

LA JURISPRUDENCIA INICIAL DEL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA

Enrique Rajevic Mosler¹

RESUMEN: *El artículo analiza el inicio del funcionamiento del Consejo para la Transparencia, creado por la Ley N° 20.285, de 2008, sobre acceso a la información pública, y sistematiza algunos aspectos de sus primeros diez meses de jurisprudencia.*

DESCRIPTORES: *Acceso a la Información - Administración del Estado - Transparencia - Protección de Datos Personales*

SUMARIO DE CONTENIDOS: 1. EL INICIO DE LAS TAREAS DEL CONSEJO. 1.1. La reglamentación interna. 1.2. La emisión de instrucciones generales. 1.3. El ingreso de casos y su resolución. 2. La COMPETENCIA DEL CONSEJO. 2.1. Ámbito subjetivo. a) Organismos autónomos: CNTV y Universidades Públicas. b) Empresas públicas y empresas y sociedades del Estado. c) Órganos fuera de la órbita de fiscalización del Consejo por disposición expresa de la LAIP. d) Entidades privadas instrumentales creadas por la Administración y programas presupuestarios. 2.2. Ámbito objetivo. a) Extemporaneidad. b) Carácter genérico de las solicitudes. c) Solicitudes con un objeto diferente del acceso a información. 3. EL DERECHO A ACCEDER A LA INFORMACIÓN PÚBLICA COMO DERECHO FUNDAMENTAL. 3.1. Prueba y causales de secreto. 3.2. Test de daño y test de interés público. 4. ALGUNOS CRITERIOS SUSTANTIVOS

¹ ENRIQUE RAJEVIC MOSLER. Director Jurídico del Consejo para la Transparencia y profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Alberto Hurtado, e-mail: erajevic@consejotransparencia.cl. Agradezco las observaciones a este trabajo de Luisa Barraza G., María Jaraquemada H., Andrés Pavón M. y Andrea Ruiz R., quienes no son responsables por la versión final.

EN LAS PRIMERAS DECISIONES. a) Empleo público: concursos públicos, calificaciones, registros de asistencia y sumarios. b) Estudios, encuestas y estadísticas oficiales. c) Antecedentes necesarios para defensas jurídicas y judiciales. 5. PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES. 6. FINAL.

SUMMARY: *The article analyzes the first period of functioning of the council for the transparency, created by the law N° 20.285, on access to public information and standardizes certain aspects of the first ten months of jurisprudence.*

KEY WORDS: *Access to information - Administration of the State - Transparency - Protection of personal data*

TABLE OF CONTENTS: *1. THE START OF THE COUNCIL FOR THE TRANSPARENCY. 1.1 The internal regulation. 1.2 The issuance of general instructions. 1.3 The cases and their resolution. 2. THE JURISDICTION OF THE COUNCIL FOR THE TRANSPARENCY. 2.1 Subjects. (a) Autonomous agencies: CNTV and public universities. (b) Public enterprises and companies of the State. (c) Bodies outside the orbit of the Council by express provision of the law. (d) Instrumental private entities created by the Administration and budgetary programs. 2.2 Areas. (a) Untimely. (b) Generic nature of the requests. (c) Requests with a different goal from access to information. 3. THE ACCESS TO PUBLIC INFORMATION AS FUNDAMENTAL RIGHT. 3.1 Reasons of secrecy and its proof. 3.2 Test of damage and public interest. 4. SOME SUBSTANTIVE CRITERIA IN FIRST DECISIONS. (a) Public employment: public contests, qualifications, attendance records and summaries. (b) Studies, surveys and official statistics. (c) Necessary background for legal and judicial defences. 5 THE PERSONAL DATA PROTECTION. 6. FINAL WORDS.*

1. EL INICIO DE LAS TAREAS DEL CONSEJO

La Ley N° 20.285 (D.O. 20.08.2008), sobre acceso a la información pública (LAIP), 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”, D.O. 14.12.1999) con rango legal, y desde 2005 lo tiene con rango cons-

titucional (con el inciso 2° del nuevo artículo 8° de la Carta Fundamental incorporado por la Ley N° 20.050, de Reforma Constitucional, D.O. 26.08.2005)², la LAIP avanzó un paso más creando un organismo autónomo para garantizar y hacer efectivo el derecho de acceso a la información administrativa denominado Consejo para la Transparencia (o CplT, en adelante), al que pueden dirigirse las personas que no hayan visto satisfecha una solicitud de información formulada a un organismo público³ o detecten infracciones a sus deberes de transparencia activa⁴. 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 incumplimiento⁵.

Esta audaz medida fue parte de una indicación sustitutiva a una moción parlamentaria sobre la materia (de los Senadores Jaime Gzmuri y Hernán Larraín) que impulsó el Gobierno a sugerencia del Grupo de Expertos que nombró la Presidenta Michelle Bachelet, en noviembre de 2006, para superar una serie de escándalos ligados al uso de fondos públicos⁶ y que se transformó en la LAIP⁷. La regulación concreta del CplT se contiene en la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, en adelante Ley de Transparencia o LT, aprobada por el artículo primero de la LAIP⁸. En lo esencial, se trata de una especie de “Administración Independiente” cuya autonomía se basa, funda-

² .- “Artículo 8°.- El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones. / Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”.

³ .- Arts. 24 y ss. de la Ley de Transparencia.

⁴ .- Arts. 7° y 8° de la Ley de Transparencia.

⁵ .- Arts. 27, inc. 2°, y Título VI de la Ley de Transparencia.

⁶ .- El informe de este grupo sugirió crear un “órgano de acceso a la información”, autónomo y dotado de imperio. Véase el informe en <http://www.chiletransparente.cl/doc/InformeFinal06.pdf>.

⁷ .- Una visión sintética de la Ley en Una nueva vuelta de tuerca en materia de acceso a la información: la Ley N° 20.285, de 2008. /en/ Gaceta Jurídica N° 338, octubre de 2008, pp. 7-12 (también en <http://decive.blogspot.com/2008/09/una-nueva-vuelta-de-tuerca-en-materia.html>). A este respecto también puede verse el capítulo IV del Manual de Transparencia y Probidad de la Administración del Estado, 2ª ed. Santiago: Gobierno de Chile, 2008, 180 p. (disponible en <http://64.76.175.73/CHILEPROBIDAD/MANUAL%20FINAL.pdf>).

⁸ .- Se trata de una técnica legislativa confusa que recuerda a la de la Ley N° 19.882, de 2003.

mentalmente, en la generación y estabilidad de los cuatro integrantes de su Consejo Directivo. En efecto, son designados por el Presidente de la República, previo acuerdo de los dos tercios de los senadores en ejercicio (art. 36), se mantienen en funciones por seis años y sólo pueden ser removidos por la Corte Suprema a requerimiento del Presidente de la República, de la Cámara de Diputados o a petición de diez diputados, “por incapacidad, mal comportamiento o negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones” (art. 38).

Aunque la ley en comento fue publicada el 20.08.2008, su artículo transitorio estableció una *vacatio legis* de ocho meses, salvo en cuanto a la designación de los primeros consejeros, que se efectuó a través del D.S. N° 123/2008, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia (D.O. 28.10.2008). El 29 de octubre de 2009 se celebró la primera sesión válida del Consejo Directivo con la asistencia de todos sus integrantes -Alejandro Ferreiro, Roberto Guerrero, Raúl Urrutia y Juan Pablo Olmedo, este último elegido Presidente en esa primera sesión-, de manera que desde esa fecha se entiende legalmente constituido el Consejo, conforme al artículo 2° transitorio de la Ley. La pronta constitución era necesaria para proceder a seleccionar al personal directivo y echar a andar la institución antes de abril, mes en que la Ley entraría en vigencia.

1.1. LA REGLAMENTACIÓN DE LA LEY

Los D.S. N° 13/2009 (D.O. 13.04.2009) y N° 20/2009 (D.O. 23.05.2009), ambos del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, aprobaron, respectivamente, el Reglamento del artículo primero de la Ley N° 20.285 (o sea, la Ley de Transparencia) y los Estatutos de Funcionamiento del Consejo para la Transparencia. El Reglamento se publicó pocos días antes que entrase en vigencia la Ley, lo que permitió contar con sus clarificaciones y precisiones en forma oportuna⁹. Posteriormente se aprobó un Reglamento Orgánico, previo acuerdo del Consejo Directivo según establece el art. 42 c) de la misma Ley, luego sancionado por la Resolución N° 71/2009, de 19 de junio, del propio Consejo¹⁰.

⁹ .- Sobre la elaboración de este reglamento puede verse CONTESSE S., Jorge (ed). *In-forme Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2009*. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, 2009, pp. 154-155.

¹⁰ .- Conforme al art. 7° de la Ley de Transparencia puede consultarse el texto de las normas que componen el marco normativo del Consejo en <http://www.consejotransparencia.cl/>, particularmente el de su Reglamento Orgánico que no ha sido publicado en el Diario Oficial.

1.2. LA EMISIÓN DE INSTRUCCIONES GENERALES

El artículo 33 d) de la Ley de Transparencia faculta al Consejo para “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”. La Contraloría ha señalado que las instrucciones son “(...) órdenes que la autoridad administrativa imparte internamente a los funcionarios o agentes públicos, relacionadas con el correcto cumplimiento de la ley, o con la necesidad de desarrollar una más eficaz y expedita administración”, añadiendo que no requieren publicación en el Diario Oficial para ser válidas ni tampoco cumplir con el trámite de toma de razón (Dictamen N° 18.447/2004). El mismo dictamen añade que esta atribución “(...) comprende la de interpretar (...) dado que en derecho, si se faculta para impartir instrucciones destinadas a aplicar sobre determinados preceptos, ello importa previamente determinar el alcance o sentido de ellos (aplica dictámenes N° 5.888, de 1999 y N° 39.735, de 2000)”.

El CplT ha dictado a la fecha cinco instrucciones generales publicándolas en el Diario Oficial, en tanto normas de carácter general (art. 48 a) Ley N° 19.880, de 2003). Las tres primeras se publicaron en conjunto (D.O. 16.05.2009) y se refieren a la presentación de reclamos y amparos ante las Gobernaciones (conforme el art. 23, inc. 4°), la designación de un enlace con el Consejo en cada organismo público y los alcances del índice de actos y documentos calificados como secretos o reservados (art. 23).

Las últimas instrucciones (D.O.03.02.2010) son la N° 4, que ha venido a precisar la forma de cumplir con los deberes de transparencia activa en la generalidad de los organismos públicos, y la N° 5, que cumple análogo cometido respecto de 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.

1.3. EL INGRESO DE CASOS Y SU RESOLUCIÓN

La competencia más visible del Consejo, hasta ahora, ha sido la resolución de reclamaciones contra organismos públicos, sean reclamos por incumplimiento de los deberes de transparencia activa (art. 8°) o amparos al derecho de acceso a la información (art. 24, que usa expresamente el término “amparo”).

Entre el 20 de abril de 2009, día que la Ley entró en vigencia, y el 31 de enero de 2010, han ingresado 690 casos. En el mismo periodo se han despachado 337 decisiones que han ido conformando la jurisprudencia fundacional del Consejo, a la que nos referiremos en lo que sigue de este trabajo. Las decisiones se mencionarán según su rol de ingreso, que hasta octubre se iniciaba con una “A”, si era un amparo al derecho de acceso a la información, y una “R”, si era un reclamo por infracción a los deberes de transparencia activa (así, por ejemplo, A1-09, A2-09, etc., y R1-09, R2-09, etc.). A partir del caso 379 -ingresado en octubre- se optó por emplear para todos una letra C inicial (C379-09, C380-09, etc.), reiniciándose la numeración en enero (C1-10). El texto de las decisiones puede consultarse en el sitio web del Consejo (<http://www.consejotransparencia.cl/>).

2. LA COMPETENCIA DEL CONSEJO

Como todo órgano nuevo, el primer desafío del Consejo es trazar la esfera de sus atribuciones, tanto respecto de los sujetos que están bajo su tutela (ámbito subjetivo) como de las materias (ámbito objetivo).

2.1. ÁMBITO SUBJETIVO

a) Organismos autónomos: Consejo Nacional de Televisión y Universidades Públicas

El Consejo afirmó en las primeras decisiones su competencia sobre las entidades de carácter autónomo. Primero lo hizo en relación con el Consejo Nacional de Televisión (o CNTV), que afirmaba lo contrario dado que la tutela del CplT resentiría su autonomía (afirmada en el art. 19 N° 12, inc. 6°, de la CPR). Ante ello, el CplT sostuvo que por ser esta entidad parte de la Administración del Estado se “(...) supone forzosamente que se rija por la Ley de Transparencia 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” y añadió:

«Que no es óbice a lo anterior que la Carta Fundamental, en su art. 19 N° 12, califique al Consejo Nacional de Televisión como “autónomo”. En efecto, como expresaron los Ministros

Vodanovic S. y Correa S. en la Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1.051-2008, que controló el proyecto que luego sería la Ley N° 20.285, la autonomía que garantiza la Carta Fundamental a ciertos órganos “...exige que... estén en condiciones de ejercer sus funciones constitucionales con plena independencia y libres de injerencias de terceros...” pero “...no equivale a una autarquía absoluta en todas sus decisiones...”. Dicho en otros términos, la autonomía resguarda el cumplimiento de fines específicos pero es compatible con el sometimiento legal a otras normas generales. En caso contrario, este Consejo no podría tener competencia sobre las Municipalidades, como dispuso expresamente el artículo 2° de la Ley de Transparencia. Por otro lado, la exigencia de transparencia y los mecanismos que la hacen posible mal pueden afectar la autonomía; antes bien, constituyen una garantía de accountability o rendición de cuentas a favor de la ciudadanía, respetuosa del autogobierno de la institución. Esto último, pues sólo actúan ex post, básicamente a petición de los propios ciudadanos y mediante el juicio de la opinión pública» (Decisión R4-09, de 05.06.2009, considerando 5°).

Algo semejante ocurrió con las Universidades Estatales, que también gozan de un relevante espacio de autonomía institucional que reconoce el artículo 88 de la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza. Establecido que eran integrantes de la Administración del Estado, se resolvió que se les aplicaba la Ley de Transparencia y la competencia del Consejo, criterio que ha permanecido invariable¹¹.

b) Empresas públicas y empresas y sociedades del Estado

Tratándose de la actividad empresarial del Estado, la LAIP 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” (art. 2°, inc. 3°, Ley de Transparencia, y artículo décimo LAIP), que el Consejo ha interpretado según la siguiente distinción:

En los amparos al derecho de acceso a la información el Consejo ha resuelto su incompetencia dado que el art. 10° de la LAIP no

¹¹ .- Véanse, por ejemplo, las decisiones R1-09, de 29.05.2009, R11-09, de 28.08.2009, A71-09, de 09.06.2009 y A146-09, de 29.09.2009.

estableció un sistema de acceso a la información y el art. 2º, inc. 3º, de la Ley de Transparencia dispuso que a las empresas sólo se les “aplicarán las disposiciones que esta ley expresamente señale”. Así se resolvió por mayoría¹² en la decisión del amparo A4-09, de 9 de junio de 2009, contra la Empresa de Ferrocarriles del Estado¹³. Cabe señalar que el único reclamo de ilegalidad (arts. 28 y ss. de la LT) fallado a la fecha fue por este tema (en el caso A69-09-09). La Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago lo rechazó unánimemente por extemporáneo, pero afirmó que el CplT sería “plenamente competente para conocer del reclamo deducido por el recurrente contra el Banco del Estado” (Rol N° 4625-2009, de 23.10.2009). No obstante, dado que la Corte no señala los argumentos en que funda tal conclusión que es, además, un *obiter dictum* con efectos relativos, el Consejo ha mantenido el criterio de la decisión A4-09 en sus acuerdos posteriores sobre este asunto¹⁴.

En cambio, tratándose de reclamos por transparencia activa el Consejo estima que sí tiene competencia, como señaló en la misma decisión del amparo A4-09. Ello, pues el art. 10º de la LAIP estableció deberes específicos de transparencia activa para las empresas y el art. 33 faculta al CplT para fiscalizar (letra a), aplicar sanciones (letra a) y resolver reclamos (letra b) por infracciones a “esta ley”, en una remisión a la LAIP *in totum*, dando así satisfacción al art. 2º, inc. 3º, de la LT. Aplicando este criterio es que se emitió la ya mencionada Instrucción General N° 5 y que se han dictado las decisiones R12-09 y R15-09, ambas en contra de Televisión Nacional de Chile¹⁵.

c) Órganos fuera de la órbita de fiscalización del Consejo por disposición expresa de la LAIP

También el Consejo ha declarado su incompetencia en aquellos casos en que los órganos reclamados están fuera de su órbita de fisca-

¹².- En este caso, igual que en los posteriores, el Consejero Raúl Urrutia ha sostenido la competencia del CplT para conocer de amparos interpuestos contra 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.

¹³.- Este criterio se ha reiterado en otras decisiones como las de los amparos roles A69-09, A106-09 y A202-09, relativas a Banco Estado, y rol A113-09, relativa a Televisión Nacional de Chile, todas con el voto disidente del Consejero Urrutia.

¹⁴.- P. ej., las decisiones de los roles C450-09 y C523-09, relativos a Polla Chilena de Beneficencia S.A., o C519-09, referente al mismo Banco Estado.

¹⁵.- En estos dos casos TVN interpuso, sin éxito, sendos recursos de reposición administrativa fallados el 23.12.2009.

lización en virtud de los arts. 5º a 9º de la LAIP, como la Contraloría¹⁶, el Poder Judicial¹⁷ o el Congreso Nacional¹⁸.

d) Entidades privadas instrumentales creadas por la Administración y programas presupuestarios

Finalmente, debe destacarse en este ámbito que el Consejo se ha declarado competente para conocer de los reclamos en contra de las corporaciones y fundaciones de derecho privado que presten servicios públicos o realicen actividades de interés público, en la medida que más del 50 % de su órgano directivo sea designado por autoridades o funcionarios públicos o esté integrado por éstos. Se trata de una suerte de “levantamiento del velo” que procura poner coto a esta “huida del Derecho Administrativo” con los instrumentos de la Ley de Transparencia que no intervienen ni invaden el actuar del órgano, sino sólo facilitan el escrutinio público posterior mediante la obtención de información que posibilite una efectiva rendición de cuentas. Así se ha resuelto, entre otras, respecto de diversas Corporaciones Municipales de Salud y Educación, CONAF y SERCOTEC¹⁹. Lo mismo quedó reflejado en la Instrucción General N° 4, sobre Transparencia Activa (punto 2 i).

En una línea semejante el Consejo también ha aceptado los amparos interpuestos en contra de servicios por programas presupuestarios²⁰ adscritos a ellos²¹.

¹⁶.- P. ej., decisiones A70-09, de 12.06.2009, A98-09, de 19.06.2009 y A120-09, de 26.06.2009.

¹⁷.- P. ej., decisión A13-09, de 30.06.2009.

¹⁸.- P. ej., decisión A217-09, de 24.08.2009.

¹⁹.- P. ej., decisiones A211-09, de 11.09.2009, R23-09, de 09.10.2009, A240-09, de 27.10.2009, A242-09, de 24.11.2009, etc. Contra algunas de estas decisiones se han interpuesto reclamos de ilegalidad cuya resolución está pendiente. Se trata de los reclamos Rol ICA N° 132-09, de la Corte de San Miguel, deducido por la Corporación Municipal de San Miguel, en contra de la decisión del amparo A327-09, y Rol ICA N° 2361-09, de la Corte de Valparaíso, deducido por la Corporación Municipal de Viña del Mar, en contra de la decisión del amparo R23-09.

²⁰.- Sobre estos programas puede verse RAJEVIC M., Enrique. *La potestad organizatoria en la LBGAE y la Constitución: teoría y realidad*. /en/ CORDERO Q., Eduardo. *Estudios sobre la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (Actas de las Terceras Jornadas chilenas de Derecho Administrativo)*. Santiago: Facultad de Derecho Universidad de Antofagasta, 2008, p. 179.

²¹.- Así, por ejemplo, la decisión A67-09, de 18.08.2009.

2.2. ÁMBITO OBJETIVO

a) Extemporaneidad

Conforme el art. 24, inc. 3º, de la Ley de Transparencia, las reclamaciones ante el Consejo deben presentarse dentro de los quince días siguientes a la notificación de la denegación de acceso a la información o desde que haya expirado el plazo para la entrega de información (art. 14 LT). Aparte de declarar la extemporaneidad cuando dicho plazo ha expirado, el Consejo ha señalado que los peticionarios pueden insistir en sus solicitudes, lo que significa que el vencimiento de dicho plazo no hace precluir este derecho²². También han sido declarados inadmisibles aquellos amparos presentados antes del vencimiento del plazo que tiene el organismo requerido para contestar la solicitud de información (20 días hábiles, prorrogables por otros 10), pues en tal caso aún no se produce el incumplimiento²³.

b) Carácter genérico de las solicitudes

En su art. 12, la LT exige que las solicitudes de acceso a la información identifiquen claramente la información que requieren y su reglamento entiende por ello que se indiquen “(...) las características esenciales de ésta, tales como su materia, fecha de emisión o período de vigencia, origen o destino, soporte, etcétera” (art. 28 c). Aplicando el art. 7º N°1 c) del Reglamento el Consejo ha estimado, en la decisión rol A39-09 de 19.06.2009, que la especificidad se ve satisfecha si la solicitud puede circunscribirse a:

- Materias determinadas;
- Las partes o el autor y el tercero afectado, según corresponda; y
- La vigencia de los actos.

Por otro lado, la decisión A107-09, de 17.09.2009, ha señalado que debe diferenciarse una solicitud genérica de una solicitud de información general, pues la última “(...) requiere acceder a informa-

²² .- P. ej., decisiones A3-09, de 01.06.2009, A6-09, de 25.06.2009, A9-09, de 30.06.2009, A14-09, de 07.07.2009 y A30-09, de 07.07.2009.

²³ .- Véanse, por ejemplo, las decisiones A2-09, de 28.05.2009, A42-09, de 07.07.2009 y A77-09, de 07.07.2009.

ción de carácter general, sin especificar un documento, fecha u otros datos, pero sí la materia u otro carácter esencial señalado en el art. 7° N° 1 letra c) del Reglamento de la Ley de Transparencia”. Además, la decisión C402-09, de 27.01.2010, señala que si tras examinar los requisitos formales del art. 12 de la Ley de Transparencia el órgano público da curso al requerimiento de información sin ordenar subsanarlo dentro del plazo de 5 días hábiles (art. 12, inc. 2°, Ley de Transparencia) no puede luego rechazar la solicitud por uno de esos vicios formales, pues ello repugnaría a la seguridad jurídica y la confianza de los administrados en la autoridad.

c) Solicitudes con un objeto diferente del acceso a información

También el Consejo ha declarado inadmisibles las solicitudes que ha estimado no versan sobre peticiones de información como, por ejemplo, algunas que denuncian hechos que estiman irregulares²⁴, otras que piden modificar o fiscalizar los criterios o fundamentos tenidos a la vista para adoptar una determinada medida²⁵ e incluso alguna que requería precisar en abstracto conceptos de carácter general estipulados en diversas normas, señalándose en este último caso que una petición de ese tipo debía “(...) tramitarse conforme las normas generales de los procedimientos administrativos -supletoriamente regidos por la Ley N° 19.880, de 2003- y no a través de la vía especialísima de la Ley de Transparencia”²⁶.

3. EL DERECHO A ACCEDER A LA INFORMACIÓN PÚBLICA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Entrando a temas de fondo lo primero que debe destacarse es que el Consejo, en numerosas decisiones, ha calificado al acceso a la información pública como un derecho fundamental. Como ejemplo puede mencionarse la decisión A11-09, de 14.08.2009, que se refiere a él como:

«(...) un derecho fundamental implícitamente reconocido en nuestra Constitución, como ya ha sostenido este Consejo en

²⁴ .- Por ejemplo, decisión A5-09, de 12.05.2009.

²⁵ .- Como las decisiones A55-09, de 05.06.2009, o A170-09, de 29.09.2009.

²⁶ .- Decisión A61-09, de 24.07.2009. En semejante sentido la decisión C500-09, de 27.01.2009, rechazó un amparo por estimar que en ese caso debía aplicarse el procedimiento especial regido por el art. 49 del Código del Trabajo y no el de la LT.

la decisión recaída en el amparo Rol A45-09 (considerando 10°) y como reconoció nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia Rol N° 634/2006, de 9 de agosto de 2007, al afirmar que “...acorde a la naturaleza de derecho reconocido por la Constitución que tiene el acceso a la información pública, aunque lo sea de forma implícita, la propia Carta Fundamental ha reservado a la ley y, específicamente, a una ley de quórum calificado, el establecimiento de las causales de secreto o de reserva que, haciendo excepción a la vigencia irrestricta del principio de publicidad en la actuación de los órganos del Estado, permiten limitarlo vedando, consecuentemente, el acceso a la información requerida” (considerando 10°). Dicha naturaleza se ve reforzada por lo dispuesto en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos —en relación con el artículo 5° de nuestra Constitución—, como reconoció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso Claude Reyes y otros vs. Chile, de 19 de septiembre de 2006, serie C 151, al estimar que dicha norma «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» (Ibid., párr. 77). Por lo mismo la Declaración de Principios sobre libertad de expresión aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2000) afirma, en su principio 4°, que “El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley...”. Como consecuencia de lo anterior, las restricciones o limitaciones a este derecho “deben dar cumplimiento estricto a los requisitos derivados del artículo 13-2 de la Convención, esto es, las condiciones de carácter excepcional, consagración legal, objetivos legítimos, necesidad y proporcionalidad” (Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, en el vol. III del Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, párrafo N° 27)».

Dicha calificación tiene diversas consecuencias. Nos referiremos ahora a dos de ellas: la carga de la prueba y el test de daño e interés público.

3.1. Prueba y causales de secreto

En este punto el Consejo ha sido terminante: dado el carácter de derecho fundamental que tiene el acceso a la información pública y la condición de regla general que el art. 8º de la Constitución otorga a la publicidad de los actos 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 releve el deber de entregar la información corresponde a quien la alega, vale decir, al organismo público²⁷ o al tercero que se opone a la entrega de la información²⁸, no bastando la mera invocación de las causales o la afirmación del daño para acreditar que exista un riesgo serio de afectación del interés general o particular que permita dar por acreditada la configuración de la causal de secreto o reserva. Lo mismo se desprende del principio de apertura o transparencia del art. 11 c) de la LT, que presume pública toda la información en poder de la Administración del Estado²⁹.

Con todo, cabe señalar que en algunos casos el Consejo ha decidido prescindir de este criterio valorando directamente el riesgo que representa la divulgación de la información requerida³⁰, lo que tiene base en el art. 33 j) de la LT.

3.2. Test de daño y test de interés público

A partir de su decisión A45-09, de 28.07.2009, el Consejo ha utilizado la herramienta de los test de daño e interés público, que operativizan su ejercicio de ponderación entre la transparencia y otros bienes jurídicos -como el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, el interés nacional o la seguridad de la nación- o los derechos de terceros -su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o aquéllos de carácter comercial o económico-³¹.

²⁷ .- Entre otras, decisiones A1-09, de 23.06.2009, y A39-09, de 19.06.2009.

²⁸ .- Por ejemplo, decisión A7-09, de 26.06.2009.

²⁹ .- Pueden verse ejemplos de los estándares que a este respecto ha exigido el Consejo en las decisiones A48-09, de 10.07.2009, A91-09, de 14.08.2009, y C485-09, de 03.02.2009.

³⁰ .- Así, por ejemplo, decisión A193-09, de 03.11.2009.

³¹ .- Sobre la ponderación puede verse Guichot R., Emilio. Derecho a la privacidad, transparencia y eficacia administrativa: un difícil y necesario equilibrio". /en/ Revista Catalana de Derecho Público N° 35/2007, p. 61-70.

Por test de daño se ha entendido la realización de 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”³². Como ha señalado la doctrina mexicana:

«Generalmente se concede que no basta que un documento verse, por ejemplo, sobre seguridad nacional para que éste pueda ser automáticamente reservado del conocimiento público. Se tiene que demostrar, además, que la divulgación de ese documento genera o puede generar un daño específico al valor jurídicamente protegido. En otras palabras, se requiere de una ponderación de los valores en conflicto -en este caso publicidad contra seguridad- para poder determinar de manera cierta que la primera pone en riesgo a la segunda, y que por ello procede una reserva temporal del documento. A los criterios que guían este análisis se les conoce como la “prueba de daño”»³³.

Por otro lado, el Consejo se ha referido al test de interés público tratándose de las solicitudes de información de particulares en manos del Estado:

«Que conviene considerar que cuando la transparencia puede exponer la vida privada o el patrimonio de las personas, la doctrina y la legislación comparada entienden que en principio existe una barrera que restringe la divulgación de los documentos que contienen esta información. Pese a ello “...pueden existir circunstancias excepcionales en que el interés público justifique su divulgación. Estas circunstancias excepcionales suponen una difícil y compleja valoración de los intereses en juego. Algunos países han previsto en sus legislaciones los estándares que guían esta ponderación y que se conocen como la prueba de interés público” (LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio y POSADAS, Alejandro. “Las pruebas de Daño e Interés Público en

Entre nosotros, la ponencia de CONTRERAS V., Pablo, “Ponderación entre el derecho de acceso a la información pública y el resguardo de la seguridad de la nación”, presentada en las VI Jornadas de Derecho Administrativo, 25 y 26 de junio de 2009 (en prensa).

³² -. Considerando 8º decisión A45-09, de 28.07.2009.

³³ -. LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio y POSADAS, Alejandro. “Las pruebas de Daño e Interés Público en Materia de Acceso a la Información. Una Perspectiva Comparada”. /en/ Derecho Comparado de la Información N° 9, 2007, p. 23.

Materia de Acceso a la Información. Una Perspectiva Comparada". /en/ *Derecho Comparado de la Información* N° 9, 2007, p. 23-24). En el caso de Estados Unidos este "test de interés público" exige al particular que alega una afectación de su competitividad probar la posibilidad de un daño competitivo sustancial y actual, rechazándose "...simples alegatos de que se puede dañar o se está dañando la posición competitiva sin evidencia que los soporte..." (Ibid., p. 36)» (Decisión A115-09, considerando 9°).

Un documento del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública de México señala que "(...) la prueba de daño tiende a aplicarse a aquellas causales donde el interés es de carácter predominantemente público (por ejemplo, en materia de seguridad nacional o relaciones internacionales), mientras que la prueba de interés público tiende aplicarse cuando el interés protegido por la excepción es de carácter particular o privado (por ejemplo, en los casos de información comercial sensitiva, secreto industrial o información personal). Estos también son intereses públicos protegidos por la ley, el derecho de privacidad o de libre competencia, pero se materializan en intereses privados o particulares". Cabe señalar que la aplicación del test de interés público no es tan clara entre nosotros -o, más bien, es sólo una herramienta complementaria- dado que la ley "presume relevante toda información que posean los órganos de la Administración del Estado" incluida la de privados, y más bien exige que éstos sean quienes deben acreditar la afectación de sus derechos, en los términos del art. 21 N° 2 LT34. En ese sentido puede verse, por ejemplo, la decisión A309-09, de 22.01.2009.

³⁴ - Debe hacerse notar que en ordenamientos como el canadiense el test de interés público se exige expresamente. En efecto, la Privacy Act, en vigor desde el 1° de julio de 1983, parte del principio de la reserva de los datos personales y permite en su art. 8 que puedan comunicarse a terceros sin consentimiento del titular en casos excepcionales, uno de los cuales es que, en opinión del jefe de la institución, "(i) the public interest in disclosure clearly outweighs any invasion of privacy that could result from the disclosure, or (ii) disclosure would clearly benefit the individual to whom the information relates" (art. 8.2.m). A este respecto se ha dicho que "(...) la discrecionalidad en el otorgamiento a la Administración de la potestad para otorgar o no el acceso a la información es aquí doble: la ley de protección de datos deja la decisión al juicio del responsable de la institución, y la Ley de Acceso, como dijimos, establece, en general, que en los casos de comunicaciones inconsentidas conforme al artículo 8 de la Ley de Protección de Datos [Privacy Act] el acceso puede (o no) acordarse. Se trata de un supuesto que requiere un aquilatado juicio ponderativo para el que la Administración goza de un importante margen de discrecionalidad" (Guichot R., Emilio. Publicidad y privacidad de la información

El Consejo ha entendido que los test anteriores son una aplicación del principio de proporcionalidad:

«Establecido que estamos en presencia de un derecho de rango constitucional la reserva o secreto pasa a limitarlo o restringirlo, por lo que debe respetar el principio de proporcionalidad que supone analizar, conforme señala la doctrina: a) si la medida es eficaz, b) si no existe un medio más moderado para la consecución eficaz del propósito buscado (en este caso, cautelar el secreto) y, por último, c) si de la medida a adoptar (en este caso, el secreto absoluto) derivan más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (véase BERNAL P., Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, y GARCÍA P., Gonzalo y CONTRERAS V., Pablo. Derecho de Acceso a la Información en Chile: Nueva Regulación e Implicancias para el Sector de la Defensa Nacional. /en/ Estudios Constitucionales año 7, N° 1, 2009, p. 144). En términos semejantes nuestro Tribunal Constitucional ha dicho sobre este principio lo siguiente: “Reiterando nuestra jurisprudencia constitucional anterior (Sentencia Rol N° 226, Considerando 47, y Sentencia Rol N° 280, Considerando 29), una limitación a un derecho fundamental es justificable, cuando dicho mecanismo es el estrictamente necesario o conveniente para lograr un objetivo constitucionalmente válido, debiendo consecuentemente el legislador elegir aquellas limitaciones que impliquen gravar en menor forma los derechos fundamentales” (Sentencia Rol N° 519/2006, de 5 de junio de 2007, consid. 19º)» (Decisión A45-09, considerando 10º).

Lo anterior contribuye a clarificar cuando se entenderá que existe un daño o afectación a los bienes y derechos que la Ley exige cautelar o, dicho de otro modo, cuando se dará preferencia a la transparencia y cuando prevalecerán el debido cumplimiento de las funciones del órgano, los derechos de terceros, el interés nacional y la seguridad de la nación. Sin embargo, lo que hemos descrito -muy por

administrativa. Madrid: Civitas, 2009, p. 36, cursivas en el original).

encima- es más bien el procedimiento para llegar a la solución. Faltan más decisiones para ir arribando a criterios sustantivos³⁵.

4. ALGUNOS CRITERIOS SUSTANTIVOS EN LAS PRIMERAS DECISIONES

El Consejo ha conocido numerosas materias en estos primeros diez meses de funcionamiento. Por razones de espacio sólo nos referiremos a algunas de ellas para dar una muestra del tipo de asuntos que han sido abordados.

a) Empleo público: concursos públicos, calificaciones, registros de asistencia y sumarios

En los casos referidos al personal que trabaja para la Administración del Estado, cuya nómina y remuneración debe subirse al sitio web de cada servicio conforme al art. 7º d) de la LT, el Consejo ha sentado como principio fundamental que su esfera de intimidad es más reducida que la del resto de las personas en virtud de las funciones que ejercen³⁶. En refuerzo de esta tesis se ha sacado a colación la Ley N° 19.733, conocida también como la Ley de Prensa, que en su artículo 30 califica como hechos de interés público los referentes al

³⁵ .- En el caso mexicano los “Lineamientos Generales para la clasificación y desclasificación de la información de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal”, de 2003, dictados por su Instituto Federal de Acceso a la Información Pública -IFAI, que equivale al CplT- señalan, en el punto 8, que al clasificar información reservada con fundamento en el artículo 13 de su Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, “(...) no será suficiente que el contenido de la misma esté directamente relacionado con las materias que se protegen en dicho artículo, sino que deberá también considerarse la existencia de elementos objetivos que permitan determinar si la difusión de la información causaría un daño presente, probable y específico a los intereses jurídicos tutelados por dicho precepto (...)”. Aunque parezca una formulación atractiva se ha advertido que la aplicación de estos criterios “ha resultado ser extremadamente problemática”, tanto para los organismos públicos como para el propio IFAI (López A., Sergio. “Democracia y rendición de cuentas: la ley mexicana de transparencia y acceso a la información”. /en/ Documentación Administrativa, N° 273, 2005, p. 163).

³⁶ .- En línea semejante, en Canadá se consideran datos personales “(...) tan sólo los que dicen de la persona, de sus circunstancias y de sus pensamientos, y que conectan pues con el concepto de intimidad y vida privada, de una parte; y no lo son, en todo caso, y a los efectos de permitir su comunicación, esto es, el acceso de terceros a la información, las informaciones sobre la identificación, funciones, abanico retributivo y actividades de los empleados públicos, contratistas y sujetos beneficiarios de ventajas y autorizaciones de naturaleza discrecional, esto es, en definitiva, las que se relacionan directamente con la necesidad de transparencia administrativa, las que se constituyen en una fuente de conocimiento imprescindible para el control de la Administración” (GUICHOT R., ob. cit., p. 32).

desempeño de funciones públicas. Así se estableció en el caso A47-09, de 15.07.2009, donde se ordenó entregar copia de un sumario administrativo ya concluido³⁷.

De igual modo, se han considerado públicos los puntajes finales de las calificaciones de los funcionarios, en tanto “mecanismo de rendición de cuentas no sólo ante las jefaturas, sino también ante la sociedad, pues se trata de un procedimiento y de información referente al desempeño de funciones públicas, no a información referida a la esfera privada de los funcionarios”³⁸. Idéntico criterio se ha aplicado respecto de otros instrumentos de medición de desempeño³⁹ y los registros de asistencia⁴⁰.

Otra arista relevante en esta materia ha sido la de los concursos de personal. En ellos el Consejo ha exigido informar los criterios utilizados para adoptar la decisión final cuando ésta no ha sido suficientemente motivada, afirmando que “el ejercicio de potestades discrecionales no implica una exención del deber de fundamentar las decisiones adoptadas”, particularmente si la persona seleccionada no fue la que tenía el mejor puntaje de entre los postulantes⁴¹.

Asimismo, la decisión A29-09, de 11.08.2009, estableció la publicidad de las evaluaciones personales de los candidatos a cargos del Sistema de Alta Dirección Pública, creado en 2003 por la Ley N° 19.882, indicando que los postulantes tenían derecho a conocer sus propios informes íntegramente y que los terceros podían acceder a los informes de los candidatos nombrados en el cargo con la pura exclusión de los datos sensibles y reservados que pudiesen contener, conforme al art. 2° g) de la Ley N° 19.628, de 1999. En ambos casos se excluyeron de dichos informes los anexos que detallan la información de las personas que dan referencias de los candidatos y el contenido de éstas, pues se entendió que “en caso contrario la sinceridad de estos testimonios se reduciría y les quitaría buena parte de su valor”. Este criterio se proyectó en las decisiones A107-09 y A186-09, de 17.09.2009, pero fue modificado a raíz de un recurso de reposición presentado por la Dirección Nacional del Servicio Civil, resuelto el

³⁷ .- Criterio luego reiterado en las decisiones A58-09, de 04.08.2009 y A95-09 y A327-09, ambas de 06.11.2009, entre otras.

³⁸ .- Decisiones A10-09 y A126-09, de 31.07.2009.

³⁹ .- Decisión A323-09, de 20.11.2009.

⁴⁰ .- Entre otras, las decisiones A181-09, de 15.07.2009, y C434, de 27.11.2009.

⁴¹ .- Decisión A34-09, de 30.06.2009.

30.12.2009. En efecto, el Consejo acogió parcialmente dicho recurso declarando reservada la evaluación psicológica, la evaluación descriptiva de atributos y la conclusión (síntesis de fortalezas, oportunidades, debilidades y amenazas) que tienen estos informes, por considerar que estas evaluaciones, realizadas por consultoras externas dedicadas al reclutamiento de personal (head hunters), constituían un “juicio de expertos” difícilmente objetivable y que, de difundirse, llevaría a cuestionamientos difíciles de dirimir y que, además de no generar valor al sistema de reclutamiento, provocaría serios entorpecimientos en el funcionamiento regular de este sistema dado el trabajo que representaría atenderlos y dada la alta probabilidad de no dejar satisfechos a los interesados. Precisamente para ello este sistema era administrado por un Consejo de Alta Dirección Pública cuyos Consejeros deben seleccionarse mediante un sistema que asegure su pluralidad y autonomía. Además, el Consejo estimó que aunque la esfera de privacidad de los funcionarios públicos era menor que la del resto de las personas, no quedaba por ello anulada y debía, en este caso, ser amparada. Este es un caso de aplicación del test de daño en que se decide que el beneficio público resultante de conocer la información es inferior al daño que podría causar su revelación. Con todo, el Consejo exigió entregar parte de los antecedentes de los informes (aplicando el principio de divisibilidad del art. 11 e) de la LT) que calificó como “medio indispensable para permitir el control de estos procesos y la retroalimentación de los postulantes”: la historia curricular, la descripción de la motivación y los puntajes asignados a cada atributo del perfil por la consultora y el Comité de Selección a cargo del concurso. Además, solicitó la elaboración de una versión pública de los criterios que fundan la calificación final de los postulantes. Lo anterior se aplica tanto si se requiere la evaluación propia como la del candidato nombrado⁴². Cabe señalar que, de solicitar un tercero la evaluación de un candidato no nombrado o su identidad (que en principio es reservada, conforme al artículo quincuagésimo de la Ley N° 19.882), debe aplicarse el procedimiento que establece el art. 20 de la LT, esto es, debe notificarse acerca de la solicitud del afectado pudiendo éste oponerse fundadamente a la entrega (y pudiendo el requirente presentar un amparo ante el CplT).

⁴² .- Cabe señalar que dos consejeros eran partidarios de entregar la información completa de estos últimos pero predominó la posición de los otros consejeros porque entre ellos estaba el Presidente, que por primera vez ejerció su voto dirimente.

b) Estudios, encuestas y estadísticas oficiales

En estos casos el Consejo ha estimado que, en principio, debe darse acceso a la información dado que se trata de información “elaborada con presupuesto público” o que obra “en poder de los órganos de la Administración”, conforme el art. 5º, inc. 2º, de la LT, salvo que concurra alguna causal de reserva o secreto como la del art. 21 N° 1 b) de la LT, esto es, que se trate de “antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política”, cuya difusión pudiese afectar el debido cumplimiento de las funciones del organismo. Para esto no sólo debe existir un procedimiento en tramitación destinado a la adopción de la medida, política o resolución, sino también un vínculo preciso de causalidad entre aquélla y el antecedente o deliberación previa justificándose cómo la divulgación de la información requerida afectaría el debido cumplimiento de las funciones del organismo. Así, por ejemplo, el Consejo ha aceptado la reserva tratándose de estudios en curso para actualizar un plan regulador dado que sólo una vez terminados y volcados en un proyecto, la Ley exige un periodo de participación ciudadana como parte de su procedimiento de aprobación (decisión A176, de 20.11.2009). También el Consejo ha exigido certidumbre sobre la adopción de una decisión dentro de un plazo prudencial, incluso si ésta consistiese en no hacer nada, pues en caso contrario bastaría invocar una hipotética medida posible de adoptar para lograr que los fundamentos de la decisión fuesen indefinidamente reservados, sometiendo la publicidad a una condición meramente potestativa, esto es, que depende de la mera voluntad o discrecionalidad del órgano requerido (decisión A79-09, de 18.08.2009)⁴³.

Cabe señalar que tratándose de encuestas el art. 22, inciso final, de la LT declara secretos los “resultados de las encuestas o de sondeos de opinión encargados por los órganos de la Administración del Estado (...) hasta que finalice el periodo presidencial durante el cual fueron efectuados”, declarando el Consejo que la reserva de esta hipótesis está “(...) restringida, conforme a su claro tenor literal, a los puros **resultados** de dichas encuestas o sondeos de opinión. Lo anterior, además, sólo en cuanto se resguarde con ello el debido cumplimiento de las funciones de los órganos que encargaron éstas o aquéllos” (decisión A32-09, de 28.05.2009, negritas en el original).

⁴³ .- En este caso existe un recurso de reposición pendiente.

Por ello, en dicho caso se ordenó entregar el listado de contratos de estudios solicitado. Algo semejante ocurrió en la decisión A48-09, de 10.07.2008, en que se ordenó divulgar un informe de los gastos efectuados por encuestas desde el año 2000.

Por último, en materia de estadísticas oficiales debe destacarse la decisión A19-09, de 07.07.2009, que ordenó entregar los resultados mensuales de la encuesta de empleo que realiza el INE y no sólo el promedio móvil, señalando que pese a que aquéllos no fuesen estadísticas oficiales “(...) no pueden transformarse en información secreta. Es más, mantener en reserva tales datos, entendiendo que son los que permiten construir dichas estadísticas, atentaría contra la fe pública pues haría imposible su control social (...)”. En la misma línea se afirmó que “aunque la forma de procesar y presentar los datos entregados puede dar pie a interpretaciones inexactas será el debate público y académico quien deberá hacerse cargo de este tema, si es que aflora”.

c) Antecedentes necesarios para defensas jurídicas y judiciales

El tercer grupo de decisiones que seleccionamos es el referido a la causal de la parte final del art. 21 N° 1 a) LT, esto es, la no divulgación de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales que de difundirse afectasen el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido. El Reglamento aclara, en la letra a) de su artículo 7°, que estos antecedentes son, “(...) entre otros, aquéllos destinados a respaldar la posición del órgano ante una controversia de carácter jurídico”.

Enfrentado a la invocación de esta casual, el Consejo, en su decisión A68-09 de 04.08.2009, dijo que ésta debía interpretarse de manera estricta: tener un juicio pendiente no equivalía a transformar a todos los documentos relacionados con él en secretos. Ello sólo ocurriría de existir “una relación directa entre los documentos o información solicitada y el litigio, de manera que ésta se relacione de forma directa con la esencia y núcleo del litigio existente”, añadiéndose que en cualquier caso el reclamante podía solicitar la exhibición de los documentos requeridos dentro del juicio respectivo, conforme a las normas generales⁴⁴.

⁴⁴ .- En igual sentido decisión A96-09, de 25.09.2009.

Luego la decisión A63-09, de 07.08.2009, estimó que habiendo el requirente solicitado la información para emplearla como medio de prueba en el marco del juicio, se aplicaba la regla de la radicación. En los casos A56-09, de 04.08.2009, y A151-09, de 02.10.2009, se rechazó la invocación de esta causal cuando la causa pendiente que podía verse afectada por la entrega de información se encontraba en la Corte Suprema para la resolución de un recurso de casación de fondo, pues siendo éste un juicio de derecho (art. 805 del CPC) los eventuales nuevos antecedentes no podrían afectarlo.

La última decisión en esta materia ha sido la C380-09, de 27.11.2009, que ha distinguido entre los antecedentes de la estrategia jurídica del órgano reclamado (tales como minutas internas, informes técnicos, etc.) y otros documentos que sólo constituyen medios de prueba, concluyendo que sólo los primeros serían objeto de secreto o reserva (especialmente si el requirente ya había tenido acceso a los segundos).

5. PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES

En muchas de sus decisiones el Consejo ha debido pronunciarse acerca de datos personales que obran en poder de la Administración Pública, pues éstos naturalmente exigen analizar si su divulgación afecta derechos de terceros. No en vano el Derecho comparado habla de un derecho fundamental a la protección de datos personales⁴⁵.

En nuestro caso la protección de los datos personales tiene basamento constitucional en el respeto y protección de la vida privada que asegura el artículo 19 N°4 y la consideración de la afectación de los derechos de las personas como excepción a la transparencia en el artículo 8°. Desarrollando lo anterior, el art. 21 N° 2 de la LT declara reservada la información cuya “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”. En paralelo, el art. 33 m) de la LT ordena al Consejo “velar por el adecuado cumplimiento de la ley N° 19.628, de protección de datos de carácter personal, por parte de los

⁴⁵ .- Véase la sentencia del Tribunal Constitucional español 292/2000, de 30 de noviembre, esp. su FJ 7. Sobre esto puede verse Piñar M., José L. *Nuevas Tecnologías, Administración Pública y Protección de Datos Personales*. /en/ VV.AA. *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, V. I. Zaragoza: Gobierno de Aragón. 2008, pp. 978-986.

órganos de la Administración del Estado”. Esta última ley otorga carácter reservado a un conjunto de dichos datos en sus artículos 7°, 10, 20 y siguientes de la Ley N° 19.628, de protección de datos de carácter personal. El CplT debe, por lo tanto, resguardar aquéllos cuando están en poder de la Administración del Estado. Por ello el CplT ha rechazado entregar los R.U.T. de los funcionarios⁴⁶ y los domicilios, correos electrónicos y teléfonos de particulares que están en poder de la Administración del Estado⁴⁷.

6. FINAL

Las páginas anteriores dan una idea de lo que ha sido la jurisprudencia fundacional del CplT en estos primeros e intensos diez meses de funcionamiento y de los desafíos que deberá enfrentar en el futuro. Entre ellos pueden mencionarse la relación entre transparencia y gestión administrativa, el análisis de los costos que tiene la implementación de la Ley, la decantación y perfeccionamiento de los criterios jurisprudenciales, el mejoramiento del sistema de archivos de la Administración Pública y la transformación institucional del Consejo

⁴⁶ .- Así ocurrió en las decisiones A10-09 y A126-09, de 31.07.2009, en que se rechazó la entrega de los R.U.T. de los funcionarios. El considerando 8° de esta última señala: “Que los razonamientos precedentes deben, sin embargo, matizarse tratándose del Rol Único Tributario (en adelante R.U.T.) de los funcionarios y ex funcionarios, también requerido por el solicitante. En efecto, el R.U.T. es un código numérico creado por el D.F.L. N° 3/1969, M. Justicia (D.O. 15.02.1969), con el fin de identificar “(...) a todos los contribuyentes del país, de los diversos impuestos, y otras personas o entes que se señalan más adelante” (art. 1°, inc. 1°), tanto las personas jurídicas como las naturales. Se trata de un dato de carácter personal o dato personal, esto es, relativo “a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables”, conforme al art. 2° f) de la Ley N° 19.628, de 1999, sobre protección de la vida privada o protección de datos de carácter personal, cuyo tratamiento sólo puede efectuarse cuando dicha ley u otras disposiciones legales lo autoricen o el titular consienta expresamente en ello (art. 4° Ley N° 19.628). En tal carácter, quienes trabajen “en el tratamiento de datos personales, tanto en organismos públicos como privados, están obligados a guardar secreto sobre los mismos, cuando provengan o hayan sido recolectados de fuentes no accesibles al público” (art. 7° Ley N° 19.628), esto es, aquéllas de acceso no restringido o reservado a los solicitantes. Que, por último, el art. 20 de la Ley N° 19.628 dispone que “El tratamiento de datos personales por parte de un organismo público sólo podrá efectuarse respecto de las materias de su competencia y con sujeción a las reglas precedentes. En estas condiciones, no necesitará el consentimiento del titular”. Atendido lo anterior puede afirmarse que el R.U.T. de los funcionarios es un dato personal obtenido de los propios interesados en acceder a la función pública (art. 13 del Estatuto Administrativo), y no directamente de un registro público, sólo para su tratamiento al interior del servicio público respectivo y no para su cesión a terceros, por lo que debiera ser secreto o reservado.

⁴⁷ .- Decisiones A33-09, de 30.06.2009, y A140-09, de 01.09.2009, que siguen la lógica de las decisiones citadas en la nota precedente.

para asumir la protección de datos personales, en caso de aprobarse en sus términos actuales el proyecto que modifica la Ley N° 19.628 y la LAIP (Boletín 6120-07)⁴⁸. Con todo, estimamos que lo realizado a la fecha permite afirmar que estas decisiones están contribuyendo efectivamente a profundizar la calidad de nuestra democracia, tanto por favorecer el control social respecto de los actos de la Administración como por fortalecer la participación ciudadana.

⁴⁸ .- Sobre los desafíos futuros puede verse SOTO V., Sebastián. *Ley de Transparencia: Desafíos en su aplicación*. Santiago de Chile, P. Universidad Católica, 2009, 13 p, y CONTESSE S., ob. cit., p. 169-170.