA, Eduardo (coord.) *Estudios sobre la Ley Orgánica Constitucional de bases de la Administración del Estado*. Santiago de Chile: Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Antofagasta, 2008, pp. 209-235.

PRATS, M. La participación ciudadana en clave de derechos humanos como herramienta para la prevención de la corrupción. Condiciones para su real ejecución. En ORSI, G. y RODRÍGUEZ, N. (comp.) *Transparencia, acceso a la información y tratamiento penal de la corrupción*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2011.

QUINTERO LYONS, J. La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia. En *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, Vol. 3, N° 1, 2011 (primer semestre), pp. 69-80.

POMED SÁNCHEZ, L. A. Fundamento y naturaleza jurídica de las administraciones independientes. En *Revista de Administración Pública* (España), N° 123, septiembre-diciembre, 1993, pp. 117-119.

RAJEVIC MOSLER, E. El Consejo para la Transparencia como "Administración Independiente". En LETELIER WARTENBERG, R. y RAJEVIC MOSLER, E. (coord.). *Transparencia en la administración pública*. Santiago de Chile: Legal Publishing Chile, 2010, pp. 231-247.

RAJEVIC MOSLER, E. La jurisprudencia inicial del Consejo para la Transparencia. En *Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado, Chile*, N° 22, 2009, pp. 31-54.

RAMÍREZ ARRAYÁS, J. A. Principio de probidad y transparencia en el ejercicio de las funciones públicas: Alcances a la nueva Constitución de 2005. En ZÚÑIGA URBINA, F. (coord.). *Reforma Constitucional*. Santiago de Chile: Lexis Nexis, 2005, pp. 237-244.

RAMS RAMOS, L. *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*. Madrid: REUS, 2008.

RAMS RAMOS, L. El procedimiento de ejercicio del derecho de acceso a la información pública. En *Revista General de Derecho Administrativo*, N° 41, 2016.

RANCIÈRE, J. *El odio a la democracia*. Buenos Aires: Editorial Amorrortu, 2006.

REHREN PULIDO, A. La evolución de la agenda de transparencia en los gobiernos de la concertación. En *Temas de Agenda Pública* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), año 3, Nº 18, 2008.

RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. *Estudio especial sobre el derecho de acceso a la información*. Washington DC: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización Estados Americanos (OEA), 2007. Disponible en <http://cidh.oas.org/relatoria/section/Estudio%20Especial%20sobre%20el%20derecho%20de%20Acceso%20a%20la%20Informacion.pdf>

RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. *El derecho al acceso a la información pública en las Américas: entidades especializadas para la supervisión y cumplimiento. Informe temático contenido en el Informe Anual 2014*. Washington DC: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización Estados Americanos (OEA), 2015.

REVENGA SÁNCHEZ, M. El acceso a información reservada por motivos de seguridad nacional en los Estados Unidos. En *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, Nº 51, 1997, pp. 61-94.

REVENGA SÁNCHEZ, M. El control de los secretos de Estado. En *Jueces para la Democracia*, Nº 25, 1996, pp. 20-25.

REVENGA SÁNCHEZ, M. La participación política en la actualidad. En

*Derechos y Libertades*, Nº 18, Época II, 2008, pp. 53-66.

REVENGA SÁNCHEZ, M. Razonamiento judicial, seguridad nacional y secreto de Estado. En *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 18, Nº 53, 1998, pp. 57-64.

REY MARTÍNEZ, F. Quod omnes tangit ab omnibus cognitum esse debet: El derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental. En *Revista Jurídica de Castilla y León*, Nº 33, 2014, pp. 1-19.

RIDAO MARTÍN, J. Las recientes medidas para la transparencia y la probidad del sistema político y administrativo español. En *Estudios de Deusto*, Vol. 62/1, Bilbao, 2014, pp. 285-310, p. 286.

ROBERTS, A. Acceso a la información gubernamental: compendio de temas. En NEUMAN, L. (ed.). *Acceso a la información. La llave para la democracia*. Atlanta: Centro Carter, 2004, pp. 9-15, pp-13-14.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y SENDÍN GARCÍA, M. A. *Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno. Comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*. Granada: Editorial Comares, 2014, pp. 146-147.

RODRÍGUEZ RESCIA, V.M. Introducción a los derechos humanos. Curso básico autoformativo sobre derechos humanos. En GONZÁLEZ MONGUI, P. (comp.). *Derechos humanos: Fundamentación, obligatoriedad y cumplimiento*. Bogotá: Cátedra Gerardo Molina, Universidad Libre, 2008, pp. 27-95.

RUIZ-RICO RUIZ, C. Breves consideraciones jurídicas en torno a la reciente ley española 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVII, N° 140, 2014, pp. 719-729.

RUIZ-RICO RUIZ, C. El impacto de la transparencia tras la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. En *Tendencias legales. Hacia la calidad democrática del sistema constitucional*. Madrid: Dykinson, 2015, pp. 12-20.

SABA, R. El derecho de la persona a acceder a la información en poder del gobierno. En *Derecho comparado de la información*, N° 3, 2004, pp. 145-185.

SÁEZ LORENZO, M. C. *El derecho de acceso de los ciudadanos a los documentos administrativos*. Madrid: Presidencia del Gobierno, Dirección General de Estudios y Documentación, Subdirección General de Documentación, 1982.

SÁNCHEZ DE DIEGO, M. Reflexiones sobre la Ley de Transparencia. En *Blog de la Revista Catalana de Dret Públic*, 7 de mayo de 2014. Disponible en: <http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eapc-rcdp/2014/05/07/reflexiones-sobre-la-ley-de-transparencia-manuel-sanchez-de-diego-fernandez-de-la-riva/>

SÁNCHEZ DE DIEGO, M. El principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública. En *Blog A vueltas con el Estado*, 28 de abril de 2014. Disponible en: <http://sanchezdediego.blogspot.cl/2014/04/el-principio-de->

[transparencia-y-el.html](#)

SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, F. Mentira, corrupción y confianza. Apuntes de una relación. En *Encuentros multidisciplinares*, Vol. 13, N° 39, pp. 10-18.

SENDÍN GARCÍA, M. A. El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. En *Revista Jurídica de Castillo y León*, N° 33, 2014, pp. 1-25, p. 1.

SENDÍN GARCÍA, M. A. Transparencia y acceso a la información pública. En RODRÍGUEZ - ARANA MUÑOZ, J. y SENDÍN GARCÍA, M. A. *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*. Granada: Comares, 2014.

SOLOANES MULLOR, Joan. *Administraciones independientes y Estado regulador. El impacto de la Unión Europea en el Derecho Público español*. Madrid: Congreso de los Diputados, 2016, p. 95.

SOTO VELASCO, S. Ley de Transparencia: Desafíos en su aplicación. En *Temas de Agenda Pública*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, año 4, N° 30, 2009.

STEIN, T. El principio de subsidiariedad en el derecho de la Unión Europea. En *Revista de Estudios Públicos Nueva Época*, N° 90 (octubre-diciembre), 1993, pp. 69-84.

TELLO, C., CERNA, M. y PAVÓN, A. Acceso a la información pública: Los desafíos del Consejo de la Transparencia. En *Anuario de Derecho Humanos* (Universidad de Chile), 2009, pp. 193-204.

TOLKIEN, J.R.R. *El Señor de los Anillos*. La Comunidad del Anillo.



Barcelona: Minotauro.

TORRES VENTOSA, J. La regulación legal de los secretos oficiales. En *Anuario de la Facultad de Derecho* (Universidad de Extremadura), Nº 16, 1998, pp. 357-388.

UNIDAD DE DEFENSA JUDICIAL DE LA DIRECCIÓN JURÍDICA DEL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. *Jurisprudencia judicial. Ley de Transparencia 2009-2014*. Santiago: Ediciones Consejo para la Transparencia, 2015.

VALDIVIA OLIVARES, J. Lo que oculta la transparencia. En LETELIER WARTENBERG, R. y RAJEVIC MOSLER, E. (coord.) *Transparencia en la administración pública*. Santiago de Chile: Legal Publishing Chile, 2010, pp. 69-78.

VIAL SOLAR, T. La Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública: esquema general y regulación del derecho de acceso a la información. En *Anuario de Derecho Público*, Universidad Diego Portales (Chile), 2010.

VIDAL FUEYO, C. El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2005, pp. 427-447.

VILLANUEVA VILLANUEVA, E. Aproximaciones conceptuales a la idea de transparencia. En MERINO, M. (coord.) *Transparencia: Libros, autores e ideas*. México D.F: Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI), 2004.

VILLANUEVA, E. *Derecho de Acceso a la Información en el Mundo*. México D.F.: Universidad Autónoma Metropolitana, 2008.

VILLORIA MENDIETA, M. *La publicidad activa en la Ley de Transparencia, acceso a la información y buen gobierno: posibilidades e insuficiencias*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, Colección Govern Obert, 2014, p. 9. Disponible en: [http://transparencia.gencat.cat/web/.content/pdfs/governobert\\_1\\_es.pdf](http://transparencia.gencat.cat/web/.content/pdfs/governobert_1_es.pdf)

VILLORIA MENDIETA, M. Publicidad activa. En WENCES, I., KÖLLING, M. y RAGONE, S. (coords). *La Ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno. Una perspectiva académica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, pp. 1-34.

VIVANCO, A. Transparencia de la función pública y acceso a la información de la administración del Estado: una normativa para Chile. En *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 35 N° 2, 2008, pp. 371-391.

ZALAUQUETT, J. *Transparencia, rendición de cuentas y lucha contra la corrupción en América. Informe de la reunión regional que tuvo lugar en Santiago de Chile entre el 3 y el 5 de diciembre de 2004*. Santiago de Chile: LOM Ediciones, 2005.

## **II.- Fuentes Formales del Derecho**

### **1.- Fuentes chilenas**

DECRETO SUPREMO N° 26 del Ministerio General de la Presidencia, publicado en el Diario Oficial N° 36.955, de 07/05/2001.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C1577-15, Matías Rojas Medina con Carabineros de Chile, 09/09/2016.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C1517-16, Rodolfo José Novakovic Cerda con Servicio de Impuestos Internos, 28/06/2016.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C729-16, Cristián Catalán Moraga con Servicio de Cooperación Técnica (SERCOTEC), 28/06/2016.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C716-16, Cristóbal Miranda Mery con Municipalidad de las Condes, 28/06/2016.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C1392-16, Sergio Avendaño con Superintendencia de Educación Escolar, 24/06/2016, acuerdo III.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C1265-16, Sergio Lamas Alarcón con Municipalidad de Chaitén, 24/06/2016.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C346-16,

Renato Marchiono Cuevas con Municipalidad de Cunco, 03/06/2016.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C401-16, Demetrio Venegas Castro con Servicio de Impuestos Internos (SII), 03/05/2016.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C2094-15, Julio Aguilar Cofré Municipalidad de Molina, 22/12/2015.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C2647-14, Diego Grez Cañete con Municipalidad de la Estrella, 07/08/2015.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° 1200-15, Alejandro Luarte Vergara con Municipalidad de Cholchol, 04/08/2015.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C1166-15, Héctor Livio con Corporación Municipal de San Bernardo, 04/08/2015.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° 2320-14, Rodrigo Insunza Ginart con Superintendencia del Medio Ambiente, 31/07/2015.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C673-15, Eduardo Hevia Charad con Servicio de Impuestos Internos, 28/07/2015.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C2361-14, María de los Ángeles Arrieta Ugarte con Subsecretaría de Relaciones Exteriores, 24/07/2015.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C1969-14, Tania Villarroel Oyarzún con Dirección General de Aeronáutica Civil, 24/07/2015.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C545-15, Luis Aránguiz Cabrera con Municipalidad de Temuco, 26/06/2015.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C344-15, Juan Marcos Díaz Soto con Municipalidad de Quilleco, 03/06/2015.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C351-15, Carlos Cardoen Cornejo con Policía de Investigaciones de Chile, 28/04/2015.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° 2720-14, Carlos Neira Flores con Subsecretaría de Transportes, 14/04/2015.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C211-15, Rodolfo Lisboa Carvajal con Empresa Portuaria de Coquimbo, 03/02/2015.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° 105-15, Carlos Contreras Andía con Empresa Portuaria de San Antonio, 20/01/2015.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C843-14, Nibaldo Sepúlveda Verdugo con Municipalidad de Buin, 17/12/2014.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C933-14, Matías Bakit Rodríguez con Ministerio de Relaciones Exteriores”, 08/08/2014; N° C293-14, “Mauricio Weibel Barahona con Ejército de Chile, 10/09/2014.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C1791-12, Paulo Olguín Narvaez con Fondo Nacional de Salud (FONASA), 06/03/2013.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo C1101-11, Juan José Soto con Secretaría General de la Presidencia, 16/03/2012.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C891-11, Alejandro Belmar Soto con Dirección Nacional del Servicio Civil, 25/11/2011.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C842-11, Mario Urrutia Belmar con Gobierno Regional Metropolitano de Santiago, 23/11/2011.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C930-11, Wilfredy Zuluaga Arroyave con Gobernación Provincial de Coyhaique, 28/10/2011.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C794-11, Patricio Segura Ortiz con SEREMI de Planificación y Coordinación de la Región de Aysén, 05/10/2011.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C604-11, Juan Leighthon González con Universidad de Chile, 31/08/2011.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C469-11, Marco Antonio Jofré Muñoz con Fundación Íntegra, 31/08/2011.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo C640-10,

Christian Wegmann Ivars con Instituto Nacional de Estadísticas, 26/08/2011.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C622-11, José Tomás Fuentealba Pinto con Dirección de Obras Hidráulicas, 26/08/2011.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C406-11, Mario Gebauer Bringas, Alcalde de la Municipalidad de Melipilla con Subsecretaría del Interior, 12/08/2011.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo C377-11, Carlos Insulza Rojas con Servicio de Impuestos Internos, 29/07/2011.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° 775-11, C775-11, Crawford Chile Liquidadores de Seguros Ltda. con Empresa Portuaria de San Antonio, 24/06/2011.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C126-11, Corporación Privada para el Desarrollo de Aysén con Corporación Nacional Forestal, 27/05/2011.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C159-11, Daniel Sagredo Stevens con Dirección de Aeronáutica Civil, 10/05/2011.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo C124-11, Corporación Privada para el Desarrollo de Aysén con Servicio Agrícola y Ganadero (SAG), 26/04/2011.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C850-10, José

Gaete Cabezas con Servicio Agrícola y Ganadero, 29/03/2011.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C876-10, Cristián Vial Infante con Municipalidad de Lo Barnechea, 25/01/2011.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C626-10, "Hernán Osses Suárez con Servicio Nacional de Aduanas", 18/01/2011.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo C725-10, Eusebio Rivera Muñoz con Municipalidad de Macul, 17/12/2010.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C664-10, Jorge Morales Cortés con SEREMI de Salud Región Metropolitana de Santiago, 07/12/2010.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C652-10, Gastón Lux Palma con Armada de Chile, 23/11/2010.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° 648-10, Juan José Soto Cortés con Superintendencia de Valores y Seguros, 05/11/2010.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C669-10, Jeanne Moreu Caro con Fuerza Aérea de Chile, 02/11/2010.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo C444-10, Irene Yolanda Cordero Mansilla con Universidad de los Lagos, 08/10/2010.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C424-10, Daniel Vega Vásquez con Gendarmería de Chile, 27/08/2010.



CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C335-10, N.N. con Municipalidad de Recoleta, 20/08/2010.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C617-09, Sergio Reyes Jiménez con Contraloría Regional de Atacama, 03/08/2010.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C193-10, José Julián Alcayaga Olivates con Superintendencia de Seguridad Social, 15/07/2010.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C95-10, Deisy Mancilla Guzmán con Municipalidad de Talagante, 29/06/2010.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C75-10, “Humberto Ángel Sanhueza Leiva y Luis Fernando González Reyes con Ilustre Municipalidad de los Andes”, 25/06/2010.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C345-10, Iván Maulen Maulen con Empresa Portuaria de San Antonio, 15/06/2010.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Darío Cerda Avaria con Municipalidad de Taltal, Decisión de amparo N° C266-10, 04/06/2010.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° A255-09, Ylenia Hartog con Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), 06/04/2010.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión Reposición de Amparo N°

A79-09, Francisco Fuentes García con Subsecretaría de Transportes, 26/03/2010.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° A204-09, Sociedad Neira y Asociados Ltda. con Secretaría Regional Ministerial de Bienes Nacionales de la Región del Bío Bío, 16/03/2010.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C501-09, Cristián Valenzuela Véliz con Servicio Nacional de Turismo, 26/02/2010.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C450-09, Sebastián Minay Carrasco con Polla Chilena de Beneficencia S.A., 11/12/2009.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C440-09, Sebastián Rivas Vargas con Ministerios de Relaciones Exteriores, 11/12/2009.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C380-09, Enrique Barros con Servicio Agrícola y Ganadero, 27/11/2009.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo C434-09, Juan Pablo Figueroa Lasch con Servicio de Salud Metropolitano Sur, 27/11/2009.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° A293-09, Álvaro Pérez con Consejo de Defensa del Estado, 24/11/2009.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° A323-09, Aldo Raggio Alvarado con Dirección Regional del Trabajo de Valparaíso,

20/11/2009.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° A327-09, Asociación Nacional de Consumidores Pro Derechos de la Educación con Corporación Municipal de San Miguel, 06/11/2009.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° A95-09, Freud Oyanguren Malverde con Municipalidad de Temuco, 06/11/2009.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo A10-09, Miguel Rojas Zúñiga con Ministerio de Vivienda y Urbanismo, 31/10/2009.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° R23-09, Rodrigo González Torres con Ilustre Municipalidad de Viña del Mar, 09/10/2009.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° A151-09, Santiago Urzúa Millán con Dirección de Vialidad, 02/10/2009.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° A96-09, Adolfo Ortega Aichle con Servicio de Impuestos Internos, 25/09/2009.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° A47-09, Unidad Vecinal N° 13, de Santa María de Manquehue con Ilustre Municipalidad de Vitacura, 15/09/2009.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° A211-09, Constanza Souza Vega con Ilustre Municipalidad de Peñalolén/Corporación Municipal de Peñalolén para el Desarrollo Social, 11/09/2009.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° A146-09, Elena Cortés Videla con Universidad de Atacama, 01/09/2009.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° A110-09, Mauricio Riquelme Álvarez con Servicio de Impuestos Internos, 25/08/2009.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión Reclamo N° R11-09, Asociación de Académicos de Universidad de Valparaíso con Universidad de Valparaíso, 25/08/2009.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° A35-09, Juan Velásquez Morales con Dirección Nacional del Servicio Civil, 11/08/2009.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° A29-09, "Juan Sebastián Walker Cerda con Dirección Nacional de Servicio Civil", 11/08/2009.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° A63-09, Francisco Bartucevic Sánchez con Servicio Nacional de Aduanas, 07/08/2009.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° A71-09, Carlos Campusano M., Presidente de la Asociación de Académicos de Valparaíso (AFA-UV) con Universidad de Valparaíso, 04/08/2009.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° A68-09, Pablo Antonio Tartari Aguirre con Servicio de Vivienda y Urbanismo de la Región del Maule, 04/08/2009.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° A58-09, Nicolás Candel Pozo con Carabineros de Chile, 04/08/2009.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° A56-09, Santiago Urzúa Millán con Dirección de Vialidad, 04/08/2009.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo A126-09, Miguel Rojas Zúñiga con Fondo Nacional de Salud, 31/07/2009.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° A45-09, José Pedro de la Carrera Valdés con Carabineros de Chile, 28/07/2009.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° A12-09, Jorge Antonio Reyes Molina con Comisión Nacional del Medio Ambiente Región Metropolitana de Santiago, 14/07/2009.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° A39-09, Patricio Orlando Segura Ortiz con Secretario Regional Ministerial de Agricultura de Aysén, 19/06/2009.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° A69-09, Álvaro Pérez Castro con Banco Estado de Chile, 12/06/2009.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° A4-09, Mauricio Oyarzún Muñoz con Empresa de Ferrocarriles del Estado, 06/06/2009.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Reclamo N° R4-09, Patricio

Herman Pacheco y José Tomás Fabres Bordeu con Consejo Nacional de Televisión (CNTV), 05/06/2009.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión Reclamo N° R1-09, Pedro Antonio Vergara Montecinos con Universidad de los Lagos, 29/05/2009.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Decisión de Amparo N° C399-09, C481-09 y C482-09, José Fuentes Castro con Gendarmería de Chile, 15/01/2009.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Instrucción General N° 10, sobre el procedimiento administrativo de acceso a la información, Diario Oficial de 17/12/2012.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA, UNIDAD DE SEGUIMIENTO DE DECISIONES Y SUMARIOS DE LA DIRECCIÓN DE FISCALIZACIÓN. *Jurisprudencia sancionatoria: Ley de Transparencia 2009-2014*. Santiago: Consejo para la Transparencia, 2014. Disponible en: [http://www.educatransparencia.cl/sites/default/files/jurisprudencia\\_sancionatoria\\_cplt\\_0.pdf](http://www.educatransparencia.cl/sites/default/files/jurisprudencia_sancionatoria_cplt_0.pdf) (consulta 17/01/2017).

Constitución Política de la República (1980).

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictámen N° 43.688, de 23/11/2001.

CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL. Sentencia Rol 132-2009, Corporación Municipal de San Miguel contra Consejo para la Transparencia, 22/07/2010.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Sentencia Rol 6569-2011, Fundación Íntegra contra Consejo para la Transparencia, 01/04/2013.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA de Chile. *Fisco de Chile y otros con Carlos Cruz Lorenzen y otros*, Rol N° 2321-2007, sentencia de 19/05/2008.

Ley N° 20.840, Sustituye el sistema electoral binominal por uno de carácter proporcional inclusivo y fortalece la representatividad del Congreso Nacional, publicada en el Diario Oficial de 05/05/2015.

Ley N° 20.414, sobre Reforma Constitucional en materia de Transparencia, Modernización del Estado y Calidad de la Política, publicada en el Diario Oficial N° 39.551, de 04/01/2010.

Ley N° 20.393, Establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica, publicada en el Diario Oficial de 02/12/2009.

Ley N° 20.119, Modifica la Ley N° 19.913, que creo la Unidad de Análisis Financiero, publicada en el Diario Oficial de 31/08/2006.

Ley N° 20.050, sobre Reforma Constitucional, publicada en el Diario Oficial N° 38.246, de 26/08/2005.

Ley N° 19.913, Crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos, publicada en el Diario Oficial de 18/12/2003.

Ley N° 19.886, Ley de bases sobre contratos administrativos de suministro y

prestación de servicios, publicada en el Diario Oficial de 30/07/2003.

Ley N° 19.880, Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, publicada en el Diario Oficial de 29/05/2003.

Ley N° 19.829, Modifica Código Penal respecto del delito de cohecho, publicada en el Diario Oficial de 08/10/2002.

Ley N° 19.653, modificatoria de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de las Bases Generales de la Administración del Estado, publicada en el Diario Oficial N° 36.538, de 14/12/1999.

Ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, publicada en el Diario Oficial de 15/10/1999.

Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, publicada en el Diario Oficial de 05/02/1990.

Ley N° 18.838, Crea el Consejo Nacional de Televisión, publicada en el Diario Oficial de 30/09/1989.

Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de las Bases Generales de la Administración del Estado, publicada en el Diario Oficial N° 32.640, de 05/12/1986.

Ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas, publicada en el Diario Oficial N° 31.096, de 22/10/1981.



Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, publicada en el Diario Oficial de 19/05/1981.

SENADO DE CHILE. “Proyecto de reforma constitucional, iniciado en moción de los Honorables Senadores señor Larraín Fernández, señoras Allende y Alvear y señores García y Tuma, que otorga reconocimiento constitucional al principio de transparencia y al derecho de acceso a la información pública”, Boletín N° 8.805-07, de 05/03/2013.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del inciso segundo, del artículo 5° de la Ley N° 20.285, de 2008, sobre Acceso a la Información Pública, en los autos sobre reclamo de ilegalidad caratulados «Subsecretaría Interior con Consejo para la Transparencia», Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2496-2012, Rol 2246-12, Sentencia de 31/01/2013.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Rodrigo Ubilla Mackenney, Subsecretario del Interior, respecto del inciso segundo, del artículo 5° de la Ley N° 20.285, de 2008, sobre Acceso a la Información Pública, en la parte que señala “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”, en los autos sobre reclamo de ilegalidad caratulados Subsecretaría del Interior con Consejo para la Transparencia, de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° 6704-2011, Rol 2153-11, sentencia de 11/09/2012 y Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Claudio Alvarado Andrade, Subsecretario General de la Presidencia, en representación del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, y Cristián Larroulet Vignau, Ministro

Secretario General de la Presidencia, por sí, respecto del inciso segundo del artículo 5° de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, en la parte que dice “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”, en autos sobre reclamo de ilegalidad caratulados “Subsecretaría General de la Presidencia con Consejo para la Transparencia”, de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° 2496-2012”, Rol 2246/12, sentencia de 31/01/2013.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del inciso segundo, del artículo 5° de la Ley N° 20.285, de 2008, sobre Acceso a la Información Pública, en los autos sobre reclamo de ilegalidad caratulados «Subsecretaría Interior con Consejo para la Transparencia», Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 6704-2011, Rol 2153-2012, sentencia de 11/09/2012.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO. Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por Pablo Coloma Correa respecto de los artículos 5° inciso 2° y 21 N° 1, letra b; de la Ley N° 20.285, en los autos Rol N° 541-2011, sobre reclamo de ilegalidad, caratulados Dirección Nacional del Servicio Civil con Consejo para la Transparencia, del que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 1990-2012, sentencia de 05/06/2012.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO. Control de constitucionalidad del proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, sobre acceso a la información pública, Rol 1051-2008, sentencia de 10/07/2008.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO. Requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 13 de la Ley N° 18.575, presentado por la Corte de

Apelaciones de Valparaíso en la Causa Rol N° 2336-06, Lean Casas Cordero, Carlos Eric con Director Nacional de Aduanas, Rol 634-2006, sentencia de 17/10/2006.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO. Control de constitucionalidad respecto del Proyecto de ley que modifica las leyes de mercado de valores, administración de fondos mutuos, de fondos de inversión, de fondos de pensiones, de compañías se seguro, y otras materias que indica, considerando N° 7, letra d), sentencia de 07/03/1994.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO. Requerimiento de constitucionalidad recaído en Proyecto de ley orgánica constitucional sobre Tribunal Calificador de Elecciones, Rol 33-1985, considerando N° 14, sentencia de 24/09/1985.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO. Requerimiento formulado en contra del Señor Ministro del Interior, don Sergio O. Jarpa Reyes, invocando el N° 10 del artículo 82 de la Constitución Política, Rol 19-1983, sentencia de 23/10/1983.

## **2.- Fuentes españolas**

CONSEJO DE ESTADO. Dictamen sobre Anteproyecto de Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, de 19 de julio de 2012. Disponible en <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2012-707>

CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO. Criterio Interpretativo N° CI/009/2015, Actuación del órgano o unidad competente, cuando en el

ejercicio del derecho de acceso a la información se solicite por los interesados información ya objeto de publicidad activa por el organismos de que se trate, de 12/11/2015.

CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO. Criterio Interpretativo N° CI/008/2015, Aplicación de la disposición adicional primera de la Ley 19/2013 sobre regulaciones especiales del derecho de acceso a la información pública, de 12/11/2015.

CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO. Criterio Interpretativo N° CI/006/2015, Causas de inadmisión de solicitudes de información: información de carácter auxiliar o de apoyo, de 12/11/2015.

CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO. Criterio Interpretativo N° CI/007/2015, Causas de inadmisión de solicitudes de información: relativas a información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración, de 12/11/2015.

CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO. Criterio Interpretativo N° CI/004/2015, Publicidad activa del DNI y de la firma manuscrita, de 23/07/2015.

CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO. Criterio Interpretativo N° CI/002/2015, Aplicación de los límites al derecho de acceso a la información, de 24/06/2015.

CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO. Criterio Interpretativo N° CI/002/2015, Causas de inadmisión de solicitudes de información: información de carácter auxiliar o de apoyo, de 24/06/2015.

CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO. Criterio Interpretativo N° CI/003/2015, Alcance de las obligaciones de transparencia de las entidades privadas, de 11/05/2015.

CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO. R/0171/2015, de 04/09/2015.

CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO. R/0010/2015, de 06/05/2015.

Constitución Española (1978).

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, BOE N° 236, de 02/10/2015.

Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, BOE N° 295, de 10/12/2013.

Ley 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, BOE N° 298, de 14/12/1999.

Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, BOE N° 266, de 06/11/1999.

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común, BOE N° 285, de 27/11/1992.

Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre Secretos Oficiales, BOE N<sup>o</sup> 84, de 06/04/1968.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. Sentencia 119/1995, de 17 de julio de 1995.

### **3.- Otras fuentes**

ASAMBLEA GENERAL ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA). Carta Democrática Interamericana, Lima, 2001. Disponible en: [www.oas.org/charter/docs.es/resolucion1\\_es.htm](http://www.oas.org/charter/docs.es/resolucion1_es.htm)

ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA). Resoluciones AG/RES. 1932 (XXXV-O/03), AG/RES. 2057 (XXXIV-O/04), AG/RES. 2121 (XXXV-O/05), AG/RES. 2252 (XXXV-O/06), AG/RES. 2288 (XXXVII-O/07), AG/RES. 2418 (XXXVIII-O/08) sobre “Acceso a la información pública y fortalecimiento de la democracia”.

ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA). Resolución AG/RES.2607 (XL-O/10), aprobada en la 4<sup>a</sup> sesión plenaria de 8 de junio de 2010, “Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública”.

ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA). Resolución AG/RES.2288 (XXXVII-O/07), aprobada en sesión de 21 de abril de 2008, sobre “Recomendaciones sobre acceso a la información”.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. Observación General N<sup>o</sup> 18, sobre “No discriminación”, párrafo 7, 37<sup>o</sup> período de sesiones,

10/11/1989.

COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. Principios sobre el derecho de acceso a la información, CJI/RES.147 (LXXXIII-O/08), de 07/08/2008, 73º Período Ordinario de Sesiones, 4 al 14 de agosto de 2008, Río de Janeiro, Brasil.

CONSEJO DE EUROPA. Convenio del Consejo de Europa Núm. 205, sobre "Acceso a los documentos públicos", Tromsø, 18 de junio de 2009.

CONSEJO DE EUROPA. Convenio para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, Roma, 4 de noviembre de 1950.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Caso Jaime Castro con Ministro del Interior y de Justicia (Fernando Londoño Hoyos), T-1075/03, sentencia de 13 de noviembre de 2003.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 5,9,16 y 17 (parciales) de la Ley 555 de 2000, por la cual se regula la prestación de los Servicios de Comunicación Personal, PCS y se dictan otras disposiciones, expediente D-4019, sentencia de 22 de octubre de 2002.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gomez Lund y otros contra Brasil, sentencia de 24 de noviembre de 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Villagrán Morales y otros contra Guatemala, sentencia de 24 de noviembre de 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Kawas Fernández

contra Honduras, sentencia de 3 de abril de 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Claude Reyes y otros contra Chile, sentencia de 19 de noviembre de 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Ricardo Canese contra Paraguay, sentencia de 31 de agosto de 2004.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Olmedo Bustos y otros contra Chile (Última tentación de Cristo), sentencia de 5 de febrero de 2001.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988.

CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. Caso The New York Times Company versus L. B. Sullivan, sentencia de 9 de marzo de 1964.

CUMBRE EXTRAORDINARIA DE LAS AMÉRICAS. Declaración de Nueva León. Monterrey, México, 12-13 de enero de 2004.

ORGANIZACIÓN DE ESTADO AMERICANOS (OEA). Convención americana sobre derechos humanos, San José de Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Petrie y otros con Comisión de las Comunidades Europeas. Sentencia de 1ª instancia, Sala cuarta ampliada, de 11/12/2012, asunt T 191/99.



TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso Bubon contra Russia, sentencia de 7 de febrero de 2017.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso Guseva contra Bulgaria, sentencia de 17 de febrero de 2015.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso Österreichische vereinigung zur erhaltung, stärkung und schaffung eines wirtschaftlich gesunden land- und forst-wirtschaftlichen grundbesitzes contra. Austria, sentencia de 28 de noviembre de 2013.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso Youth Initiative for Human Rigths contra Serbia, sentencia de 25 de junio de 2013.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso Kenedi contra Hungría, sentencia de 26 de mayo de 2009.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso Társaság a Szabadságjogokért contra Hungría, sentencia de 14 de abril de 2009.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso Sdružení Jihočeské Matky contra República Checa, sentencia de 19 de julio de 2006.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso Guerra y otros contra Italia, sentencia de 19 de febrero de 1998.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gaskin contra Reino Unido, sentencia de 07 de julio de 1989.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso Leander contra Suecia,  
sentencia de 26 de marzo de 1987.