



INFORME JURÍDICO PARA OPTAR AL GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO

**DERECHO DE ACCESO A LA
INFORMACIÓN PÚBLICA Y
PARTICIPACIÓN CIUDADANA:**

**EL CRITERIO DEL CONSEJO PARA
LA TRANSPARENCIA SOBRE EL
PRIVILEGIO DELIBERATIVO DE LAS
AUTORIDADES**

Profesor: Claudio Nash Rojas
Alumna: Ana María Muñoz Massouh

Santiago, abril 2014

INTRODUCCIÓN

Es claro que hace ya algún tiempo el interés de la ciudadanía por conocer y participar de la cosa pública se ha ido acrecentando. Así, son innumerables las manifestaciones que dan cuenta de la motivación de la ciudadanía por formar parte de la toma de decisiones, desde la fiscalización y control del ejercicio del poder público, hasta la intervención legítima en los procesos de elaboración de las políticas sociales.

En el ámbito legislativo son dos las iniciativas principales que han fomentado el involucramiento de la ciudadanía en la toma de decisiones públicas, a saber, la ley N° 20.500 sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública; y, la ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, constituyen pilares fundamentales en el proceso de empoderamiento de la sociedad para su participación en los procesos públicos.

En primer lugar, con la dictación de la ley N° 20.500 sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública, se ha dado un paso fundamental en el sentido que venimos señalando. Sobre el particular, cabe mencionar lo referido en el mensaje que dio origen a esta nueva regulación, al reconocer que “La participación ciudadana, como eje central de un régimen democrático moderno, concibe la relación entre el Estado y el individuo como una cooperación entre ambos y no como una relación vertical o de sumisión de los sujetos a la autoridad. Una relación de cooperación Estado-individuo, piedra angular del principio participativo, trae como consecuencia una activa intervención de la sociedad civil en la elaboración de la voluntad estatal, esto es, un involucramiento superior de la ciudadanía en el diseño o elaboración de las decisiones públicas, superando el carácter receptivo, pasivo o de meros sujetos, que existe en un régimen de sujeción vertical de los individuos frente a la autoridad y carente de una ciudadanía organizada, activa y responsable.”

Así también y, en la misma lógica, hay consenso en reconocer que la transparencia constituye un elemento esencial en el desarrollo de un sistema democrático, ya que permite a la ciudadanía conocer los fundamentos y el modo en que actúa la Administración Pública, pudiéndose por tanto evaluar y fiscalizar el cumplimiento por parte de ésta del principio de probidad; además, disminuye las posibilidades de actuaciones corruptas o deshonestas por parte de los administradores, y, permite en consecuencia la participación activa de los ciudadanos en la gestión pública.

En este sentido, el artículo 8° de la Constitución Política consagró a nivel constitucional el denominado “principio de transparencia en la función pública”, señalando en su inciso segundo que *“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”*.

En razón de lo anterior y, en conformidad al mandato constitucional, el artículo primero de la ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública (en adelante, “Ley de Transparencia”) vino a regular el derecho de los ciudadanos al acceso a la información pública que obra en poder del Estado y sus organismos, estableciendo determinados principios que rigen su aplicación y que determinan la actuación de los órganos obligados. En este sentido, la Ley de Transparencia constituye un aporte fundamental en materia de transparencia de la función pública y de acceso a la información de carácter público que se encuentra en poder de los órganos del Estado, facilitando el conocimiento y acercamiento de la población a los procesos de toma de decisiones públicas y a la fiscalización de sus actuaciones.

Ahora bien, el derecho de acceso a la función pública no es absoluto y existen algunas causales establecidas en la Constitución y desarrolladas normativamente en la Ley de Transparencia que lo limitan. En nuestro informe nos abocaremos al análisis de la causal contenida en el artículo 21 N° 1 literal b) de la Ley de Transparencia, que la doctrina ha denominado “privilegio deliberativo”. Sobre el particular, y como una primera aproximación para efectos de esta introducción, el “privilegio deliberativo” consiste en “aquella potestad de la autoridad pública para resolver un asunto, eximiéndose temporalmente de su deber de publicidad respecto del acto y sus fundamentos, con el objeto de propiciar la libre búsqueda de una solución de política pública.”¹

Por su parte, en la Ley de Transparencia la causal se configura de la siguiente forma: los órganos públicos podrán rechazar la entrega de una determinada información, cuando afecte el debido funcionamiento del servicio requerido, si se trata 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”*.

¹ Sentencia del Tribunal Constitucional Chileno, Rol N° 2246-12, p. 120

Así las cosas, ¿a qué se refiere este privilegio?, ¿cuál es el contenido de su protección? En nuestro informe analizaremos cuál es la importancia del privilegio deliberativo en el intercambio de opiniones y en el debate y deliberaciones previas a la adopción de una decisión pública por parte de nuestras autoridades y por qué resulta tan fundamental delimitar este espacio reservado de discusión.

Por otra parte, cabe señalar que la mencionada ley creó una corporación autónoma de derecho público denominada Consejo para la Transparencia (en adelante también, el “Consejo”), el cual según lo dispone el artículo 32 de la Ley de 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.*”

El Consejo para la Transparencia es el órgano encargado de velar por el cumplimiento de la Ley de Transparencia y en dicho cometido ha tenido la oportunidad de deliberar y dirimir situaciones particulares sobre acceso a la información pública, resolviendo conflictos entre los particulares y los órganos obligados y construyendo ciertos criterios que resultan relevantes a la hora de analizar la participación ciudadana, en especial, cuando ésta se manifiesta a través de la motivación o interés de la ciudadanía de conocer los antecedentes que se encuentran en poder de los órganos del Estado y que tienen carácter público, o los procesos que éstos sustancian.

Cabe acá tener presente que las leyes de transparencia “se insertan en un modelo de delimitación de qué es lo que realmente es público. El Estado y, en particular la administración, al gestionar intereses de los ciudadanos, toman decisiones de interés público que deben de alguna manera ser consideradas en su mérito. En consecuencia, saber a qué se tiene acceso y cómo es ese acceso es tan importante para delimitar el espacio de la rendición de cuentas (a los ciudadanos), y el que corresponde a la deliberación de la Administración para adoptar sus decisiones.”²

Nuestro informe consta de 5 capítulos. En el capítulo I expondremos la controversia jurídica que trataremos de resolver, la cual como explicaremos consiste en determinar cómo ha resuelto el Consejo para la Transparencia las situaciones en que el privilegio deliberativo de las autoridades públicas entra en conflicto con el derecho de acceso a la información pública por parte de los

² CORDERO, Luis: “*Delimitando la ley de acceso a la información: los dilemas tras la regulación*” en LETELIER, Raúl y RAJEVIC, Enrique (EDS.), *Transparencia en la Administración Pública*, LegalPublishing, Santiago, 2010, p. 20.

ciudadanos y cuáles han sido los criterios que el Consejo ha ido construyendo en el desarrollo de esta labor. Para ello, será importante reflexionar si los criterios resultan adecuados en la delimitación de los espacios de deliberación por una parte, y los espacios de participación ciudadana a través de requerimientos de información pública, por la otra.

Luego, en el capítulo II se abordarán los principales aspectos del Derecho de Acceso a la Información Pública. De este modo, nos detendremos en la consideración de los antecedentes que motivaron su reconocimiento y regulación en nuestro ordenamiento jurídico, haremos mención al marco constitucional que rige en la materia, para finalmente desarrollar en qué consiste la Ley N° 20.285 de Acceso a la Información Pública, especialmente sobre cuáles son los mecanismos de acceso a la información pública que se encuentra en poder de los órganos del Estado regulados en la dicha ley.

El capítulo III tiene por objeto exponer algunas consideraciones sobre participación ciudadana, debido a la estrecha vinculación entre ésta y el acceso a la información pública. Cabe señalar que en nuestro informe entenderemos el concepto de participación ciudadana como aquella figura que incorpora factores adicionales a los que tradicionalmente se habían entendido comprendidos en ésta. Para ello, estudiaremos cuáles han sido los acuerdos internacionales que se han adoptado sobre la materia y de qué forma reconoce y resguarda nuestro derecho interno la participación ciudadana. Finalmente, analizaremos cuál es la relación entre la Ley de Transparencia y la ley de Participación Ciudadana, específicamente en lo que se refiere al derecho de acceso a la información pública y la participación ciudadana en la gestión pública.

En el capítulo IV entraremos ya de lleno en el estudio del contenido y alcance del denominado Privilegio Deliberativo. Para ello, será importante conocer cuál es la importancia de este espacio de deliberación en la toma de decisiones de las autoridades y funcionarios públicos, cómo aborda el derecho comparado la materia y muy especialmente el contenido del privilegio deliberativo como una de las causales de reserva de información contempladas en la Ley de Transparencia.

Por su parte, en el capítulo V conoceremos la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia sobre la materia, para lo cual se revisó la jurisprudencia del Consejo dictada desde la entrada en vigencia de la Ley de Transparencia. Con el objeto de estructurar dicho acápite, distinguiremos según la información que se haya solicitado, para así ir definiendo luego los criterios que el Consejo para la Transparencia ha ido entregando en sus pronunciamientos.

Para estos efectos, consideraremos las decisiones del Consejo para la Transparencia que dicen relación con la resolución de los amparos presentados por los particulares cuando la Administración le ha denegado la información solicitada o no se le ha otorgado completa u oportunamente dicha información. Ello debido a que éstas son las decisiones que nos podrán ilustrar sobre las deliberaciones del Consejo y la determinación de sus criterios de acceso a la información pública y participación de la ciudadanía.

En nuestro análisis también consideraremos jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional, además del tratamiento de la materia en el derecho comparado y la jurisprudencia extranjera.

Finalmente, en el capítulo VI resolveremos la controversia objeto de nuestro informe jurídico. En este capítulo estudiaremos cómo el Consejo ha resuelto cuestionamientos tales como ¿cuándo se considera que un documento es previo a la decisión o deliberativo?, ¿quién debe probar que se trata de un antecedente para la adopción de la decisión? o si por ejemplo, ¿se adoptó finalmente como norma definitiva del organismo en cuestión?, o bien, si ¿la excepción abarca también la información sobre hechos, o sólo deben considerarse protegidas por la reserva las opiniones, evaluaciones y análisis de hechos realizados por las autoridades o funcionarios públicos?, entre otras.

La situación ha tomado relevancia toda vez que la ciudadanía se encuentra cada vez más interesada en conocer el desarrollo de las decisiones públicas y en incidir en estos procesos para la protección y resguardo de sus intereses, por esto es que conocer cuáles son las instancias apropiadas de participación de los ciudadanos en las decisiones públicas constituye un gran avance en materia de participación y control ciudadano pero también, en el ámbito de la eficacia y eficiencia en labor de la Administración Pública.

CAPÍTULO I: EXPOSICIÓN DE LA CONTROVERSIA JURÍDICA

1. Antecedentes preliminares

La Constitución Política de la República establece en el inciso segundo del artículo 8° que los actos y resoluciones de los órganos del Estado, sus fundamentos y los procedimientos que se utilicen son públicos y señala además, que mediante una ley de quórum calificado se podrán establecer situaciones excepcionales de reserva o secreto, indicando como causales de esta reserva o secreto, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional y la afectación del debido cumplimiento de las funciones de los órganos públicos.

En lo que nos interesa, cabe hacer presente que en el desempeño de su función pública, “la Administración debe observar una serie de principios. Entre estos están la publicidad, la participación, pero también la eficiencia, la eficacia de su actuación. La transparencia es un bien de primera importancia para la Constitución. Sin embargo, no es el único, pues la Administración debe “crear las condiciones sociales” que permitan que las personas puedan realizarse espiritual y materialmente (artículo 1° de la Constitución). Esa inmensa labor se debe facilitar. Eso explica la causal de afectar “el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos” que el artículo 8° establece como una excepción a la publicidad.”³

En esa lógica, el privilegio deliberativo limita legítimamente el acceso a la información pública que se encuentra en poder de los órganos de la administración del Estado, en cuanto deriva precisamente del deber del Estado de actuar con eficacia y eficiencia, por lo que no dejar espacio a la deliberación de las autoridades puede afectar el debido cumplimiento de las funciones del órgano.

El tema es de gran trascendencia dado que a medida que aumenta el uso de los mecanismos que dispone la ley de acceso a la información pública, los conflictos que pueden generarse serán cada vez más complejos, debido a que la ciudadanía se encuentra cada vez más empoderada y dispuesta a efectuar un escrutinio de las decisiones adoptadas por las autoridades públicas.

Estimamos que el debido resguardo del contenido de esta causal de excepción de la publicidad de las actuaciones de los órganos del Estado, promueve la participación de la ciudadanía en las instancias adecuadas y previstas para ello. Así, el respeto del privilegio deliberativo fortalece la

³ Sentencia del Tribunal Constitucional Chileno, Rol N° 2246-12, p. 48.

toma de decisiones por parte de las autoridades, por una parte; y, por la otra, sitúa a la ciudadanía en las instancias adecuadas de participación del debate público, ya sea que se trate de participación en consultas públicas, debate legislativo, etc.

2. Descripción de la situación

En virtud de los mecanismos dispuestos en la Ley de Transparencia, un particular está facultado para solicitar determinada información que en conformidad a la ley, tiene carácter público. A su vez, el órgano público en cuestión está facultado para denegar la entrega de la información requerida cuando considere que concurre alguna de las causales establecidas en la misma norma. Ante la negativa del órgano, la Ley de Transparencia entrega al solicitante la posibilidad de recurrir de amparo ante el Consejo para la Transparencia, siendo éste el órgano que deberá pronunciarse sobre el conflicto que se suscite, ordenando la entrega de la información o respaldando la decisión del órgano requerido, según corresponda. De este modo, el Consejo resuelve y formula criterios en sus resoluciones, estableciendo límites entre la participación ciudadana y el privilegio deliberativo de las autoridades.

Al respecto, las vías que activan la deliberación del Consejo para la Transparencia se pueden dividir en dos: aquellas decisiones que resultan del conocimiento de un amparo presentado por un particular, pues el órgano obligado por la Ley de Transparencia no ha cumplido con las disposiciones que comprenden la Transparencia Activa (artículo 7° de la Ley de Transparencia) y, aquellas otras decisiones que resuelven procedimientos de amparo que ha promovido un particular pues se le ha denegado la información (supuestamente pública) que ha solicitado o bien, no se le ha otorgado completa u oportunamente dicha información.

Como adelantamos en la introducción, en nuestro análisis nos detendremos en el segundo tipo de decisiones, puesto que son estas últimas las que nos podrán ilustrar sobre las deliberaciones del Consejo y la determinación de sus criterios de acceso a la información pública y participación de la ciudadanía. Este segundo tipo de decisiones fundamentan la controversia que nos estamos planteando en el sentido de constituir uno de los mecanismos de participación ciudadana más recientes y que precisamente provocan la participación de los particulares en las actividades de los órganos del Estado, sin ir más lejos, los solicitantes pueden requerir, en conformidad a la ley, no sólo actos y resoluciones, sino que también los fundamentos de aquéllos, lo que nos lleva a considerarlo como una de las formas más directas de participación.

Sobre ello, hacemos presente que para efectos de nuestra investigación consideraremos la “participación ciudadana” en un sentido amplio, esto es, entendiendo que ésta va más allá del ejercicio del derecho a sufragio o de optar a cargos públicos, asumiendo que ésta comprende “el ejercicio de la ciudadanía activa, es el medio por el cual se hacen efectivos los derechos, se ejercitan las responsabilidades, las virtudes, actitudes y comportamientos cívicos – como el compromiso mutuo, la autonomía y la preocupación por lo público -, y se fomenta la pertenencia e identidad de personas y grupos con una comunidad determinada; del mismo modo, favorecen la efectividad y el éxito de las políticas públicas”⁴. No podría ser de otra manera si la misma Ley de Transparencia sitúa al ciudadano un paso más adelante que un mero espectador en el desarrollo de las políticas y en la toma de decisiones de las autoridades públicas.

A este respecto, es importante también indicar que entendemos el derecho de acceso a la información más allá de su ámbito de derecho individual, como presupuesto del ejercicio de la libertad de expresión, es decir, le asociamos un carácter público o social. Ello, como se ha señalado da cuenta de la existencia de “evidentes vínculos entre esta concepción, una noción participativa de la democracia y la consideración del respeto de los derechos fundamentales como fuente de legitimación del ejercicio del poder. En este sentido, el acceso a la información pública es un derecho fundado en una de las características principales del gobierno republicano, que es el de la publicidad de los actos de gobierno y transparencia de la administración”⁵.

Finalmente, resulta relevante señalar que la distinción relativa a las decisiones del Consejo se funda básicamente en el reconocimiento de que, en los casos de la transparencia activa éstas se limitan a determinar si el órgano reclamado ha cumplido con la ley o se encuentra en infracción de ella, mas son las decisiones que han resuelto procedimientos de amparo las que nos permitirán determinar la forma en que el Consejo ha ido dotando de contenido el derecho de acceso a la información pública. Es este último tipo de decisiones, el que nos permitirá conocer los criterios del Consejo para acoger o desechar un amparo y definir la manera en que se ha delimitado el contenido del privilegio deliberativo.

⁴ MASBERNAT, Nancy. Publicación de la discusión del Taller “La ciudadanía a nivel local”, realizado el 10 de noviembre de 1999. Proyecto Estado y generación de espacios democráticos. p. 4. Disponible en Internet: <http://www.capp.uchile.cl/espdem/ciudadnivellocal>.

⁵ ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C. *El Acceso a la Información como Derecho*. En: GONZÁLEZ F. y VIVEROS F. Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público, Cuadernos de Análisis Jurídico, N° 10, Universidad Diego Portales, 2000, p. 203.

CAPÍTULO II: **CONSIDERACIONES SOBRE EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA**

1. Antecedentes de la regulación en Chile

En el año 1994 se encargó a una comisión, denominada Comisión de Ética Pública, la elaboración y propuesta de una política pública de probidad y transparencia. “En su informe, la Comisión constató la existencia de una tradición de secretismo en la gestión pública y recomendó la regulación legal del derecho de acceso a la información pública, entendido como un mecanismo de control social destinado a prevenir el fenómeno de la corrupción”.⁶ En virtud de dichas recomendaciones, en el año 1999, se dicta la ley N° 19.653 que modifica la ley N° 18.575, sobre Bases de la Administración del Estado, reconociéndose desde entonces en esa normativa, el derecho de los ciudadanos a acceder a la información pública.

Sobre el particular, el artículo 13 de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en adelante LGBAI disponía que los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, son públicos. Extendía dicha publicidad a los informes y antecedentes de las empresas privadas que presten servicios de utilidad pública y los que proporcionen a las entidades estatales encargadas de su fiscalización, las empresas a que se refieren los incisos tercero y quinto del Artículo 37 de la ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas, en la medida que éstos fueran de interés público, que su difusión no afectare el debido funcionamiento de la empresa y que el titular de dicha información no hiciera uso de su derecho a denegar el acceso a la misma.

Se establecía también la posibilidad de que el interesado requiriese dicha información, en caso de no encontrarse de forma permanente a disposición del público. Finalmente, regulaba la opción de los terceros afectados por la entrega de la información requerida, a que ejercieran su derecho a oponerse.

El artículo 13 referido establecía como únicas causales para denegar la entrega de los documentos o antecedentes requeridos, *“la reserva o secreto establecidos en disposiciones legales o*

⁶ OLMEDO, Juan Pablo: *“Acerca del proceso de institucionalización del derecho de acceso a la información pública en Chile”* en LETELIER, Raúl y RAJEVIC, Enrique (EDS.), *Transparencia en la Administración Pública*, LegalPublishing, Santiago, 2010, p. 13.

reglamentarias; el que la publicidad impida o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido; la oposición deducida en tiempo y forma por los terceros a quienes se refiere o afecta la información contenida en los documentos requeridos; el que la divulgación o entrega de los documentos o antecedentes requeridos afecte sensiblemente los derechos o intereses de terceras personas, según calificación fundada efectuada por el jefe superior del órgano requerido, y el que la publicidad afecte la seguridad de la Nación o el interés nacional.”

La norma terminaba señalando que mediante uno o más reglamentos se establecerían los casos de secreto o reserva de la documentación y antecedentes que obren en poder de los órganos de la Administración del Estado.

Por su parte, el artículo 14 de la Ley N° 18.575, otorgaba al particular el derecho a recurrir ante el juez de letras en lo civil del domicilio del órgano de la Administración requerido, solicitando amparo al derecho de acceso a la información, cuando ésta le hubiera sido denegada. Ahora bien, *“en caso de que la causal invocada para denegar la entrega de documentos o información fuere el que su publicidad afecta la seguridad de la Nación o el interés nacional, la reclamación del requirente deberá deducirse ante la Corte Suprema, la que solicitará informe de la autoridad de que se trate por la vía que considere más rápida, fijándole plazo al efecto, transcurrido el cual resolverá en cuenta la controversia.”*

En conformidad a lo dispuesto precedentemente, el Ministerio Secretaría General de la Presidencia dictó en el año 2001, el Decreto Supremo N° 26 mediante el cual se regularon los casos de secreto o reserva aplicables a los actos administrativos y a los documentos y antecedentes que obren en poder de los órganos de la Administración del Estado a que se refiere el artículo 13 de la ley N° 18.575.

Al respecto, el reglamento disponía en su artículo 8° que sólo podrán ser declarados como secretos o reservados los actos y documentos cuyo conocimiento o difusión pueda afectar el interés público o privado de los administrados, de conformidad a ciertos criterios que se establecían, cuando concurrieran las siguientes causales: a) La declaración de secreto o reserva basada en la protección de intereses públicos y b) La declaración de secreto o reserva basada en la protección de intereses privados de los administrados.⁷

⁷ **Artículo 8°.-** Sólo podrán ser declarados como secretos o reservados los actos y documentos cuyo conocimiento o difusión pueda afectar el interés público o privado de los administrados, de conformidad a los criterios que se señalan a continuación:

En virtud de dicho reglamento, los órganos de la Administración del Estado comenzaron a decretar, mediante la dictación de numerosas resoluciones, el carácter de reservados o secretos, diversos antecedentes.

Como antecedente adicional cabe señalar que en el año 2004 se solicitó el pronunciamiento de la Contraloría General de la República sobre la legalidad de la resolución exenta N° 388 de 2003 de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, mediante la cual dicho servicio determinaba actos, documentos y antecedentes afectos a secreto o reserva, requiriéndose además que la Contraloría declarara la ilegalidad de otros 49 actos administrativos, emitidos por diversas entidades de la Administración, que también establecían el secreto o reserva de ciertos documentos, toda vez que ellos "se han limitado a señalar una especie de ilegalidad genérica, sin aducir ningún fundamento y sin identificar ninguna contravención o infracción normativa". En lo que nos interesa, el órgano contralor⁸ advirtió que "en ellas se regulan algunas materias similares a las que se han analizado precedentemente respecto de la Resolución Exenta N° 388, de 2003, de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, particularmente en lo relativo a la inclusión de antecedentes que no revisten el carácter de actos administrativos o de documentos que les sirvan de sustento o complemento directo

a) La declaración de secreto o reserva basada en la protección de intereses públicos, procederá respecto de los siguientes actos y documentos:

1. Los relativos a la defensa y seguridad nacional.
2. Los relativos a la política exterior o las relaciones internacionales.
3. Los relativos a la política monetaria y divisas.
4. Aquellos cuya comunicación pueda perjudicar a la moneda y al crédito público.
5. Los relativos al mantenimiento del orden público y la prevención y represión de la criminalidad.
6. Aquellos cuya comunicación o conocimiento perjudique el desarrollo de procedimientos jurisdiccionales o de actuaciones preliminares o preparativas de aquellos que la ley encomiende a organismos de la Administración.
7. Aquellos cuya comunicación o conocimiento perjudique la investigación por los servicios públicos competentes, de los delitos y las infracciones administrativas, tributarias o aduaneras.
8. Aquellos cuyo conocimiento actual pueda impedir u obstaculizar gravemente el ejercicio de la acción administrativa del órgano administrativo requerido.
9. La correspondencia oficial debidamente calificada por la autoridad responsable, de conformidad a lo dispuesto en el D.S. N° 291, de 1974, del Ministerio del Interior.

b) La declaración de secreto o reserva basada en la protección de intereses privados de los administrados, procederá respecto de los siguientes actos y documentos:

1. Los de carácter nominativo, es decir, que conlleven o contengan una apreciación de juicio o valor sobre una persona determinada o claramente identificable.
2. Aquellos cuya comunicación o conocimiento afecte la vida privada de una persona individualizada o identificable.
3. Los expedientes relativos a procedimientos sancionatorios o disciplinarios de cualquier naturaleza, sólo respecto de terceros ajenos a dichos procedimientos.
4. Los expedientes médicos o sanitarios.
5. Los que contengan o se refieran a secretos industriales y comerciales, incluyendo a los procedimientos de fabricación, las informaciones económicas y financieras, y las estrategias comerciales.

⁸ Dictamen de la Contraloría General de la República N° 49.883 del 2004.

y esencial, y que, por tanto, no pueden ser declarados secretos o reservados al amparo del artículo 13 de la Ley N° 18.575 y el Reglamento pertinente, de tal modo que este Órgano de Control no puede sino observar estas circunstancias.” Así también, consignó que “en numerosas resoluciones se excede la normativa a los efectos de la declaración de secreto o reserva en otros órdenes de materias.”

Finalmente, el órgano contralor concluye señalando que “atendido lo precedentemente expuesto, se adopten las medidas tendientes a que todas las reparticiones que han dictado resoluciones invocando el artículo 9° del Reglamento sobre secreto o reserva de los actos y documentos de la Administración del Estado, las reexaminen a la brevedad de acuerdo con los criterios indicados en el cuerpo de este pronunciamiento y, en los casos en que corresponda, las modifiquen en términos que se ajusten a la normativa que les sirve de fundamento.”

Con la entrada en vigencia de la Ley de Transparencia en el año 2009, se derogaron los artículos 13 y 14 de la ley N° N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Como antecedente directo de la dictación de la Ley de Transparencia, podemos mencionar ciertos acontecimientos – sobre los que nos detendremos en detalle más adelante – que impulsaron la regulación vigente.

En este sentido, situaciones como (i) la entrada en vigencia de la ley N° 20.050, de 2005, que reformó la Constitución Política de la República, incluyendo un nuevo artículo 8° que reconoció el principio de transparencia en las actuaciones de los órganos del Estado; (ii) la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el año 2006 (“Claude Reyes y otros vs. Chile”), que reconoce el carácter de derecho fundamental del acceso a la información pública; y, (iii) la sentencia del Tribunal Constitucional de agosto del año 2007 (Rol N° 634-2006) que se pronuncia sobre el carácter constitucional del mencionado derecho, en el mismo sentido que lo hiciera la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el año 2006, entre otros, pusieron de manifiesto la necesidad de promover una legislación que regulara de modo efectivo el acceso de los ciudadanos a la información de carácter público que se encuentre en poder de los órganos del Estado, estableciendo los límites a este derecho en la misma Constitución.

2. Marco Constitucional

Como señalamos, la ley N° 20.050 del año 2005, reformó la Constitución incorporando entre otras materias, los principios de transparencia y probidad en el artículo 8° de la Carta Fundamental. Su origen consistió en dos mociones ingresadas por parlamentarios de diversos sectores que luego se refunden en un solo proyecto de reforma constitucional. Su tramitación fue extensa, incluyéndose un veto presidencial presentado con fecha 16 de agosto del año 2005. Con todo, sobre esto último cabe señalar que, no obstante durante la discusión parlamentaria el texto del artículo 8° que se proponía fue variando, dicha disposición no formó parte de las observaciones formuladas por el Presidente de la República.

En la materia objeto de nuestro análisis, la disposición constitucional que en definitiva fue aprobada por el Congreso Nacional se encuentra contenida en los incisos primero y segundo del artículo 8° de la Carta Fundamental, los que señalan lo siguiente:

“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.”

La reforma a la que nos estamos refiriendo incorporó en nuestro ordenamiento jurídico, con rango constitucional, el principio de probidad en la función pública y la calidad de públicos de los actos que éstos dicten, así que como sus fundamentos y procedimientos. La importancia de esta circunstancia radica en que significó “una toma de postura del Constituyente sobre un tema largamente debatido y fuertemente controversial a lo largo de toda nuestra historia democrática, recogido y evidenciado además en numerosos casos entregados a los tribunales de justicia: cómo ha de resolverse la tensión o conflicto entre el derecho a saber del público sobre aquello que es

precisamente de su legítimo interés y la prerrogativa del Estado de guardar para sí cierta información por motivos plausibles.”⁹

Por otra parte, sobre el alcance o significado de los términos publicidad y transparencia, sobre el término transparencia, el artículo 13 de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado define a la transparencia en su inciso segundo “como cualidad del ejercicio de la función pública, señalando que ésta conlleva ejercer dicha función de modo que se permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones adoptadas. Por lo que si la publicidad se refiere especialmente a la cualidad pública de la información, la transparencia se predica sobre los procedimientos, conductas y fundamentos que hacen posible la accesibilidad a la información, tornándola comprensible, escrutable y controlable por terceros”.¹⁰

De esta manera, en conformidad a la disposición constitucional, el principio general en materia de publicidad consiste en reconocer que la información que se encuentre en poder de los órganos del Estado, los actos que éstos dicten, sus fundamentos y procedimientos, son públicos y que, sólo mediante una ley de quórum calificado se podrá establecer el secreto o reserva de dicha información, superándose de este modo la discrecionalidad que contenía el derogado artículo 13 de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, al entregar a los servicios públicos el establecimiento del secreto o reserva de determinada información, mediante la vía reglamentaria y consagrándose el carácter de derecho fundamental del derecho de acceso a la información.

a) El derecho de acceso a la información como derecho fundamental

Como señalábamos precedentemente al enunciar las circunstancias que impulsaron la dictación de la Ley de Transparencia en nuestro país, el carácter de derecho fundamental del acceso a la información pública había sido ya reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia dictada el año 2006 en el caso “Claude Reyes y otros vs. Chile”¹¹. Dicha sentencia

⁹ VIVANCO, Ángela: “*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, pp. 371 - 398 [2008], p. 385.

¹⁰ CAMACHO, Gladys: “*Las modalidades de la actividad administrativa y los principios que rigen la actuación de la Administración del Estado*”, en PANTOJA, R., Derecho Administrativo, 120 años de cátedra, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p. 271.

¹¹ Corte IDH, Caso Claude Reyes y otros. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151. El 8 de julio de 2005 la Comisión Interamericana presentó una demanda ante la Corte Interamericana en el caso

constituye un hito en la materia puesto que por primera vez un tribunal internacional señala que el derecho de acceso a la información es un derecho humano que forma parte de la libertad de expresión.

Al respecto, la Corte reconoce que “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, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea.”¹² Continúa señalando que “La Asamblea General de la OEA en diversas resoluciones consideró que el acceso a la información pública es un requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia, una mayor transparencia y una buena gestión pública, y que en un sistema democrático representativo y participativo, la ciudadanía ejerce sus derechos constitucionales, a través de una amplia libertad de expresión y de un libre acceso a la información”¹³. Establece además 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. 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.”¹⁴

Ahora bien, en lo que se refiere a las restricciones que pueden establecerse al ejercicio de este derecho, la Corte indica que (i) deben establecerse mediante leyes para asegurar que no queden al arbitrio o discreción del poder público, agrega que dichas leyes deben dictarse por razones de

Claude Reyes y otros, la cual tenía como fundamento fáctico la negativa de una institución del Estado a brindar a las víctimas toda la información que requerían sobre un proyecto de deforestación con impacto ambiental en Chile. La Comisión sostuvo que dicha negativa, así como la falta de un recurso judicial efectivo para impugnarla, generaban la responsabilidad internacional del Estado por la violación del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión y del derecho a la protección judicial. En la sentencia del 19 de septiembre de 2006 la Corte Interamericana acogió varios de estos alegatos, e incorporó a la misma varios estándares que se venían desarrollando tanto por la Relatoría como por otros antecedentes internacionales. De esta manera, con la referida sentencia por primera vez un tribunal internacional reconoció expresamente que el derecho de acceso a la información es un derecho humano integrante del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión (Estudio Especial sobre el Derecho de Acceso a la Información, Relatoría Especial para la libertad de expresión, OEA, 2007).

¹² Corte IDH, Caso Claude Reyes y otros. Sentencia de 19 de septiembre de 2006, considerando 77.

¹³ *Ibídem*, C. 84.

¹⁴ *Ibídem*, C. 86.

interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas¹⁵; (ii) deben adecuarse a los objetivos establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, en este sentido, fundarse en “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” o “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”; y, finalmente (iii) “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. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el 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 posible en el efectivo ejercicio del derecho”¹⁶.

Como adelantamos también, así lo reconoció en nuestro país el Tribunal Constitucional en la sentencia Rol N° 634-2006 de agosto del 2007, mediante la cual se pronunció sobre un procedimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 13 de la ley N° 18.575, actualmente derogado.

En términos generales, el Tribunal se refirió a este respecto señalando que la publicidad en la administración pública se encontraba ya reconocida en nuestra Constitución de forma previa a la reforma constitucional del año 2005. Para ello, cita la exposición del profesor Rolando Pantoja Bauzá efectuada durante la discusión parlamentaria de la reforma constitucional del año 2005, quien indica que “la publicidad (...) es una norma implícita dentro de la Carta Fundamental. El hecho de que Chile sea una república democrática implica que las autoridades públicas responden a la sociedad, por lo tanto, tiene a disposición de los ciudadanos los actos y da cuenta de ello”¹⁷. Así también, el Tribunal Constitucional se refiere a que el derecho a acceder a la información que se encuentra en poder de los órganos del Estado forma parte de la garantía fundamental a la libertad de expresión asegurada en el artículo 19 N° 12 de la Carta Fundamental. Finalmente, concluye su argumentación haciendo mención a la reforma constitucional del año 2005 mediante la cual se incorporaron los principios de transparencia, probidad y publicidad en el ejercicio de la función pública en la misma Carta Fundamental.

¹⁵ *Ibíd.*, C. 89.

¹⁶ Sentencia CIDH. Claude Reyes, C. 91.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional Chileno Rol N° 634-2006, p. 26.

En razón de lo señalado, la Magistratura Constitucional concluye que “De esta manera, es posible afirmar que el derecho de acceso a la información pública se encuentra reconocido en la Carta Fundamental –aunque no en forma explícita- como un mecanismo esencial para la vigencia plena del régimen democrático y de la indispensable asunción de responsabilidades unida a la consiguiente rendición de cuentas que éste supone por parte de los órganos del Estado hacia la ciudadanía. Al mismo tiempo, la publicidad de los actos de tales órganos, garantizada, entre otros mecanismos, por el derecho de acceso a la información pública, constituye un soporte básico para el adecuado ejercicio y defensa de los derechos fundamentales de las personas que, eventualmente, puedan resultar lesionados como consecuencia de una actuación o de una omisión proveniente de los mismos.”¹⁸¹⁹

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. Como consecuencia de lo anterior, según se expone en el Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión contenido en el Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 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”.

Por último, en virtud de lo anterior, el Consejo para la Transparencia ha recogido la calificación de derecho fundamental del acceso a la información en sus decisiones. Como ejemplo puede mencionarse la decisión A11-09, de 14 de agosto de 2009, que se refiere a él como: “un derecho fundamental implícitamente reconocido en nuestra Constitución, como ya ha sostenido este Consejo en 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

¹⁸ STC 634-2006 p. 28

¹⁹ Con fecha 5 de marzo de 2013 los Senadores Isabel Allende, Soledad Alvear, José García, Hernán Larraín y Eugenio Tuma presentaron a tramitación en el H. Congreso Nacional una moción que otorga reconocimiento constitucional al principio de transparencia y al derecho de acceso a la información pública, incorporando en el artículo 19 n° 12 de la Constitución el reconocimiento explícito al derecho de acceso a la información. El proyecto de ley (Boletín 8805-07) se encuentra actualmente en su primer trámite constitucional en la Comisión de Constitución del Senado, y a la fecha de este informe había sido citado una vez en la comisión.

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°).

Consecuentemente, cabe afirmar que al encontrarnos frente a un derecho fundamental, “la denegación de la entrega de información a través de la invocación de las causales de reserva tiene como efecto, precisamente, limitar el ejercicio de un derecho fundamental²⁰. Así las cosas, esta limitación debe pasar por el denominado test de daño o respetar el principio de proporcionalidad. Es decir, se debe evaluar si el interés público en conocer la información es mayor que el daño causado con su divulgación.”²¹

Sobre el particular, 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”.²² Por otra parte, en lo que respecta a la evaluación del interés público, lo relevante es determinar si existen razones de esa naturaleza para conocer una información que prevalezcan por sobre otros bienes sujetos de protección, como lo son por ejemplo, la vida privada de una persona. Sobre ello, también ha señalado que “el test de daño aplica especialmente para evaluar la afectación del debido cumplimiento de las funciones, la seguridad de la nación y el interés nacional, mientras que el interés público aplica preferentemente para valorar el perjuicio a los derechos de terceros²³, y pueden entenderse como una aplicación del principio de proporcionalidad.”²⁴

Al respecto, Rajevic señala 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

²⁰ Según PAVÓN, Andrés y CONTRERAS, Pablo: “*La jurisprudencia del Consejo para la Transparencia sobre acceso a la información pública y seguridad de la nación*” en Revista Ius et Praxis, Año 18, N° 2, 2012: “La relevancia que tiene el reconocimiento del estatus de derecho fundamental del DAIP (derecho de acceso a la información pública) impacta en la construcción del conjunto de presupuestos para la aplicación de causales de reserva o secreto como medidas restrictivas de un derecho fundamental (...) En relación al DAIP, estos presupuestos son los siguientes: primero, la determinación del contenido protegido del DAIP en relación a la solicitud de información, es decir, si lo que el particular requiere se encuentra protegido por el derecho en cuestión; segundo, la verificación de una causal de reserva o secreto establecida por ley de quórum calificado; tercero, la subsunción de la información denegada en la causal establecida en la ley; finalmente, la aplicación del test de daño para determinar la procedencia de la reserva o secreto.”

²¹ Recuento de jurisprudencia del CPLT, por: Alfredo Steinmeyer, abogado, Secretaría Técnica, disponible en: <http://www.consejotransparencia.cl/recuento-de-jurisprudencia-del-cplt/consejo/2011-04-11/104045.html>.

²² RAJEVIC, Enrique, p. 101

²³ Ver decisiones C664-10 o C700-12.

²⁴ RAJEVIC, Enrique, “*El Consejo para la Transparencia y sus decisiones: Un panorama sinóptico a 2012*”, en Revista de Derecho Universidad Finis Terrae, Segunda época, año I, n°1-2013, p. 287.

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 artículo 21 N° 2.²⁵

Finalmente, señala que el Consejo para la Transparencia en sus decisiones cuando se refiere expresamente a estos test, muchas veces se remite a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en el sentido que una limitación a un derecho fundamental sólo se justifica cuando es estrictamente necesaria o conveniente para lograr un objetivo constitucionalmente válido.²⁶

b) Alcance de la publicidad

Para conocer cuál es la información de carácter público debemos remitirnos al artículo 5° de la Ley de Transparencia el que señala 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.*

Asimismo, es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas.”

En virtud de la disposición transcrita son públicos²⁷:

a) Los actos de los órganos de la Administración del Estado o actos administrativos, que incluyen según el artículo 3° de la ley N° 19.880, las decisiones formales que emiten los órganos de la Administración del Estado declarando su voluntad en el ejercicio de sus potestades (decretos o resoluciones); y, los dictámenes o declaraciones de juicios, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias.

²⁵ RAJEVIC, Enrique, p. 102. En ese sentido puede verse, por ejemplo, la decisión A309-09, de 22.01.2009.

²⁶ RAJEVIC, Enrique: *“La Jurisprudencia inicial del Consejo para la Transparencia”*, en Revista de Derecho (Consejo de defensa del estado) N° 22, 2009, p. 46.

²⁷ Ver Manual de Transparencia y Probidad en la Administración del Estado, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, 2° edición actualizada, enero 2009, p. 66-67.

- b) Los fundamentos de los actos administrativos, vale decir, las circunstancias y el raciocinio que justifican la decisión que éstos adoptan.
- c) Los documentos que sirvan de sustento o complemento directo o esencial a un acto administrativo.
- d) Los procedimientos a través de los cuales se dictan los actos administrativos (en concordancia con lo dispuesto en el artículo 17 letra a) de la ley N° 19.880).
- e) La información elaborada con presupuesto público.
- f) Toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, sea que consista en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento.

Como queda demostrado, la reforma constitucional amplió el concepto de publicidad en el sentido de que ya no sólo serán considerados públicos los actos emanados de los órganos de la Administración Pública, sino que se extiende también a las resoluciones que éstos dicten. Además, en cuanto al contenido de estos actos y resoluciones, mientras la LBGAI se limitaba a señalar que también serían públicos los documentos que le sirvan de sustento o complemento directo o esencial a dichos actos, la reforma incorporó la publicidad de los fundamentos y procedimientos de éstos y de las resoluciones.

Ahora bien, el amplio alcance del artículo 5° de la Ley de Transparencia se debe al reconocimiento de que el principio general consiste en la publicidad de los actos y que la excepción la constituyen las situaciones de secreto o reserva. Por ello, aún cuando la transparencia es la regla general, resulta fundamental determinar qué información tendrá carácter público y cuáles son los momentos en que esta información pública podrá mantenerse en reserva.

Sobre ello, cabe destacar que hay coincidencia en que la información que conforme con la Ley de Transparencia tiene carácter público, consiste en aquellos instrumentos relacionados con un acto administrativo, que producen efectos jurídicos, sus procedimientos y fundamentos. “En síntesis, para que exista derecho de acceso a los fundamentos y al procedimiento, debe existir un acto administrativo dictado que permita acceder a la información, que finalmente se encuentra en el

expediente administrativo y que sirve de base al acto terminal en donde deben constar los fundamentos de la decisión.”²⁸

Dicha interpretación es coincidente con lo manifestado durante la discusión parlamentaria del proyecto de la Ley de Transparencia y también con los pronunciamientos de la Contraloría General de la República sobre la materia, en ello nos detendremos más adelante en el capítulo en que analizaremos el alcance de la causal de reserva denominada “Privilegio Deliberativo”. Con todo, concordamos en que “las obligaciones de publicidad se derivan sólo del ejercicio formal de las funciones públicas, excluyéndose expresamente los llamados telefónicos, conversaciones y deliberaciones. Todas las exclusiones corresponden precisamente a comunicaciones entre funcionarios públicos, que carecen de efectos jurídicos, a diferencia justamente de lo que sucede con los actos o resoluciones dictados por la Administración.”²⁹

Ahora bien, cómo hacer coherente lo afirmado precedentemente con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5° de la Ley de Transparencia, el cual amplía la publicidad a la *“información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas”*. Esto es, la Ley de Transparencia también considera pública la información que, aún cuando no consiste en un acto administrativo, haya sido elaborada por la Administración (por ejemplo es el caso de los estudios o estadísticas). Con todo, es información relativa a actividades que se encuentran insertas en un proceso formal y que producen efectos jurídicos³⁰, pero que no terminarán constituyendo un acto administrativo.

“Ese es el criterio con el cual debe interpretarse el concepto de información a que se refiere el inciso segundo del artículo 5° de la LAIP, ya que esta norma tiene por objeto proporcionar acceso a documentos e información que está en poder de la Administración para el ejercicio de su función, la que se debe distinguir entre la destinada a la dictación de un acto administrativo terminal o trámite

²⁸ CORDERO VEGA, Luis: “¿Cuál era el propósito del Congreso al regular el acceso a la información pública? Los límites del artículo 5° de la ley de acceso a la información” en Revista de Derecho Universidad Finis Terrae, Segunda época año I, N° 1-2013, p. 219.

²⁹ CORDERO VEGA, Luis: “¿Cuál era el propósito del Congreso al regular el acceso a la información pública? Los límites del artículo 5° de la ley de acceso a la información, ob.cit. p. 224.

³⁰ El subrayado es nuestro.

que debe estar en el expediente del procedimiento, de la que corresponde a la información en cualquier formato que obra en su poder o se “elabora” con presupuesto público”.³¹

Por su parte, en la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2246-2012 el voto de mayoría afirma que existe un “exceso competencial en el artículo 5° de la ley, al ir más allá de lo establecido en el artículo 8° constitucional”, lo que afecta la distribución de funciones de nuestro sistema. Así, el considerando nonagésimo de la sentencia en cuestión concluye que “el exceso en que incurre el precepto impugnado, impacta en el ejercicio de una potestad que no está entre las que deben ser afectadas por el derecho de acceso. El vicio de incompetencia desordena el delicado equilibrio de atribuciones que nuestra Carta Fundamental consagra.”

La extensión del mandato de publicidad trajo como consecuencia, entre otras, el conflicto materia del presente informe. Esto es, en virtud de que la disposición constitucional establece que también son públicos los fundamentos y procedimientos de los actos y resoluciones de los órganos del Estado y adiciona aquella información elaborada con presupuesto público y toda otra en que se encuentre en poder de la administración, es que se hace necesario delimitar la oportunidad en el acceso a ellos por parte de la ciudadanía. En los capítulos siguientes, intentaremos determinar dicha cuestión.

c) Breve referencia a las causales de reserva y su justificación

Entonces, aún cuando la regla general la constituye la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, sus fundamentos y procedimientos, el derecho de acceso a la información pública no es un derecho absoluto. En este sentido, es el mismo artículo 8° de la Constitución el que establece ciertos límites, disponiendo causales de reserva que resguardan del conocimiento público determinados antecedentes. Cabe señalar además, que a diferencia de lo dispuesto en los artículos 13 y 14 de la ley N° 18.575 que permitía disponer la reserva mediante disposiciones legales o reglamentarias, en virtud de lo dispuesto en la disposición constitucional, dicha condición de secreto o reservado se establecerá sólo mediante una ley de quórum calificado, 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.

³¹ CORDERO VEGA, Luis: “¿Cuál era el propósito del Congreso al regular el acceso a la información pública? Los límites del artículo 5° de la ley de acceso a la información, ob.cit. p. 228.

De este modo, las restricciones al acceso a la información pública deben fijarse por ley, y sólo con el fin de asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás o la protección de la seguridad nacional, del orden público o de la salud o de la moral públicas y sólo en la medida que sean estrictamente necesarias para satisfacer un *interés público imperativo*.

Por su parte, el Consejo para la Transparencia ha señalado que “establecido que estamos en presencia de un derecho de rango constitucional la reserva o secreto pasa a limitarlo o restringirlo, por lo que se 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”.³²

La Ley de Transparencia señala en su artículo 21 que las únicas causales en virtud de las cuales podrá denegarse el acceso a una determinada información serán las siguientes:

i. Afectar el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido.

Sobre el particular, la misma ley expone las circunstancias que quedan cubiertas por esta causal:

- a) 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.
- b) 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.
- c) Tratándose de requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales.

Cuando la autoridad requerida funde su negativa en esta causal, al menos tiene que incluir la mención de las atribuciones precisas³³ que la revelación de la información le impediría o

³² Decisión del Consejo para la Transparencia del 28 de julio de 2009, Rol N° A45-09, considerando 10.

³³ Dictamen de la Contraloría General de la República N° 42.119 /2002

entorpecería cumplir debidamente, pues de lo contrario se tornaría prácticamente imposible para los ciudadanos atacar judicialmente esta decisión³⁴.

ii. Afectar los derechos de las personas.

La Ley de Transparencia menciona ciertos derechos que podrían ser vulnerados por la publicidad de una determinada información, como lo son la seguridad, la salud, la esfera de la vida privada de una persona o derechos de carácter comercial o económico.

Cabe hacer presente que el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la materia señalando que “el deber de contribuir a crear las condiciones sociales que permitan la mayor realización espiritual y material de todos los integrantes de la comunidad, comprende la protección de los intereses individuales legítimos que deben entenderse, a su vez, comprendidos dentro de un enfoque amplio del concepto de derecho”. Por lo tanto, la expresión “derechos de las personas” empleada por el inciso segundo del artículo 8°, incluye también los intereses legítimos³⁵. Continúa afirmando que, según la doctrina italiana “Un interés legítimo es un interés posible de concretar y relevante para el derecho en la medida que la motivación que lo explica resulta acorde con los valores y los principios de la Constitución. Este es el del interés de mantener documentos o antecedentes privados en secreto si se temiera que su divulgación va a afectar, por ejemplo, a una determinada familia, en circunstancias que el Estado tiene el deber de protegerla, de acuerdo a lo previsto en el inciso final del artículo 1° de la Carta Fundamental.”³⁶

iii. Afectar la seguridad de la Nación, por razones de defensa nacional, mantención del orden público o la seguridad pública.

Dicha causal se identifica con el resguardo del libre ejercicio de la soberanía nacional en el interior y en el exterior respetando los derechos fundamentales, de manera que comprende la defensa exterior y la mantención del orden interior del país.³⁷

³⁴ FERNANDEZ, Miguel Angel: Causales de Secreto o Reserva en Transparencia y Acceso a la información pública en Chile: la modernización que faltaba, (Hernán Larraín Fernández) Ed. JGE Ltda, 2008, p.104.

³⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional Chileno, Rol N° 634-2006, C.21.

³⁶ Idem, C. 19

³⁷ Véase CEA, José Luis, Derecho Constitucional Chileno, T.I., Universidad Católica de Chile, 2002, p. 189-193 y PAVÓN, Andrés y CONTRERAS, Pablo, ob.cit., pp. 343 – 386.

iv. Afectar el interés nacional.

En este sentido, la Ley de Transparencia se refiere a que ello ocurre especialmente si se trata de información que diga relación con la salud pública, las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país.

v. 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.

Como hemos señalado, a contar de la reforma constitucional del año 2005, la Carta Fundamental dispone que una materia podrá ser declarada secreta o reservada cuando así lo establece una ley de quórum calificado. Con todo, las hipótesis de secreto o reserva establecidas en leyes simples, aprobadas con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha reforma, son válidas en virtud de lo señalado en la disposición cuarta transitoria de la Constitución, siempre y cuando la causa que las justifique sea una de las contempladas en el artículo 8° de la Carta Fundamental. Asimismo lo establece expresamente el artículo primero transitorio de la Ley de Transparencia.

Dicho razonamiento ha sido acogido también por el Consejo para la Transparencia, al indicar que no basta con que exista una ley que cumpla con el quórum calificado si la misma no se adecúa a alguna de las causales de secreto o reserva contenida en el artículo 8° de la Constitución Política.

Por lo tanto y a modo de síntesis, debe tenerse en consideración que: 1) Sólo se puede denegar la entrega de información en virtud de alguna de las causales de reserva establecidas en el inciso segundo del artículo 8° de la Constitución Política (Artículo 21 de la Ley de Transparencia). En este sentido, la regla general es la publicidad de la información y la excepción, la reserva o secreto; 2) La carga de la prueba la tiene el organismo requerido de información, no bastando la mera invocación de la causal sino se prueba cómo es que se afecta el bien jurídico respectivo; 3) El derecho de acceso a la información es un derecho fundamental y, por lo tanto, cualquier limitación a su ejercicio debe pasar por un test de daño, o lo que es lo mismo, respetar el principio de proporcionalidad y 4) No toda disposición legal – anterior a la Ley de Transparencia – que establezca casos de reserva o secreto se adecua automáticamente a las causales de reserva de la Constitución Política.³⁸

³⁸ STEINMEYER, ob.cit.

3. Ley de acceso a la información pública. Mecanismos de acceso a la información pública regulados en la ley.

El 20 de agosto del año 2008 se publicó en el Diario Oficial la ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, que comenzó a regir en abril del año 2009. Como señalamos precedentemente, con su entrada en vigor se derogó el inciso tercero y siguiente del artículo 13 y el artículo 14 de la ley N° 18.575, estableciéndose dos nuevos mecanismos de acceso a la información pública que se encuentra en poder de los órganos del Estado, a saber, la Transparencia Activa y las solicitudes de acceso a la información pública.

a) Transparencia Activa

El artículo 7° de la Ley de Transparencia dispone que los órganos de la Administración del Estado obligados por dicha regulación deberán mantener permanentemente a disposición del público en la página web del servicio respectivo, la información que se individualiza. Entre otros antecedentes, menciona la estructura orgánica, el marco normativo que les sea aplicable, la planta del personal y el personal a contrata y a honorarios, con las correspondientes remuneraciones, los mecanismos de participación ciudadana, en su caso, etc.

La ley establece además algunos estándares generales para esta información:

- Debe incorporarse en forma completa
- Debe actualizarse, al menos, una vez al mes
- Debe desplegarse de un modo que permita su fácil identificación y un acceso expedito.³⁹

En caso de incumplimiento a las disposiciones sobre transparencia activa por parte del órgano obligado, se establece un procedimiento de reclamación que cualquier persona puede iniciar ante el Consejo para la Transparencia. Si el Consejo acoge el reclamo ordenará que se subsane el incumplimiento y podrá iniciar un procedimiento disciplinario para establecer si alguna autoridad o funcionario incurrió en la infracción establecida en el artículo 47 de la Ley de Transparencia, esto es “incumplimiento injustificado de las normas sobre transparencia activa” sancionado con multa de 20% a 50% de las remuneraciones del infractor.⁴⁰

³⁹ Manual de Transparencia y Probidad en la Administración del Estado, 2° edición, enero 2009, Ministerio Secretaría General de la Transparencia, p. 79.

⁴⁰ Ídem, p. 82.

Adicionalmente, el artículo 9° de la Ley de Transparencia entrega a las reparticiones encargadas del control interno de los órganos obligados el deber de velar por la observancia de las normas sobre transparencia activa. Lo anterior, sin perjuicio de las atribuciones del Consejo y de la Contraloría General de la República en la materia.

b) Solicitudes de acceso a la información pública

Por otra parte, respecto de toda aquella otra información de carácter público que se encuentre en poder de los órganos del Estado, no individualizada en el artículo 7° de la Ley de Transparencia, ésta establece en su artículo 10 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.*

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.”

Sobre el particular, la Ley de Transparencia establece que la solicitud podrá efectuarse en soporte papel o por medios electrónicos. Deberá individualizarse el requirente, identificar claramente la información que se solicita, deberá estamparse la firma del solicitante por un medio habilitado e indicarse el órgano administrativo al que se dirige.

La solicitud deberá ser respondida por la autoridad o jefatura superior del órgano o servicio requerido, y se contempla también que, para el caso de no ser competente el órgano al cual se dirige la información, éste deberá remitir de inmediato la solicitud a la autoridad que deba conocerla según el ordenamiento jurídico. Asimismo el artículo 15 señala que *“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.”*

La autoridad requerida deberá responder la solicitud dentro del plazo de veinte días hábiles, el que podrá prorrogarse por otros diez días hábiles en caso de existir circunstancias que hagan difícil reunir la información solicitada, informándose al requirente.

Con todo, se dispone también la posibilidad del órgano requerido de notificar a los terceros que pudieran ver afectados sus derechos en virtud de la información que se solicita. Éstos podrán oponerse expresando la causa. Una vez deducida la oposición, el órgano requerido quedará impedido de proporcionar la documentación o antecedentes solicitados, salvo resolución en contrario del Consejo y, en caso de no deducirse la oposición, se entenderá que el tercero afectado accede a la publicidad de dicha información.

Ahora bien, cuando la petición fuese rechazada o venciera el plazo previsto para su entrega sin que la información fuese proporcionada, el requirente dispone de quince días hábiles para recurrir de amparo ante el Consejo para la Transparencia. Luego de verificarse el procedimiento establecido en la Ley, el Consejo podrá instruir al órgano requerido la entrega de la información o bien, denegar el acceso, esto es, confirmar que concurre una causal legítima de secreto o reserva. De la resolución del Consejo se podrá reclamar de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante, reclamo que deberá interponerse dentro de los quince días siguientes a la notificación de la resolución.

La Ley de Transparencia establece que tienen derecho a recurrir de ilegalidad, el requirente de la información cuando su petición sea rechazada; el órgano requerido en caso que el Consejo le ordene entregar la información; o, el tercero que se hubiere opuesto oportunamente, cuando el Consejo rechace dicha oposición y otorgue al solicitante el acceso a la información que le afecta.

Como ya hemos señalado al comienzo de este informe, son las decisiones del Consejo las que nos permitirán determinar la forma en que éste ha ido dotando de contenido el derecho de acceso a la información pública. Son estas decisiones, las que nos permitirán conocer los criterios del Consejo para acoger o desechar un amparo y definir la manera en que se ha ido configurando la causal de reserva relativa al privilegio deliberativo.

c) Regulación respecto de los órganos que no forman parte de la Administración Central del Estado

La Ley de Transparencia, al igual que en otras legislaciones como la mexicana, distingue su aplicación según la naturaleza del órgano obligado, la diferencia se refiere principalmente a sí al órgano se le aplicarán o no las normas sobre solicitudes de acceso a la información contemplada en el artículo 10 de la Ley de Transparencia y, a la circunstancia de encontrarse o no bajo la supervigilancia del Consejo para la Transparencia en el cumplimiento de las normas de esta ley.

Aunque no forma parte de esta investigación, podemos señalar brevemente que la razón de esta aplicación diferenciada se fundaría en el principio de separación de poderes – que se argumentó en los debates parlamentarios y fuera ratificado por el Tribunal Constitucional que realizó el control obligatorio de la ley -, que implica que los demás poderes y órganos constitucionales autónomos no pueden estar sujetos al control de un órgano parte o dependiente de la Administración como lo sería el Consejo para la Transparencia.⁴¹

De esta manera, en los artículos tercero al décimo de la Ley de Transparencia se modifican en lo que corresponda, las disposiciones orgánicas de distintos órganos del Estado (autónomos) con el objeto de hacerles aplicables las normas sobre transparencia que la ley determina.

En primer lugar, el artículo cuarto modifica la Ley Orgánica de Municipalidades indicando que las resoluciones señaladas en el artículo 12 de dicha norma estarán a disposición del público y deberán ser publicadas en los sistemas electrónicos o digitales de que disponga la municipalidad, extendiendo además la publicidad a las actas del Concejo Municipal, una vez aprobadas.

El artículo quinto por su parte, se refiere a la Contraloría General de la República haciéndole aplicable las disposiciones relativas a la transparencia activa y las solicitudes de acceso a la información, pero eximiéndola del control del Consejo para la Transparencia.

El artículo sexto hace aplicable la Ley de Transparencia al Congreso Nacional, sólo en lo que corresponde a las normas sobre transparencia activa, mientras que el séptimo aplica al Banco Central dichas disposiciones, y las que se refieren a las solicitudes de acceso a la información por

⁴¹ VIAL, Tomás, *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, 2010, Universidad Diego Portales, p. 116.

parte de los ciudadanos, exceptuando sí aquellas relativas a la acción del Consejo, por lo que, ante la negativa, sólo podrá recurrirse ante la Corte de Apelaciones respectiva.

Posteriormente, el artículo octavo le aplica las normas sobre transparencia activa a los tribunales que forman parte del Poder Judicial, refiriéndose en su inciso segundo a los demás tribunales especiales de la República, tales como el Tribunal de Contratación Pública o el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y los órganos que ejercen jurisdicción, como la Dirección General de Aeronáutica Civil o el Panel de Expertos a que se refiere la ley N° 19.940, los que según establece, cumplirán la obligación de transparencia activa mediante sus propios sitios electrónicos o en los de él o los servicios u organismos de que dependan o formen parte o tengan más próxima vinculación, en caso de que no dispongan de un sistema propio.

La situación respecto del Ministerio Público, el Tribunal Constitucional y la Justicia Electoral se encuentra regulada en el artículo noveno, donde se establece que les serán aplicables tanto las normas de transparencia activa como las relativas a las solicitudes de acceso a la información, con la salvedad de que en caso de rechazarse la entrega de la información requerida sólo podrá interponerse un recurso ante la Corte de Apelaciones.

El artículo décimo establece un régimen de transparencia activa especial para las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y a las sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio, sin establecer un recurso en caso de no publicarse la información.

Finalmente, la ley N° 20.405 que crea el Instituto de Derechos Humanos le hace aplicable a dicha entidad las normas contenidas en la Ley de Transparencia.

CAPÍTULO III: ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE PARTICIPACIÓN CIUDADANA. MARCO NORMATIVO.

Para efectos de nuestro análisis, entenderemos el concepto de participación ciudadana como aquella figura que incorpora factores adicionales a los que tradicionalmente se habían entendido comprendidos en ésta. Lo anterior, dado que hoy en día la participación ciudadana va más allá de la denominada participación popular o participación política, la cual se ejerce sólo en ciertas oportunidades, mediante el derecho a sufragio en las elecciones populares y plebiscitos que establece nuestra Constitución Política. Así también lo señala en su preámbulo, la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública del año 2009, al establecer que “El derecho de participación ciudadana en la gestión pública conlleva establecer mecanismos para ello, complementarios a los previstos para la representación política en el Estado. La gestión pública participativa contribuye al desarrollo de los países, favoreciendo la inclusión y la cohesión social.”

En efecto, hoy en día las nociones de participación ciudadana se extienden a la gestión pública, a ciertas formas de adquirir influencia, voz e intervención en la elaboración, ejecución y control de diversas actividades estatales (v. gr. políticas y programas), lo cual es una manifestación de la necesidad de una mirada democrática a la administración del Estado, sobre todo en lo referido a la gestión de funciones en los niveles territoriales y sectoriales de tipo local y comunitario. Ello resulta derivado de la necesidad que tiene el Estado de una nueva legitimidad ciudadana, basada en la satisfacción de las necesidades y demandas de los ciudadanos (...) Se pone de relieve el derecho a la información pública como base de cualquier intento participativo consistente, pues la información adecuada permite sustentar opiniones y acciones fundadas y, a la vez, permite controlar la debida transparencia de los órganos estatales⁴².

En relación con lo anterior, podemos afirmar que uno de los efectos de las leyes de transparencia es que mejorarían la calidad de la participación ciudadana. En efecto, tal como lo indica la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), la provisión de información permite a los ciudadanos generar un nivel de discusión elevado. Si la información es completa, fácil de encontrar, veraz y objetiva, los procesos de consulta y de participación activa se dan con mayor

⁴² VIVEROS, Felipe: Mecanismos de Participación Ciudadana en el Diseño, Implementación y Evaluación de Políticas Públicas, Informe ha sido preparado para el Estudio sobre Mecanismos de Participación Ciudadana en el Diseño, Implementación y Evaluación de Políticas Públicas” dirigido por Gonzalo De la Maza y ejecutado por el Programa Ciudadanía y Gestión Pública de la Universidad de Los Lagos, para el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, en <http://www.knowhowchile.cl/KNOWHOWCHILE/wp-content/uploads/downloads/2012/06/MarcoJur%C3%ADdico-Felipe-Viveros.pdf>.

facilidad. La premisa básica es que a mayor cantidad de información disponible para los ciudadanos, estos podrán plantear mejor sus requerimientos al gobierno, y también podrán participar de forma activa en las decisiones.⁴³

Para nuestro análisis, entender que la participación y el acceso y transparencia de la información pública son derechos de la ciudadanía, constituye una nueva visión dentro de un Estado moderno y democrático. Analizado desde el una perspectiva de enfoque de derechos, se asume que los deberes se consideren como responsabilidades tanto de los actores ciudadanos como de las instituciones. En ese escenario, el enfoque de derechos constituye un mecanismo que contribuye a la equidad, puesto que promueve la visión de que las personas son titulares de derechos y pueden reclamar su cumplimiento por parte del Estado.

Dado que el enfoque de derechos en las políticas, considera el derecho internacional sobre derechos humanos como un marco conceptual, nos detendremos en este apartado en la revisión de algunos documentos internacionales para identificar la forma en que reconocen la participación ciudadana.

1. Los acuerdos internacionales sobre participación ciudadana.

a) Tratados Internacionales

En la actualidad, son diversos los tratados internacionales y convenciones sobre derechos sociales y políticos que reconocen el derecho de los ciudadanos a participar en las decisiones públicas. En términos generales, el reconocimiento se encuentra estrechamente vinculado con el derecho a la libertad de expresión, así, el derecho de las personas a expresarse libremente y sin censura, y a obtener información, constituye entre otras cosas, el fundamento del reconocimiento de la participación ciudadana en la vida en sociedad.

En primer lugar, la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de la ONU en 1948, en su artículo 19, garantiza el derecho de libertad de expresión y de información de la siguiente manera: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y

⁴³ SCROLLINI, Fabrizio, Informe sobre Evaluación de la Transparencia, Dirección de Estudios del Consejo para la Transparencia, p. 50.

recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de la ONU en 1966, también en su artículo 19, garantiza el derecho a la libertad de opinión y de expresión, señalando que “...Toda persona tiene derecho a la libertad 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.”

A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que como hemos señalado, reconoce la libertad de información como un derecho humano fundamental, ha dispuesto además, que: “para el ciudadano promedio es tan importante conocer las opiniones de otros o el tener acceso a la información en general tanto como lo es su propio derecho a impartir su propia opinión”, afirmando en el mismo sentido que “una sociedad que no está bien informada es una sociedad que no es verdaderamente libre”.

Asimismo, la Convención Interamericana para Prevenir la Corrupción, que fue ratificada por Chile en el año 1998 establece expresamente en el artículo III párrafo 11 que los Estados miembros deben habilitar: “mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción”.⁴⁴

Posteriormente, en el año 2004, la Asamblea General de la OEA, en su 34º período de sesiones, adoptó una resolución en que vuelve a señalar “que el acceso a la información pública es un requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia” y reafirma “que los Estados tienen la obligación de respetar y hacer respetar el acceso a la información pública a todas las personas”.

Finalmente, la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública (2009) reconoce que “El acceso a la información es un derecho que sustenta el adecuado funcionamiento de la democracia puesto que es condición para garantizar otros derechos y, en particular, el de participación ciudadana en la gestión pública. Como tal, estará protegido jurídicamente. Cualquier

⁴⁴ OLMEDO, Juan Pablo, “Comentarios acerca del derecho de acceso a la información pública” en Hacia una nueva institucionalidad de acceso a la información pública en Chile Fundación PROACCESO. 2008, Santiago.

excepción al libre acceso a la información pública estará prevista expresamente en los ordenamientos jurídicos nacionales”.

Con todo, cabe considerar que la legislación internacional que ha inspirado el debate nacional respecto al derecho de acceso a la información pública si bien valora la participación ciudadana, la circunscribe más bien al control de los órganos del Estado. No se explicita en el reconocimiento de este derecho una mirada de participación ciudadana que justifique su relevancia en la toma de decisiones, constituyendo un tipo de participación de carácter más bien pasivo⁴⁵.

b) Recomendaciones de la OCDE

El año 2001 la OCDE publicó un manual sobre participación ciudadana en la elaboración de políticas públicas, en el cual se aborda el Acceso a la Información Pública como un elemento central del vínculo entre las instituciones públicas y la ciudadanía.

En efecto, la democracia representativa descansa en la interacción que se produce entre los ciudadanos y la administración pública, razón por la cual la calidad o densidad de la democracia dependerá, de acuerdo a la perspectiva de la OCDE, del fortalecimiento de este vínculo. En este sentido, el organismo señala que existen tres ámbitos donde este vínculo se puede ver fortalecido⁴⁶:

- **Información:** esto es que las instituciones públicas difunden cierta información sobre la elaboración de las políticas o bien, los ciudadanos la obtienen a partir de su propia demanda. En cualquier caso, se trata de una relación unidireccional.

- **Consulta:** se refiere a la demanda y recepción de respuestas de los ciudadanos a los servicios públicos sobre la elaboración de políticas. En este caso, se trata de una relación bidireccional limitada.

- **Participación activa:** los ciudadanos participan activamente en la toma de decisiones y en la elaboración de políticas públicas, lo cual, desde el planteamiento de la OCDE, no reemplaza el marco decisional que será siempre responsabilidad del gobierno⁴⁷.

⁴⁵ Informe sobre Acceso a la Información Pública y Participación Ciudadana, Fundación Pro Acceso, octubre 2001, p. 24, en www.proacceso.cl

⁴⁶ Idem.

⁴⁷ Idem. El subrayado es nuestro.

Sobre esto último, el manual señala que “al pasar de la información a la consulta y de allí a la participación activa, la influencia de los ciudadanos en la toma de decisiones se ha incrementado. La influencia de los ciudadanos no puede en ningún caso sustituir la aplicación de las reglas formales y de los principios de la democracia, que consisten en elecciones libres y honestas, asambleas verdaderamente representativas, ejecutivos responsables de sus actos, instituciones públicas políticamente neutras, pluralismo y respeto de los derechos humanos. Esos principios son algunos de los criterios que se deben respetar para ser miembro de la OCDE. Las actividades complementarias como la información, la consulta y la participación activa han existido siempre, hasta cierto punto, en las democracias, de una manera u otra. Sin embargo, dado que la democracia no cesa de evolucionar, las reivindicaciones de apertura y transparencia de los ciudadanos, así como la naturaleza cada vez más compleja de las sociedades y de los retos que éstas enfrentan, llevan a los gobiernos a buscar, cada vez más, el fortalecimiento de estas interacciones.”⁴⁸

Para nuestro informe, resulta relevante lo afirmado precedentemente al plantearnos cuándo será oportuno o conveniente que los ciudadanos participen en la toma de decisiones públicas. Como dijimos, la OCDE sitúa el marco decisional dentro de las responsabilidades de las autoridades y por ende, reconoce un cierto ámbito de acción donde serán los gobernantes los que se encuentren facultados para deliberar dado que serán ellos los responsables de las decisiones que se adopten. Así lo señala el informe de la OCDE al indicar que “la participación activa se refiere a que los mismos ciudadanos jueguen un rol en la elaboración de políticas públicas; por ejemplo, proponiendo alternativas. Sin embargo, tanto la definición de una política como la decisión final sigue siendo responsabilidad del gobierno.”⁴⁹

2. Normativa chilena relativa a la participación ciudadana.

a) Modificaciones a la ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado

El 16 de febrero del 2011 se publicó en el Diario Oficial la ley N° 20.500 sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública. Esta nueva regulación, en lo que nos ocupa, establece definiciones y mecanismos para formar asociaciones de ciudadanos de interés público y crea distintas formas en las que dichas entidades participarán de la gestión pública. De este modo,

⁴⁸ Manual sobre Información, Consulta y Participación en la elaboración de las políticas públicas, OCDE, 2001, p. 17.

⁴⁹ Ibídem, p. 18.

la ley reconoce el derecho de las personas para asociarse libremente en la persecución de fines lícitos y el deber del Estado de apoyar estas iniciativas.

Dentro de las modificaciones a la ley N° 18.575, la nueva normativa establece que cada órgano de la Administración del Estado debe disponer las modalidades de participación que tendrán las personas y organizaciones en el ámbito de su competencia, las que deberán publicarse a través de medios electrónicos u otras formas de difusión.

Además, los órganos de la administración del Estado deben hacer una cuenta pública de sus acciones, planes, políticas, programas y ejecución presupuestaria y señalar las materias de interés ciudadano en que se requiera conocer la opinión de las personas, mediante una consulta que debe ser informada, pluralista y representativa. Las opiniones que se recojan deben ser evaluadas y ponderadas por el órgano respectivo. Finalmente, deberán establecer consejos de la sociedad civil, de carácter consultivo, conformados de manera diversa, representativa y pluralista por integrantes de asociaciones sin fines de lucro relacionadas con la materia y competencia del órgano respectivo⁵⁰.

A su vez, en virtud de la ley N° 20.500, en abril del año 2011 se dictó el Instructivo Presidencial para la Participación Ciudadana en la Gestión Pública para el periodo 2010 – 2014. Dicho documento plantea como objetivos estratégicos, entre otros, mejorar y fortalecer los canales y espacios de información y opinión de la ciudadanía y, promover el control ciudadano de las acciones desarrolladas por todos los organismos públicos. Así, para el cumplimiento de dichos objetivos de manera coordinada entre los ministerios y servicios públicos se imparten diversas instrucciones a éstos, entre las que se encuentra la obligación establecer mecanismos de participación que tendrán las personas y organizaciones en el ámbito de su competencia; adicionalmente, se establecen como instancias de participación que deberán promoverse por los servicios, las cuentas públicas participativas, consejos de la sociedad civil y consultas ciudadanas; y otras nuevas como la organización de cabildos ciudadanos, plataformas digitales participativas y escuelas de gestión pública para dirigentes sociales.

⁵⁰ Resumen de la ley N° 20.500 en www.bcn.cl

En lo relativo al cumplimiento de las disposiciones de la Ley de Transparencia, el instructivo señala que se promueve la oportunidad y eficiencia en el cumplimiento de dicha ley, dado que se entiende que “el acceso a la información pública permite que el ciudadano pueda controlar en forma efectiva, todos los actos del Gobierno, ejerciendo también, el derecho constitucional de petición”.

Finalmente, el Consejo para la Transparencia, en virtud de la atribución otorgada en el artículo 33 letra d) de la Ley de Transparencia, puede 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.” En virtud de ello, ha dictado por ejemplo, instrucciones generales⁵¹ con la finalidad de precisar el alcance de lo dispuesto en los artículos 6° y 7° de la Ley de Transparencia, y la importancia del adecuado cumplimiento de las normas sobre transparencia activa establecidas en la misma norma, “teniendo presente el artículo 8° de la Constitución Política de la República y lo establecido en la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas en contra de la Corrupción, promulgadas respectivamente por el Decreto Supremo N° 1879/1998 y el Decreto Supremo N° 375/2007.”

b) Regulación relativa a otros órganos que no forman parte de la Administración central del Estado

La única referencia de la ley N° 20.500 a la forma en que ciertos órganos autónomos deberán incorporar mecanismos de participación ciudadana la efectúa en la modificación que introduce en la ley orgánica constitucional de Municipalidades señalando que en cada municipalidad existirá un consejo comunal de organizaciones de la sociedad civil, el que será elegido por las organizaciones comunitarias y por las organizaciones de interés público de la comuna. También podrán integrarse representantes de asociaciones gremiales y organizaciones sindicales, o de otras actividades relevantes para el desarrollo económico, social y cultural de la comuna. El consejo deberá pronunciarse sobre los presupuestos de inversión, del plan comunal de desarrollo y sobre las modificaciones al plan regulador.

⁵¹ Mediante un documento de fecha junio de 2012, el Consejo para la Transparencia refundió las Instrucciones Generales N° 4 (publicada en el Diario Oficial de 3 de febrero de 2010), N° 7 (publicada en el Diario Oficial de 25 de mayo de 2010) y N° 9 (publicada en el Diario Oficial de 20 de agosto de 2010), e incorpora la rectificación de la segunda publicada en el Diario Oficial de 22 de junio de 2010.

3. Relación entre la Ley de Transparencia y la Ley de Participación Ciudadana. El derecho de acceso a la información pública y la participación ciudadana en la gestión pública.

Por cierto que ambos derechos se encuentran relacionados. Por un lado, en razón de la información pública que los ciudadanos puedan conocer en forma oportuna, podrán crecer los niveles de participación y, por otro lado, al darse las condiciones para que cada vez haya mayor participación ciudadana, las personas toman conocimiento de las formas de acceder a la información de carácter público que se encuentra en poder de los órganos del Estado y utilizan dichos mecanismos.

En este sentido, los principios que conforman el verdadero espíritu de la Ley de Transparencia son completamente congruentes con el desarrollo de la participación ciudadana. Es el caso del principio de la transparencia de la función pública que busca asegurar la publicidad de todos los actos, resoluciones y documentos de la Administración, así como sus fundamentos y facilitar el acceso a esa información (Art. 4). En la misma línea hay que destacar los principios de relevancia (es relevante toda la información de los Órganos de la Administración del Estado); de libertad de información; de apertura y transparencia (es pública toda la información de la Administración); de facilitación (obligación de facilitar el acceso); de la no discriminación; de oportunidad y de gratuidad. (Art. 11 Ley 20.285)⁵².

Como dijimos, la ley de participación ciudadana contempla distintos mecanismos que fomentan la intervención de los particulares en los procesos de toma de decisiones públicas. Por su parte, la Ley de Transparencia dispone de otros mecanismos que permiten el acceso de los ciudadanos a la información pública. De esta forma, se identifican determinadas confluencias entre ambas regulaciones.

En primer término, la letra j) del artículo 7 de la Ley de Transparencia indica como parte del deber de transparencia activa de los órganos públicos, la publicación de los **mecanismos de participación ciudadana** con los que cuente cada uno de ellos.

A su vez, el artículo 51 del Reglamento de la Ley de Transparencia, especifica a qué clase de mecanismos se refiere la ley, señalando que “Estos comprenden las audiencias, consultas e informaciones públicas, la participación directa y otras similares, que contemplen los procedimientos de toma de decisiones.”

⁵² Informe Fundación Pro Acceso, ob.cit. p. 36

Finalmente, el Consejo para la Transparencia se encarga de regular de modo más preciso en qué consiste esta obligación. Así, en la Instrucción General N° 4 (hoy existe un texto refundido del año 2012 de las instrucciones números 4, 7 y 9) se especifican diversos mecanismos de participación ciudadana que podrán ser implementados, los que se definen como “todas las acciones e instancias implementadas por el respectivo organismo o servicio público, que tengan por finalidad conocer la opinión de la sociedad civil respecto de un tema de su interés, en un procedimiento de toma de decisiones.” En la instrucción se precisa que éstos comprenden:

- Las audiencias,
- Las consultas e informaciones públicas,
- La participación directa,
- Los consejos consultivos,
- Otras instancias similares que contemplen los procedimientos de toma de decisiones, y
- Los demás mecanismos contemplados en la norma general de participación ciudadana del organismo, si existiere.

En relación con lo anterior, y como ya adelantamos, la ley de participación ciudadana por su parte, crea algunos mecanismos que los órganos públicos deben poner a disposición de los ciudadanos para involucrarlos en sus procesos, sin perjuicio de los nuevos que pueda establecer cada entidad. Sin ir más lejos, el mencionado instructivo presidencial para la participación ciudadana en la gestión pública entrega otro tipo de opciones, distintas a las establecidas en la ley, como lo son los cabildos ciudadanos, las plataformas digitales participativas y las escuelas de gestión pública para dirigentes sociales.

Además de los mecanismos de participación ciudadana, la ley N° 20.500 dispone en su artículo 32 que “(...) cada órgano de la Administración del Estado deberá poner en conocimiento público información relevante acerca de sus políticas, planes, programas, acciones y presupuestos, asegurando que ésta sea oportuna, completa y ampliamente accesible. Dicha información se publicará en medios electrónicos u otros.”

Lo anterior es de gran relevancia si consideramos que para que la participación ciudadana sea efectiva y cumpla con sus fines, es preciso que los particulares cuenten con la información adecuada, y en el momento oportuno y para ello, disponer de mecanismos que faciliten el acceso a dichos antecedentes resulta fundamental.

Finalmente, sin perjuicio de otras confluencias entre ambas normas, como cuestión específica de nuestro análisis, la Ley de Transparencia se vincula con la de participación ciudadana cuando regula el derecho de acceso a la información de carácter público por parte de los ciudadanos. En este sentido, se ha entendido que “cuando las personas realizan una solicitud de información a un órgano público, no sólo ejercen su derecho al acceso a la información pública, sino también están ejerciendo su derecho a la participación ciudadana.”⁵³

Es lo que decíamos anteriormente, el derecho de acceso es presupuesto de la participación y viceversa. Fundamental además si consideramos que “la información se ha descrito como “oxígeno de la democracia”, cuya importancia se vislumbra en diferentes niveles. Fundamentalmente la democracia consiste en la habilidad de los individuos de participar efectivamente en la toma de decisiones que los afecten. Esta participación depende de la información con la que se cuenta.”⁵⁴

⁵³ Informe Fundación Pro Acceso, ob.cit. p. 40.

⁵⁴ Estudio Especial sobre el derecho de Acceso a la Información, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de DDHH, OEA, 2007, p. 45.

CAPÍTULO IV: CONTENIDO Y ALCANCE DEL PRIVILEGIO DELIBERATIVO

1. Privilegio deliberativo de las autoridades y funcionarios públicos. Importancia de este espacio de deliberación en la toma de decisiones.

En primer término, resulta relevante señalar que al interior del aparato estatal existen numerosos entes cuya función es principalmente deliberativa – en particular el caso de los órganos colegiados - por lo que se requiere que dichas deliberaciones sean protegidas de alguna forma puesto que consisten generalmente en opiniones y como tales, son esencialmente provisorias.

El privilegio deliberativo consiste en la prerrogativa de las autoridades públicas de contar con un espacio reservado del acceso de terceros para discutir, debatir y formarse una opinión sobre una determinada materia de interés público. Además, este ámbito privado de discusión permite que el proceso de toma de decisiones se enmarque dentro de un contexto de libertad de las autoridades, eliminando las eventuales presiones de los interesados.

Se ha entendido también como “aquella potestad de la autoridad pública para resolver un asunto, eximiéndose temporalmente de su deber de publicidad respecto del acto y sus fundamentos, con el objeto de propiciar la libre búsqueda de una solución de política pública.”⁵⁵ El privilegio deliberativo comprende entonces las opiniones de carácter meramente personal o pareceres y sugerencias para la aprobación de una resolución.⁵⁶

A saber, el privilegio deliberativo tiene por objeto: (i) fomentar las discusiones abiertas entre autoridades y entre éstas y sus subordinados o superiores sobre asuntos administrativos y elaboración de políticas; (ii) proteger la información frente a una divulgación prematura previa a la decisión, para evitar así la confusión del ciudadano que podría resultar de la divulgación de razonamientos y opiniones que no se hayan utilizado como fundamento para la decisión final, y; (iii) proteger de una prematura revelación las políticas de actuación, hasta su definitiva adopción⁵⁷ .

⁵⁵ STC Rol N° 2246-12

⁵⁶ STC Rol 2153-11 punto 34, voto en contra de los Ministros señores Francisco Fernández Fredes, José Antonio Viera-Gallo Quesney y Gonzalo García Pino.

⁵⁷ RAMS RAMOS, L., El derecho de acceso a archivos y registros administrativos, Editorial Reus, Madrid, 2008, pp.55-56.

Sobre el particular, cabe tener presente el análisis que se efectúa en la sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 2246-2012, que acogió el requerimiento de inaplicabilidad del inciso segundo del artículo 5° de la Ley de Transparencia 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”, del que conocía la Corte de Apelaciones de Santiago (Rol N° 2496-2012).

En el voto en contra, los Ministros disidentes Gonzalo García y Domingo Hernández, quienes estuvieron por rechazar el requerimiento señalan en lo que nos ocupa que, el privilegio deliberativo constituye una limitación al principio de publicidad que se concretiza en el artículo 21 numeral 1) literal b) de la Ley de Transparencia, el que “cumple un papel instrumental en la libre determinación de los actos de gobierno. Pero esta dimensión es transitoria puesto que transcurrido el lapso a partir del cual se adopta la decisión vuelve a pesar el deber de publicidad”. De este modo continúa indicando que, “la legitimidad del privilegio deliberativo se sostiene en la decisión pública posterior de la decisión”.⁵⁸

Nos detendremos con más detalle sobre este tema en el capítulo siguiente, puesto que hay que tener presente que en el voto de minoría previamente referido, los ministros distinguen, en el caso particular de los correos electrónicos de las autoridades públicas (cuestión sobre la cual versaba el requerimiento), entre el continente y el contenido de la información – opiniones, deliberaciones – que se solicita hacer pública, lo cual nos interesa principalmente al momento de estudiar cuáles han sido los criterios del Consejo para la Transparencia en la aplicación de esta causal de reserva.

2. Privilegio deliberativo en la legislación comparada sobre acceso a la información pública.

Como antecedente, cabe detenernos un momento en la revisión de la regulación en el derecho comparado sobre el privilegio deliberativo.

Para comenzar, debemos señalar que éste tiene como antecedente *The Freedom of Information Act* (FOIA o Ley de Libertad de Información) de Estados Unidos del año 1966, que contempla dentro de sus exclusiones los memorándums o cartas interadministrativas o intra-administrativas que sólo se facilitarían en el marco de procesos judiciales contra la administración. La misma Ley de

⁵⁸ STC Rol 2246-12, p. 122.

Libertad de Información establece como excepción, la información relacionada con comunicaciones entre dependencias, protegida por privilegios legales, los que incluyen, entre otros, el secreto profesional de proceso deliberativo (exención N° 5). Al respecto, la jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido de señalar que con ello, se protege la asesoría, las recomendaciones y las opiniones de carácter interno, con el fin de garantizar la calidad del proceso de toma de decisiones.

A su vez, en Inglaterra, tanto la legislación como la jurisprudencia en esta materia, protegen el proceso deliberativo interno en las instituciones del gobierno central, “(...) manteniendo un ‘espacio de pensamiento privado’ y evitando una exposición pública prematura que podría dañar el intercambio “franco y robusto” de opiniones, así como el trabajo del Gobierno en general o la neutralidad de los funcionarios públicos”⁵⁹. Sobre ello, el *Information Commissioners Office* ha señalado en sus recomendaciones que se entiende por “políticas gubernamentales” el “desarrollo de opiniones y prioridades por los ministros, quienes determinan cuales opciones deben ser transformadas en acciones políticas y cuándo”.⁶⁰

Finalmente, en dicho país se establece como excepción al acceso a la información pública, cuando la entrega -en la opinión razonable de una persona calificada-, inhibiría o sería probable que inhibiera la libre y franca entrega de opinión o el intercambio de opiniones para deliberar o causaría o sería probable que causara perjuicio a la efectiva conducción de los asuntos públicos⁶¹.

Por su parte, aunque no es vinculante, el Convenio del Consejo de Europa sobre el acceso a los documentos públicos del año 2009, establece en su artículo 3° como un “posible límite al acceso a los documentos públicos: k) las deliberaciones dentro o entre autoridades públicas en lo referente al examen de un asunto.”

Asimismo, la regulación 1049/2001 de la Unión Europea, establece en términos generales, que la solicitud de acceso a un documento que ha sido elaborado por una institución para uso interno o proporcionado por un tercero, en relación con una materia cuya decisión está pendiente, será rechazado cuando su divulgación debilite gravemente el proceso de toma de decisiones de la institución, a menos que exista un interés público superior en tal divulgación. Manifiesta además

⁵⁹ City of Ottawa v. Ontario, 15, citado en Informe en Derecho de COVARRUBIAS, Ignacio y DÍAZ DE VALDÉS, José Miguel: “Algunas experiencias de Derecho Comparado sobre el Derecho de Acceso a la Información Pública en relación a los correos electrónicos de los funcionarios públicos”, acompañado al Tribunal Constitucional en la causa rol 2153-11, pág. 41.

⁶⁰ *Ibíd.*, p. 42.

⁶¹ *Ibíd.*, pág. 44 y ss.

que las “opiniones para uso interno” pueden permanecer en reserva incluso después de que se adopte una decisión, salvo que existan razones superiores de interés público.

La situación en América es similar a lo que hemos descrito precedentemente. Así, la Ley Modelo de Acceso a la Información Administrativa⁶² dispone en el numeral VI de su artículo 7° como una de las causales que limitan el acceso a la información en razón de intereses públicos preponderantes, “Cuando se trate de información referida a consejos, recomendaciones u opiniones 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.” Se hace presente que esta regulación replica lo establecido sobre la materia en la FOIA.

A su vez, en la legislación mexicana – precursora en la materia sobre acceso a la información pública – también podemos encontrar referencias a esta prerrogativa dentro de lo que se ha denominado “información reservada”, especificando que se trata de aquella “que contenga opiniones, recomendaciones o puntos de vista que formen parte del proceso deliberativo de los servidores públicos, hasta en tanto no sea adoptada la decisión definitiva, la cual deberá estar documentada”⁶³.

Siguiendo con el análisis, hay países en que la jurisprudencia ha distinguido el ámbito de la reserva dependiendo si las deliberaciones forman parte de la competencia reglada de la autoridad o bien, si se está dentro del marco de la competencia discrecional.

Así, en Perú por ejemplo, si bien en conformidad al artículo 17.1 del Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (aprobado por D.S. 043-2003-PCM), en una redacción similar a la que se establece en la Ley Modelo de Acceso a la Información Administrativa, el derecho de acceso a la información no puede ser ejercido respecto de información que contenga “consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, salvo que dicha información sea pública”, el Tribunal Constitucional Peruano se ha pronunciado sobre la materia distinguiendo entre el tipo de competencias, reglada o discrecional. Aún cuando, el artículo referido

⁶² Desarrollada por la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) aprobada en junio del año 2010 por la Asamblea General de la OEA, con la finalidad de apoyar a los Estados en la implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

⁶³ CORDERO, Luis. Informe en Derecho acompañado al Tribunal Constitucional en la causa Rol N°2246-12.

“permite mantener en reserva todo lo que ocurre con anterioridad a la decisión, lo que comprende no solo aquellas opiniones o consejos que fueron la causa de su adopción, sino todos aquellos elementos que fueron considerados e incluso descartados en ese proceso. Ciertamente, esta deliberación tiene un mayor peso cuando se ejercen competencias discrecionales, pero no desaparece del todo cuando se ejerce una competencia reglada.”⁶⁴

Como vemos, en el derecho comparado también se destaca y protegen los espacios de debate e intercambio de opiniones por parte de las autoridades al momento de elaborar políticas o adoptar decisiones públicas. Sin perjuicio de ello, es claro que la definición que entregan las leyes o regulaciones se efectúa al interpretar dicha normativa por quienes apliquen las apliquen. Por ello, es en dicho momento cuando será necesario delimitar con claridad los espacios de reserva en virtud del privilegio deliberativo, por una parte y, los espacios de participación de los ciudadanos, por la otra, lo que tendrá que hacerse evaluando caso a caso los efectos que generará la divulgación de la información.

3. Reconocimiento del privilegio deliberativo como una de las causales de reserva de información de la Ley de Transparencia.

El privilegio deliberativo protege la calidad de las decisiones gubernamentales, permitiendo que los funcionarios puedan hacer un libre intercambio de ideas y comentarios y plasmarlos en documentos preliminares, y que puedan explorar en debates internos las distintas alternativas de actuación sin miedo al escrutinio público. Adicionalmente, se trata de evitar el riesgo de confusión entre los ciudadanos, que pudiera producirse luego de la divulgación de fundamentos que no resultaron ser finalmente la razón que motivó la adopción de una determinada decisión de gobierno⁶⁵.

Como hemos señalado, en virtud de un mandato constitucional, la Ley de Transparencia desarrolla las circunstancias que se podrán invocar como únicas causales de secreto o reserva frente a una solicitud de acceso de información para denegar total o parcialmente su entrega, descartándose de plano entonces la posibilidad de que mediante la vía reglamentaria se pueda regular esta materia. A consecuencia de ello, toda reserva establecida a nivel reglamentario se entiende hoy tácitamente derogada. Lo anterior, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8° inciso segundo de la Constitución

⁶⁴ INDACOCHEA, Úrsula, La Protección de las Deliberaciones Previas a una decisión de gobierno en la Administración Pública (I) en <http://sumaciudadana.wordpress.com/2012/07/02/la-proteccion-de-las-deliberaciones-previas-a-una-decision-de-gobierno-en-la-administracion-publica-parte-i/>

⁶⁵ Ídem

que exige que las razones que justifiquen la denegación de la entrega de la información requerida se establezcan mediante una ley de quórum calificado, indicando como una de las causales, que la publicidad afectase el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido.

Adicionalmente, el hecho que el derecho de acceso a la información sea un derecho fundamental implica afirmar que las causales establecidas en la ley deben interpretarse en forma estricta puesto que con ellas se está limitando el ejercicio de un derecho de tal carácter. Finalmente, como también adelantamos, en caso de invocarse una causal de secreto o reserva, el Consejo para la Transparencia deberá efectuar un test de daño y de interés público, respetando el principio de proporcionalidad. En definitiva, se deberá hacer un ejercicio de ponderación entre la transparencia y otros bienes jurídicos que podrían verse afectados en virtud de ella.

Sobre el particular, el artículo 21 de la Ley de Transparencia desarrolla normativamente las causales de secreto o reserva establecidas en el inciso segundo del artículo 8°, señalando en su numeral 1) que podrá denegarse total o parcialmente la información requerida cuando la publicidad, comunicación o conocimiento de ésta afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano de que se trate, especificando en el literal b) que esta situación se configura⁶⁶:

“Artículo 21.- Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes:

1. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente:

(...)

b) “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.”

De este modo, la Ley de Transparencia reconoce la existencia de un espacio de deliberación previo a la toma de decisiones finales o de adopción de políticas que debe dejarse a las autoridades y funcionarios públicos libre de intervenciones y presiones, sin perjuicio de que los fundamentos de dichas decisiones puedan ser conocidos una vez adoptada la decisión.

⁶⁶ Una norma similar encontramos en la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional. El artículo 5°A, incisos séptimo y octavo, protegen también la deliberación que se lleva a cabo al interior de las comisiones legislativas de cada Cámara, al establecer que las sesiones de comisión se realizarán sin la asistencia de público, salvo acuerdo en contrario adoptado por la mayoría absoluta de sus miembros y que los materiales de registro de las secretarías de las comisiones y de los comités parlamentarios, tales como grabaciones, apuntes u otros instrumentos de apoyo a esa labor, no serán públicos.

Resulta interesante en esta parte volver a lo que mencionábamos previamente, en relación a que durante la discusión parlamentaria del proyecto de la Ley de Transparencia tuvo lugar un extenso debate sobre cuáles instrumentos que se encontraran en poder de la Administración serían públicos. Así, el entonces Senador José Antonio Viera – Gallo señalaba que “No es un acto de la Administración del Estado que el Presidente de la República llame por teléfono o que el Presidente del Senado haga sonar los timbres. No es un acto el que se convoque a una sesión, o el que se hable y delibere. El acto tiene lugar cuando un procedimiento queda afinado de tal manera que produce efectos jurídicos. Ese es el tipo de actos que deseamos que sean públicos”.

Asimismo, el ex senador solicitó se considerara expresamente en la historia de la ley lo siguiente: “Pero cosa muy distinta [al acceso a la información] es que el ciudadano tenga derecho a presenciar la toma de decisiones que lleva al acto. Porque, si por esto se entiende público, creo que estamos haciendo una interpretación demasiado abusiva o extensiva de la reforma constitucional. [...] Se dice, entonces, que son públicos los procedimientos mediante los cuales esos organismos adoptan sus decisiones. Yo tengo derecho a saber cómo se decide, pero no -como sucedió en la época de la Revolución Francesa o en la de la Comuna de París- a hacer desaparecer la diferencia entre gobernante y gobernado. Si la nuestra es una democracia representativa, es porque partimos de la idea básica de que la ciudadanía no se autogobierna, sino que delega el ejercicio de la soberanía. Y si uno delega, puede controlar, pero no sustituir al órgano en el que delega. O sea, la base del sistema político de la democracia representativa es que existe una diferencia entre gobernante y gobernado.”

Con esta afirmación, se reproduce de cierto modo el criterio de la OCDE al señalar, como lo destacamos en el capítulo anterior que no obstante la promoción de la participación ciudadana, tanto la definición de una política como la decisión final sigue siendo responsabilidad del gobierno.

Ahora bien, en caso que esta información sea solicitada, la carga de la prueba recaerá en el órgano que invoca la causal de reserva. De este modo, será el órgano requerido el que en el caso particular deberá acreditar que la entrega de información relativa a un debate previo a la adopción de una resolución, entorpece o perturba la toma de decisiones⁶⁷.

⁶⁷ Así lo estableció el Consejo para la Transparencia en el considerando 3° letra a) de la decisión recaída en el amparo Rol A48-09, donde señaló que: “no basta con la simple alegación de configurarse una causal de reserva, sino que ésta debe probarse por quien la alega debido a que de esta circunstancia dependerá la extinción del deber de entregar la información”. A mayor abundamiento, el Consejo para la Transparencia ha reiterado que no basta invocar la causalidad entre lo que se pide y la causal de reserva respectiva, sino que,

Dicho esto, cabe entonces preguntarse, ¿dónde constan los antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política?

Al respecto, el artículo 7° del Reglamento de la Ley de Transparencia contenido en el Decreto Supremo N° 13, de 2009, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, versa sobre las causales de secreto o reserva establecidas en dicha ley. Así, en su literal b) precisa qué se entiende con la referencia que efectúa la ley en su artículo 21 número 1) letra b) al término “antecedentes o deliberaciones” (previas), señalando que “se entiende por antecedentes, todos aquellos que informan la adopción de una resolución, medida o política, y por deliberaciones, las consideraciones formuladas para la adopción de las mismas, que consten, entre otros, en discusiones, informes, minutas u oficios.”

De esta forma, las minutas, informes, anteproyectos de ley o documentos en general que contengan propuestas de política pública, opiniones o deliberaciones, constituyen un antecedente previo a la adopción de una decisión, y en razón de ello, están sometidos a causales de reserva establecidas en la ley. Lo mismo sucede en el caso de los correos electrónicos de las autoridades y funcionarios públicos, cuando además de su función propia de comunicación, el contenido de ellos tenga una naturaleza deliberativa⁶⁸.

Así lo ha reconocido la Contraloría General de la República al señalar que “no existe derecho de acceso o bien no constituyen documentos del procedimiento, los borradores de opiniones previas a la dictación del acto administrativo final”⁶⁹, o bien, al afirmar que “no procede solicitud de copias de informes elaborados por funcionarios de esta Contraloría y de los antecedentes que habrían sido considerados en emisión de dictamen. Ello, porque son borradores o elementos de juicio de carácter interno, que no contienen en sí mismos, una decisión sobre las materias sustantivas que deben ser resueltas a través de pronunciamientos formales⁷⁰ de esta Contraloría General. De esta forma, no constituyen actos administrativos decisorios ni, propiamente, documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, en los términos previstos en el inc. 2 del art. 8 de la Constitución Política”⁷¹.

además debe acreditarse, caso a caso, cómo es que se afecta el debido cumplimiento del órgano, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional, según corresponda. STEINMEYER

⁶⁸ Este tema se desarrollará con mayor profundidad en el capítulo siguiente de este informe.

⁶⁹ Dictamen de la Contraloría General de la República N° 5.403, de 2009.

⁷⁰ El subrayado es nuestro.

⁷¹ Dictamen de la Contraloría General de la República N° 22500, de 2008.

En el mismo sentido, la doctrina sobre la materia ha señalado la relevancia de los análisis previos que se debe realizar para evaluar la conveniencia de avanzar en la redacción de una iniciativa de política pública. En efecto, para que una iniciativa sea eficaz y tenga posibilidades de éxito en una eventual tramitación legislativa, debe pasar por un proceso previo de diagnóstico y evaluación que permita fundamentar su necesidad. Por ejemplo, en el caso del conocimiento previo de materias que serán objeto de discusión parlamentaria, se ha señalado que “La labor evaluativa en la fase prelegislativa es determinante para el éxito de un proyecto. Esto porque la idea básica para acometer el problema y el ámbito de la solución propuesta quedan determinados en gran medida en esta etapa. (...) De ahí que una respuesta legislativa mal concebida puede afectar negativamente todo el proceso de elaboración de la ley.” Lo anterior no es posible de lograr si la etapa de evaluación debe incorporar a algunos interesados, aquellos que se acogen a la Ley de Transparencia, ya que impide una evaluación previa acabada y una participación en igualdad de condiciones, considerando que luego la iniciativa tendrá un amplio debate público.

Finalmente, también lo entendió así la Cuarta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago en su sentencia Rol N° 2496-2012⁷² al concluir, en el caso de los correos electrónicos de las autoridades públicas, que “(...) El uso de correos electrónicos reemplaza las llamadas telefónicas o comunicaciones informales que, como se sabe, están también cubiertas por el privilegio deliberativo de las autoridades y funcionarios, no siendo accesibles por la vía de la Ley de Transparencia.”

Sobre ello, también se debe mencionar que la Constitución y la ley permiten el acceso no sólo a los actos y resoluciones, sino también a los fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación. De este modo, será fundamental distinguir entre los fundamentos del acto y los otros antecedentes que se señalan y el intercambio de opiniones, pues estos últimos quedarán (siempre) amparados por el privilegio deliberativo, mientras que los primeros serán públicos una vez adoptada la decisión de que se trate⁷³. Entendemos que ello no se contradice, sino que se complementa, con la afirmación de los que entienden que la legitimidad del privilegio deliberativo se sostiene en la difusión pública posterior de la decisión, difusión de buena fe, con la completa identificación de los fundamentos y,

⁷² Mediante dicha sentencia se acoge el reclamo de ilegalidad presentado por el Subsecretario General de la Presidencia en contra de la Decisión de Amparo Rol C-1101-11 del Consejo para la Transparencia, que ordenaba la entrega de correos electrónicos que el Ministro Secretario General de la Presidencia envió y recibió en su casilla institucional entre los días 18 y 21 de julio de 2011 (rol N° 2496-2012)

⁷³ CORDERO, Luis. Informe en Derecho acompañado al Tribunal Constitucional en la causa Rol N°2246-12.

por cierto de la decisión⁷⁴, dado que siempre existirán antecedentes que quedarán cubiertos permanentemente por el privilegio deliberativo.

En síntesis, hay antecedentes que siempre quedarán amparados por el privilegio deliberativo en el entendido que constituyen intercambios previos u opiniones provisionales y sirven para definir lo que posteriormente será una decisión pública. Lo anterior, entendemos que no obsta a que una vez adoptada la decisión en cuestión los fundamentos directos de ésta puedan ser revelados a la ciudadanía.

La cuestión radica en equilibrar o ponderar el derecho del ciudadano a la información, por una parte, y la transparencia en los procedimientos del Estado, por la otra, dónde ha encontrado ese equilibrio para el Consejo para la Transparencia, es lo que trataremos de dilucidar en el capítulo siguiente.

4. Aplicación de la causal de reserva sobre privilegio deliberativo a los órganos que no forman parte de la Administración Central del Estado.

Como breve acotación respecto de este punto, cabe señalar que conforme lo mencionamos previamente, la Ley de Transparencia distingue para su aplicación entre los órganos de la administración central y otros órganos autónomos.

En la materia, la Ley de Transparencia hace aplicable las disposiciones contenidas entre los artículos 10 y 22 – los cuales regulan las solicitudes de acceso a la información pública – a los siguientes órganos: la Contraloría General de la República, el Banco Central, el Ministerio Público, el Tribunal Constitucional y la Justicia Electoral. También queda obligado el Instituto de Derechos Humanos.

En razón de lo anterior, ante una solicitud de acceso a la información, los órganos previamente referidos podrán rechazar su entrega invocando alguna de las causales de reserva establecidas en el artículo 21 de la Ley de Transparencia – entre ellas el privilegio deliberativo –, acreditando por cierto, debidamente, la concurrencia de la causal que corresponda.

⁷⁴ STC Rol 2246, p. 122.

CAPÍTULO V: REVISIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA Y OTROS ÓRGANOS

En este capítulo estudiaremos cómo el Consejo ha resuelto cuestionamientos tales como ¿cuándo se considera que un documento es previo a la decisión o deliberativo?, ¿quién debe probar que se trata de un antecedente para la adopción de la decisión? o si por ejemplo, ¿se adoptó finalmente como norma definitiva del organismo en cuestión?, o bien, si ¿la excepción abarca también la información sobre hechos, o sólo deben considerarse protegidas por la reserva las opiniones, evaluaciones y análisis de hechos realizados por las autoridades o funcionarios públicos?, entre otras.

Para dar respuesta a dichas interrogantes, será preciso determinar cuáles han sido los límites que el Consejo para la Transparencia ha ido definiendo sobre la participación ciudadana – sus momentos y oportunidades –, y el privilegio deliberativo de las autoridades públicas.

Como señalamos al comienzo de este informe, las decisiones objeto de nuestro análisis serán aquellas que el Consejo haya dictado al momento de pronunciarse sobre los amparos deducidos por las personas a las que se le ha rechazado su solicitud de acceso a la información y que digan relación con la procedencia o no de la causal de reserva que la doctrina ha denominado “privilegio deliberativo”.

1. Jurisprudencia del Consejo para la Transparencia en materia de privilegio deliberativo.

Para los efectos de nuestro estudio, se revisó la jurisprudencia del Consejo dictada desde la entrada en vigencia de la Ley de Transparencia. Con el objeto de estructurar este acápite, distinguiremos según la información que se haya solicitado, para así ir definiendo luego los criterios que el Consejo para la Transparencia ha ido entregando en sus pronunciamientos.

a) Información sobre estudios o informes preliminares

El primer organismo público en invocar la causal de reserva del privilegio deliberativo fue la Subsecretaría de Transportes rechazando una solicitud de información (de abril del año 2009) que tenía por objeto requerir la entrega de todas las versiones del estudio sobre Tarificación Vial 2008-2009, encargado a la consultora Steer, Davies & Gleaves. La denegación en cuestión se fundó en que el estudio que se estaba solicitando se encontraba aún en desarrollo, estando aún pendiente la

entrega de uno de los informes preliminares que éste contemplaba, además del pre informe y el informe final del mismo. Sobre ello, se señaló que dicho estudio constituye un antecedente previo a la adopción de una resolución, medida o política en materia de tarificación vial por congestión, por lo que su publicidad, comunicación o conocimiento afectaría el debido cumplimiento de las funciones de la Subsecretaría de Transportes, sin perjuicio que los fundamentos de la resolución, política o medida serán públicos una vez que sean adoptadas aquéllas.

El rechazo de la entrega de la información dio lugar a la presentación de un amparo por parte del solicitante, Rol A79-09. El Consejo resolvió el amparo indicando que “la causal de secreto o reserva del artículo 21 N° 1 letra b) invocada, exige dos requisitos copulativos para que ésta pueda aplicarse y aceptarse como tal: (a) Que la información requerida sea un antecedente o deliberación previa a la adopción de una resolución, medida o política; (b) Que la publicidad, conocimiento o divulgación de dicha información afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano.

Sobre el primer punto, el Consejo estimó que “debe existir un vínculo preciso de causalidad entre el antecedente o deliberación previa, en este caso el estudio de tarificación vial, y la resolución, medida o política a adoptar por la Subsecretaría de Transportes, de manera que sea claro que la primera originará la segunda, lo que en este caso se ha hecho al señalar que el estudio de tarificación vial es un antecedente previo a la adopción de una política pública sobre tarificación vial para descongestionar la ciudad de Santiago. Lo anterior no es suficiente, sin embargo, para aplicar esta causal, 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 con el sentido de la Ley de Transparencia y los principios de su artículo 11. En otras palabras, la causal de secreto o reserva del artículo 21 N° 1 letra b) no puede quedar sometida a una condición meramente potestativa, esto es, no puede depender de la mera voluntad o discrecionalidad del órgano requerido. De allí que si no existe la evidencia de un plazo prudencial en que deba adoptarse la medida o política, como ocurre en este caso, este Consejo debe rechazar su invocación.”

Adicionalmente, el Consejo señaló que la Subsecretaría debe manifestar qué daño le causaría al debido cumplimiento de sus funciones la difusión de esta información.

Finalmente agrega que “la información requerida en este caso recae en un tema de alta relevancia pública, (...) por lo que el interés público exige facilitar el control social de esta información. Es más, su entrega y conocimiento más que afectar las funciones del órgano reclamado puede incluso beneficiarlas, en cuanto permitiría transparentar lo que el Gobierno se encuentra realizando en relación con la adopción de las medidas necesarias para remediar el problema urgente del transporte urbano de pasajeros en la ciudad de Santiago.”

Recientemente, en la decisión C1464-13 del 15 de enero de 2014, el Consejo ordenó a la Subsecretaría de Evaluación Social la entrega de la información solicitada sobre los resultados de las 476 evaluaciones y sus correspondientes fichas de monitoreo, considerando entre otras cosas, por no resultar posible “tener por acreditada la existencia de un nexo causal entre los antecedentes que se pretenden reservar y la obstaculización en la toma de decisiones concretas por parte del órgano, a lo que se suma que se desconoce el tipo de medida o política que podría verse afectada con la entrega de lo requerido.”

b) Conocimiento público de anteproyectos de ley

Similar a lo anterior, en la revisión efectuada se registran varias decisiones que se pronuncian sobre amparos presentados por denegación de información relativa a comentarios, opiniones, críticas, etc. realizadas durante el proceso de consulta pública del texto de un anteproyecto de ley; o, que solicitan el texto del anteproyecto; o bien, piden tener conocimiento sobre estudios o negociaciones efectuadas de forma previa, por ejemplo, de tratados internacionales.⁷⁵

Sobre la materia, el Consejo para la Transparencia se ha pronunciado en el sentido de determinar que, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 5° de la Ley de Transparencia, los fundamentos de un acto o resolución “son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado”, en razón de ello señala que las opiniones vertidas por ejemplo durante el proceso de consulta pública, dado que constituyen fundamentos de un proyecto de ley, tienen dicho carácter, salvo que concurra alguna causal de reserva.

Ahora bien, en lo que respecta al proceso mismo de la consulta pública, el Consejo estimó que si se comienza un proceso de consulta pública sobre un anteproyecto de ley garantizándose el anonimato de los intervinientes, resulta contradictorio con la naturaleza del proceso y con la transparencia que

⁷⁵ Véanse las decisiones roles C543-12; C549-12; C666-12; entre otras.

requieren los debates pre – legislativos. Sobre lo mismo, continua manifestando que “la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), a la que nuestro país pertenece, ha señalado que “Los poderes públicos tienen la obligación de rendir cuentas sobre el empleo que hacen de las contribuciones de los ciudadanos recibidas mediante petición de reacciones, consulta pública y participación activa. Las medidas tendientes a garantizar que el proceso de elaboración de políticas sea abierto, transparente y susceptible de ser sometido al control y a la supervisión externos son decisivas para incrementar la responsabilidad pública general.”⁷⁶

Por otra parte, en los considerandos octogésimo tercero al octogésimo octavo de la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2246-2012 se efectúa un acabado análisis sobre la publicidad de estos anteproyectos. La Magistratura Constitucional razona en el sentido de señalar que los anteproyectos de ley no pueden identificarse con la expresión *fundamentos* utilizada en el artículo 8° de la Constitución, puesto que según señalan “Fundamento de un acto es aquello en que se basa; la razón principal o el motivo para decidir en un sentido determinado. Pero para ello es esencial que, por una parte, exista algún procedimiento reglado; y por otra, un expediente en que se anexas los eventuales documentos, informes y observaciones. Nada de esto existe en un anteproyecto de ley.” Continúa la sentencia señalando que, “los anteproyectos de ley se distinguen, desde luego, porque son un borrador de una iniciativa de ley. Como tal, es un escrito que se puede cambiar infinitas veces, porque por definición es provisional.” Adicionalmente, afirma que “el conocimiento singular, por una persona determinada, de los antecedentes vinculados a un anteproyecto de ley, constituye un privilegio, pues se trata de una información aún no divulgada, cuyo conocimiento puede influir de diversa manera, por lo decisivo del dato. Acceder a esa información sería una ventaja estratégica (...).”

Finalmente, señala que “todo lo que tenga que ver con la publicidad, vía derecho de acceso, durante la etapa de preparación de los proyectos de ley o fase prelegislativa, afecta negativamente el ejercicio de la potestad legislativa del Presidente de la República. Una vez que el proyecto ingrese al Congreso, la publicidad será máxima. Y ahí las personas podrán formular todos sus pareceres ante los que tienen que decidir. Es decir, ante los parlamentarios. Se trata en consecuencia, de una restricción a la publicidad transitoria. No se genera un espacio inescrutable o excluido del escrutinio ciudadano”.

⁷⁶ Síntesis “Información, consulta y participación pública en la elaboración de políticas: instaurar un gobierno abierto en los países miembros de la OCDE”: OCDE, 2003, p. 13.

Así las cosas, concluyen que los anteproyectos no se encuentran comprendidos en el artículo 8° de la Carta Fundamental.

c) Legitimación para invocar la causal de reserva

Con fecha 8 de noviembre de 2010 un particular solicitó al Director General de Aguas que le permitiera acceder al expediente VC-1302-6, relativo al Proyecto Hidroeléctrico Alto Maipo. Ante dicha solicitud, el organismo notificó a la empresa AES Gener S.A. (“la empresa”), titular del proyecto al cual se refiere el expediente requerido, la que se opuso a la solicitud indicando que entre otras causales, concurría la establecida en el artículo 21 N° 1, letra b) de la Ley de Transparencia. Al respecto, sostuvo que “La primera causal invocada se configura debido a que «[e]l expediente requerido se encuentra en actual trámite, sin que haya sido pronunciada y totalmente tramitada la Resolución de la Dirección General de Aguas (DGA) que apruebe el proyecto de obras hidráulicas sometido a conocimiento del servicio», de tal suerte que el expediente solicitado, junto con las resoluciones y documentos que lo integran, constituyen «antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política».”

Conociendo del amparo que presentó el requirente (C851-10), el Consejo resolvió sobre este punto que, “a mayor abundamiento, también debe rechazarse la aplicación a este caso del artículo 21 N° 1, letra b), de la Ley de Transparencia, dado que la DGA Metropolitana no lo ha invocado y, según ya ha señalado este Consejo, la invocación de la causal de secreto o reserva prevista en el citado artículo 21 N° 1 resulta privativa del órgano requerido de información, pues ha sido establecida en beneficio del ejercicio de sus potestades, no pudiendo un particular sustituir esa valoración o estar en mejor posición que el propio órgano para apreciarla. En efecto, estos supuestos, dada su naturaleza, sólo pueden ser ponderados por el servicio público de que se trate, desprendiéndose del tenor literal de dicha norma que sólo éstos poseen legitimación para invocarlos como causal de secreto. Así, resulta improcedente que AES Gener S.A. invoque el literal b) de dicho precepto.”

d) Documentos que contengan opiniones personales de los funcionarios públicos

El Consejo se pronunció sobre la materia al conocer de un amparo presentado en contra de la Policía de Investigaciones de Chile. A saber, en esta oportunidad, la información requerida efectivamente se entrega pero parte de ella se entrega tarjada. Lo anterior, “en aplicación del principio de divisibilidad, establecido en la letra e), del artículo 11, de la Ley de Transparencia,

contiene censurado un párrafo, por reunir éste una opinión personal emitida por el Jefe de la Brigada de Investigación Criminal de San Fernando, quien en ejercicio de su función pública y en el denominado “privilegio deliberativo”, puede intercambiar opiniones, contrastar datos y sopesar alternativas, sin que las mismas afecten o influyan en las decisiones finales adoptadas por el servicio, las cuales no reúnen el carácter de públicas.” (C980-12).

Sobre el particular, el Consejo argumenta en el sentido de precisar que “la Ley de Transparencia permite denegar el acceso a la información cuando “...su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente: (...) b) 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”, Sin embargo, al haberse adoptado la decisión de traslado de aplicarse esta norma la información sería pública y debiese entregarse, por lo que no cabe aceptar la concurrencia de la causal descrita en el literal b).”

En lo que nos interesa, resulta relevante reproducir lo señalado a continuación por el Consejo, el que argumenta en el siguiente sentido:

“6) Que, no obstante lo anterior, la opinión emitida es un juicio de valor que viene a reforzar la solicitud de destinación pero que no es el fundamento central de lo decisión y resulta, en tanto juicio u opinión, difícilmente objetivable.

7) Que contar con opiniones claras y asertivas que estén documentadas resulta de gran importancia para una adecuada gestión pública. Declarar la publicidad de todas las opiniones emitidas por las autoridades de un determinado servicio, durante el curso de la adopción de una decisión, podría afectar la fluidez de las comunicaciones internas y mermar la asertividad de opiniones como la que en este caso se tarjó, lo que atentaría contra el registro escrito que debe quedar de éstas.

8) Que, con todo, este es un juicio que debe realizarse caso a caso y que variaría si se estimara la concurrencia de un claro interés público que justificase optar por la publicidad de dichos comentarios. Así ocurriría, por ejemplo, si éstos revelaran prejuicios, animadversión o indicios de discriminación arbitraria, cuestión que no ocurre en este caso respecto de la información tarjada.

9) Que, en definitiva, este Consejo estima que revelar dicha opinión afectaría de modo cierto, probable y específico el debido cumplimiento de las funciones de la PDI en los términos descritos en el encabezado del artículo 21 N° 1 de la Ley de Transparencia, de manera que aplicando un test de daño ocurre que el beneficio público resultante de conocer esta información es inferior al daño que podría causar su revelación, lo que llevará a que, en definitiva, deba rechazarse este amparo.”

e) Comunicaciones internas entre funcionarios

Con ocasión de un amparo deducido en contra del Servicio de Impuestos Internos (“SII”), fundado en el rechazo a una solicitud de información en la que se requería copia de todos los oficios, correos electrónicos y comunicaciones internas originadas producto de una serie de presentaciones efectuadas por el solicitante al jefe de gabinete del referido servicio, el Consejo señaló que:

“5) Que, tal como lo ha señalado el SII, a partir de las denuncias efectuadas por el solicitante, el órgano reclamado ha dado origen a procedimientos administrativos destinados a efectuar las correspondientes fiscalizaciones del cumplimiento de la legislación tributaria, encontrándose actualmente en un proceso de “acopio, revisión y análisis de información, que terminará con la adopción de decisiones que se pueden manifestar, en definitiva, en una o más resoluciones administrativas, o en una denuncia o querrela”. En este sentido, existe un vínculo preciso de causalidad entre los correos electrónicos y las comunicaciones internas solicitadas, con la resolución, medida o política a adoptar por el SII. En efecto, y atendido el carácter fiscalizador que ejerce el órgano reclamado, que en la especie se traduce en la revisión del cumplimiento de la legislación tributaria por parte de la empresa denunciada, se reconoce un espacio mínimo de reserva para que los funcionarios del órgano sopesen razones, lo que es conocido también como privilegio deliberativo, y que queda plasmado precisamente en los documentos requeridos.

6) Que, asimismo, si bien el SII no ha señalado un período de tiempo preciso en el cual adoptará una decisión, de todas formas ha precisado que ésta se encuentra limitada por el plazo de prescripción de la acción fiscal prevista en el Código Tributario, razón por la cual se estima que existe un cierto grado de certidumbre respecto de la adopción de la medida en un plazo prudencial, en los términos señalados por este Consejo en la decisión de amparo Rol C248-12. En consecuencia, a juicio de este Consejo, respecto de la información solicitada y que obra en poder del SII, concurre la causal de secreto o reserva prevista en el artículo 21 N° 1, letra b), de la Ley de Transparencia, lo que llevará a rechazar el presente amparo.”

f) Publicidad de los correos electrónicos de las autoridades y funcionarios públicos

Desde la fecha de entrada en vigencia de la Ley de Transparencia son muchas las solicitudes efectuadas a los servicios públicos con el objeto de obtener copia de correos electrónicos enviados y/o recibidos por autoridades o funcionarios públicos desde o en sus casillas institucionales. Al respecto, cabe precisar que la materia ha sido sometida frecuentemente a discusión, ocupando instancias administrativas como el Consejo para la Transparencia (al conocer de los amparos presentados ante la denegación de los correos por parte de los servicios requeridos); judiciales, como las Cortes de Apelaciones (al conocer de los reclamos de ilegalidad interpuestos en la materia); y la justicia constitucional, puesto que el Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre la materia al conocer de los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que se han presentado.

Cabe hacer presente que el asunto resulta interesante dado que, además de vincularse con el privilegio deliberativo en la función pública, se relaciona estrechamente con cuestiones derivadas del derecho a la vida privada de todas las personas y la inviolabilidad de las comunicaciones. Por ello, sobre el particular se deben tener presentes las siguientes premisas o consideraciones:

1. Una autoridad o funcionario público, en cuanto persona natural dotada de facultades racionales normales, no puede cumplir adecuadamente su función si no cuenta con un espacio mínimo de reserva, dentro del cual se lo faculte para sopesar razones, aventurar ideas o descartarlas, emitir juicios de valor e identificar sus propias opiniones personales para distinguirlas, con mayor o menor claridad, de la posición o resolución oficial que el órgano estatal adoptará en definitiva. Este proceso deliberativo no debe confundirse con los actos administrativos, los que sí son públicos. (C1482-11⁷⁷).

2. En opinión del Consejo, el derecho a la información no se restringe a los actos o resoluciones de los órganos del Estado, sus fundamentos, los documentos que le sirvan de sustento o complemento directo o esencial y los procedimientos que se utilicen para su dictación, sino que también se extiende "... a la información elaborada con presupuesto público y toda otra

⁷⁷ Amparo recaído en la solicitud de entrega de los correos electrónicos y oficios enviados y recibidos por ciertas autoridades y funcionarios del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones en relación al proceso de modificación de contratos del Transantiago que asignó los nuevos recorridos de transporte público en Santiago.

información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento”, salvo las excepciones legales.

3. En opinión del Consejo, los correos electrónicos de funcionarios y autoridades enviados y recibidos en el ejercicio de sus funciones públicas son potencialmente públicos, pudiendo concurrir a su respecto alguna causal de secreto (afectación de los derechos de las personas – vida privada⁷⁸ –, privilegio deliberativo).

Ahora bien, entrando en el análisis de los criterios que ha ido definiendo el Consejo, en la decisión C939-12 el Consejo señaló que “En la mayoría de las decisiones relativas a solicitudes de correos electrónicos de funcionarios públicos, enviados o recibidos desde sus respectivas casillas institucionales (C406-11, C1101-11, C1482-11, entre otras) se ha distinguido entre los correos relativos al ejercicio de la función pública y aquellos que conciernan a la vida personal de su titular, concluyendo la mayoría del Consejo que los primeros son públicos salvo que se justifique la concurrencia de una causal legal específica de secreto o reserva. Incluso en la decisión C1101-11 se advirtió que “... de haberse acreditado suficientemente la concurrencia de alguna causal de secreto o reserva específica, como por ejemplo la alegación del privilegio deliberativo recogida en el artículo 21 N° 1 letra b) de la Ley de Transparencia, este Consejo la habría acogido”. Y es que así como no puede sostenerse que todos los correos electrónicos de las autoridades son reservados no puede tampoco estimarse que todos ellos o todo su contenido es público.

Por otra parte, en la decisión C864-12 el Consejo resolvió por la unanimidad dar acceso a los correos electrónicos cuando éstos sean “el fundamento preciso de un acto administrativo (...) es decir, su sustento o complemento directo y esencial, debieran formar parte del expediente administrativo que dé cuenta de la sustanciación del procedimiento que dio lugar a dicho acto administrativo. Así, y conforme a los artículos 5°, inciso primero y 10 de la Ley de Transparencia,

⁷⁸ Los consejeros Jaraquemada y Santa María han señalado en sus disidencias que la Ley de Transparencia carece de la especificidad y determinación que exige el artículo 19 N° 5 de la Constitución para que una ley pueda levantar la confidencialidad de estas comunicaciones. Contrariamente a ello, el voto de la mayoría señala que (C1101-11) la Ley de Transparencia sí gozaría de dichas cualidades ya que “*contempla un procedimiento específico y de carácter especial para acceder a la información que obra en poder de los órganos de la Administración del Estado, conforme al cual, frente a la denegación de información por parte del órgano o a la falta de pronunciamiento respecto de los requerimientos formulados, corresponde a este Consejo resolver si determinados antecedentes poseen o no la calidad de información pública, para lo cual los intervinientes del procedimiento respectivo deben aportar los medios de prueba que estimen pertinentes en sustento de sus respectivos planteamientos...*”. En todo caso operaría el principio de divisibilidad establecido en la Ley de Transparencia.

cabe concluir que, razón por la cual – no obstante involucrar el acceso a un correo electrónico – debe aplicarse el procedimiento de acceso a la información reglado por la Ley de Transparencia”.

A su vez, en lo que respecta a los juicios de valor contenidos en correos electrónicos de funcionarios públicos (C939-12, C819-12), señaló que “aunque estén relacionados con el ejercicio de una función pública (...) difundir todas y cada una de las opiniones personales contenidas en los correos electrónicos que intercambian los funcionarios representa una grave amenaza a espacios de deliberación y privacidad a que ellos tienen derecho sin intervención de terceros en cuanto no prevalezca un claro interés público que justifique optar por la publicidad de dichos juicios o comentarios como sería por ejemplo, el caso en que tales comentarios revelaran prejuicios, animadversión o indicios de discriminación arbitraria. Por lo mismo, no todas las opiniones vertidas por un funcionario, y menos aquellas expresadas bajo evidente expectativa de reserva del destinatario, pueden considerarse como información pública, puesto que ello afectaría un espacio de privacidad e intimidad constitucionalmente protegido”.

Finalmente, en la decisión C1482-11, el Consejo estimó que, como en toda causal de secreto o reserva, la necesidad de un espacio mínimo de reserva para que los funcionarios sopesen razones o “privilegio deliberativo”, debe ser acreditada. Así, como hemos dicho, el Consejo ha planteado que no basta con la sola alegación de la causal, sino que ésta debe acreditarse por quien la alega debido a que de esta circunstancia dependerá la extinción del deber de entregar la información.

Sobre lo mismo, el Consejo señaló que los órganos deben indicar los hechos específicos y concretos que configuran la causal y, en virtud de lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley de Transparencia, deben aportar los medios de prueba de que dispusieron para acreditar los hechos fundantes de las causales invocadas. Termina precisando que para declarar la reserva de un correo electrónico debe utilizarse el mismo estándar que se aplica a los documentos soportados en papel, puesto que no habría razones que justifiquen distinguir entre ambos tipos.

2. Análisis de jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional. Los casos sobre correos electrónicos.

Como vimos, el Consejo para la Transparencia ha reconocido en su jurisprudencia diversas situaciones que se encuentran amparadas por la causal del privilegio deliberativo, las cuales deberán acreditarse debidamente por el órgano que las alega y ser evaluadas caso a caso por el Consejo.

Ahora bien, como habíamos mencionado, el Consejo para la Transparencia no ha sido el único órgano que ha dicho algo sobre la oportunidad de procedencia de esta causal, la Corte de Apelaciones de Santiago, la Corte Suprema⁷⁹ y el Tribunal Constitucional también han debido discurrir sobre la cuestión que nos estamos planteando. Todos ellos se han pronunciado sobre la materia con ocasión del conocimiento de procesos relativos a la entrega de correos electrónicos de diversas autoridades y en virtud de ello, han entregado sus criterios al respecto.

a) La Corte de Apelaciones de Santiago y la Corte Suprema

Sobre el particular, la Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo del reclamo de ilegalidad interpuesto por el Ministerio Secretaría General de la Presidencia contra la decisión del Consejo Rol C1101-11, estima que “los correos electrónicos que se generan en el ámbito de la Administración pueden incluir informaciones de carácter personal, opiniones o juicios de valor respecto de materias confidenciales por razones institucionales o de la naturaleza del cargo, abarcando una multiplicidad de situaciones humanas, por lo que carecen de interés público, más aun cuando los correos no tienen el carácter de documentos que sirvan de sustento a un acto o resolución administrativa pues no constan en algún expediente y por lo tanto no puede catalogarse de información pública. El uso de correos electrónicos reemplaza las llamadas telefónicas o comunicaciones informales que, como se sabe, están también cubiertas por el privilegio deliberativo de las autoridades y funcionarios, no siendo accesibles por la vía de la Ley de Transparencia.” (Considerando undécimo, sentencia rol N° 2496-2012).

Se hace presente que la Corte acoge el reclamo aunque no en virtud del privilegio deliberativo sino en razón de que, según expresa en su considerando décimo tercero, por aplicación de la causal contenida en el artículo 21 N°2 de la Ley de Transparencia, “pues resguarda derechos de las personas y la esfera de su vida privada, expresada a través de correos electrónicos privados, y el no entenderlo de esta forma atenta en contra de las garantías fundamentales que se han invocado como fundamento del presente reclamo.”

⁷⁹ En ambos casos, el Consejo para la Transparencia presentó un recurso de queja ante la Corte Suprema en contra de los Ministros correspondientes por haber incurrido en faltas y abusos graves en la dictación de las respectivas sentencias. En el primer caso (Subsecretaría del Interior), la Corte Suprema rechazó la reclamación del Consejo, puesto que en su entender, los Ministros no habrían incurrido en ninguna falta o abuso; en el segundo caso (Subsecretaría General de la Presidencia), lo declaró inadmisibile por aspectos formales.

En un sentido similar se había ya pronunciado en la sentencia rol N° 6704-2011 que acoge el reclamo de ilegalidad presentado por el Subsecretario del Interior en contra de la decisión del Consejo rol C406-11. Sobre el particular, la Corte señala que “asimismo, tal como lo señala el Excmo. Tribunal Constitucional en el motivo sexagésimo segundo del fallo antes señalado, la historia legislativa de la Ley 20.285, señala que la referida ley reprodujo, por una parte, lo que establece la Constitución y, por la otra, tampoco innovó en el concepto de “acto administrativo”, definido en la Ley 19.880, consignándose expresamente que las deliberaciones (que también pueden formar parte de los correos electrónicos requeridos) no se consideran actos administrativos (Historia de la Ley N°20.285, Biblioteca del Congreso Nacional, fojas 117 y siguientes).” (Considerando 6°) Adicionalmente, aún cuando el reclamo se acoge por razones vinculadas a afectaciones a la vida privada de las personas y la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, la Corte hace mención nuevamente al asunto materia de nuestro informe, manifestando que “también abona en favor de la tesis proclive a acoger el presente reclamo el hecho que como los correos electrónicos que intercambian frecuentemente las autoridades administrativas, también pueden explicitar las deliberaciones que realizan antes de adoptar una decisión (...), también su entrega podrá negarse en virtud de las causales de secreto o reserva previstas en el artículo 21 de la Ley N°20.285, pudiendo dicho conocimiento afectar el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, al alterar los procesos decisorios que les corresponden adoptar en virtud de sus propias atribuciones expresamente señaladas en la ley;” (Considerando 7°)

En lo que respecta al pronunciamiento de la Corte Suprema, cabe destacar que sólo en una oportunidad el alto tribunal ha ratificado una decisión del Consejo para la Transparencia sobre la materia, en la cual ordena al Ministerio de Transportes revelar los correos electrónicos vinculados con el proceso de modificación de los contratos del Transantiago. En esa oportunidad, la secuencia había sido similar a las anteriores, ante el rechazo del Ministerio a la solicitud de acceso se había recurrido de amparo ante el Consejo y éste había instruido la entrega de los correos. Luego, se había presentado un reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones y, en el intertanto, también se recurrió de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional. En esta oportunidad, el Tribunal Constitucional declaró inadmisibles los recursos, mas la Corte de Apelaciones acogió el reclamo, lo que impulsó al Consejo a interponer un recurso de queja ante la Corte Suprema.

Lo que determinó el pronunciamiento de la Corte a favor de la entrega de los correos, se refiere a que, el Ministerio de Transportes, al responder la solicitud de acceso, reconoció explícitamente que dichos correos servirían de base para adoptar decisiones relativas al sistema de transporte público de

Santiago; de esta forma, en conformidad a lo señalado por el máximo tribunal, "se trata de información que integra la formación del acto de la Administración, que por expresa disposición del constituyente es pública". Ello, sumado a que se constató por parte del Consejo para la Transparencia que los nuevos contratos habían sido ya publicados en la página web del Ministerio, con lo cual resultaban aplicables las disposiciones de la Ley de Transparencia según las cuales, una vez adoptada una decisión, son públicos los antecedentes que le sirven de sustento o complemento.

En síntesis, según el criterio de la Corte de Apelaciones, en principio los correos electrónicos por no considerarse actos administrativos, no constituyen información pública y no podría accederse a ellos utilizando los mecanismos de la Ley de Transparencia. Recordemos que parte de la doctrina también sostiene esta postura. Con ello, se aleja del concepto entregado por el Consejo para la Transparencia en el sentido de distinguir según la materia contenida en cada correo electrónico, considerando que en aquellos casos en que los correos se vinculen a la función pública y no exista una causal de secreto o reserva, serán información pública.

Con todo, reconocen también que en caso de optar por la tesis que afirma el carácter público de éstos, en ambos casos quedarían cubiertos por el privilegio deliberativo en tanto que reemplazan otro tipo de comunicaciones informales, y contienen opiniones y deliberaciones que en caso de revelarse afectarían el debido cumplimiento de las funciones del órgano, puesto que alteran los procesos decisorios de las autoridades y funcionarios públicos.

Por su parte, la Corte Suprema consideró que en caso de tratarse de información que forma parte del proceso de formación del acto de la Administración, se trata de información pública por expreso mandato del Constituyente.

b) El Tribunal Constitucional

Por otra parte, mientras la Corte de Apelaciones se encontraba conociendo de los reclamos de ilegalidad referidos precedentemente, el Tribunal Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse respecto de los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentados con ocasión de dichas gestiones pendientes.

En primer término, en su sentencia rol N° 2153-2011 sobre requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso segundo del artículo 5° de la Ley N° 20.285, en la parte que dispone

que *“es pública toda información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento”* presentado por el Subsecretario del Interior, la Magistratura Constitucional dispone en el considerando décimo noveno de la mencionada sentencia que *“es un hecho que impone la realidad, que la naturaleza humana tiende a ser más prudente y recatada si sabe que sus actos serán conocidos. En general, esto puede ser positivo. Sin embargo, ello puede afectar la deliberación técnica, restando espontaneidad, franqueza, dureza, en los diálogos, consejos o asesorías dentro de los órganos llamados a tomar decisiones. Estos deben tener un margen para explorar alternativas con libertad, sin tener que saber que sus opiniones se harán públicas. Si la Administración debe obtener resultados, cumplir el mandato de actuar con eficacia (artículo 11, Ley N° 18.575), debe considerarse y respetarse un espacio para que la asesoría y el intercambio de opiniones sean los más amplios posibles. Y eso se obtiene con ciertos márgenes de reserva de esos diálogos. Por lo demás, no todo lo que sucede en la Administración, ni aun con el artículo 8° constitucional y la Ley N° 20.285, puede ser público, pues hay conversaciones, reuniones, llamados telefónicos, diálogos, órdenes verbales, entre los funcionarios, de los cuales no se lleva registro de ningún tipo. Y, por lo mismo, nunca serán públicos.”*

Así también, señala en el considerando N° 26 que *“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. Esto no va contra la Constitución. 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 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. Todas esas formas permiten un escrutinio de lo que la Administración hace o deja de hacer y permiten que los ciudadanos puedan realizar una crítica fundada de las decisiones de la autoridad.”* Indica también, en el considerando cuadragésimo quinto que una *“apertura indiscriminada de este tipo de comunicación puede despotenciarlo como un instrumento útil para la toma de decisiones.”*

Un análisis similar desarrolla en la sentencia Rol N°2246-2012, en la cual se pronunció sobre el requerimiento de inaplicabilidad respecto de la misma norma presentado esta vez por el Subsecretario General de la Presidencia en representación del Ministro de dicha cartera. En dicha oportunidad el Tribunal Constitucional también acoge el requerimiento.

Con todo, cabe mencionar que, al igual que sucedió en los fallos de la Corte de Apelaciones de Santiago, el razonamiento de la Magistratura Constitucional se da en la lógica de que los correos electrónicos no serían información pública y que su entrega vulneraría la garantía establecida en el artículo 19 N° 4 y 5 de la Constitución, más que en la fundamentación del privilegio deliberativo. Así, argumentan señalando que (i) los funcionarios y autoridades públicas, al igual que todas las personas, tienen derechos constitucionales (como el derecho a la vida privada y la inviolabilidad de las comunicaciones), y dicha concepción ha sido reconocida por el legislador (STC 2153-11); (ii) el mandato de publicidad no es absoluto, y que en el caso de los correos electrónicos, para ser públicos, deben estar en el expediente administrativo. Además, reconoce como límite a la publicidad cuando ésta “afecte la mejor toma de decisiones porque se revela prematuramente algo o se difunde un asunto que no estaba destinado a ese propósito” (considerando 23°, STC 2246-2012).

Por su parte, en la sentencia relativa al caso de los correos electrónicos del Ministro Secretario General de la Presidencia, dado que los correos que se requirieron decían relación con anteproyectos de ley, la Magistratura señaló que “al solicitarse correos de un Ministro de Estado, que además de colaborar, como todo el que ocupe tal tipo de cargo, con el Presidente de la República en materia de gobierno y administración, lo asesora directamente en el ejercicio de su función legislativa, se está injiriendo dentro de una de las funciones más típicas del Presidente de la República, pero también de las más sensibles;” (Considerando 48).

Resulta interesante también la divergencia que los Ministros de la mayoría plantean respecto a la procedencia del test de daño e interés público promovido por el Consejo para la Transparencia. Sobre el particular, como hemos mencionado, el Consejo ha señalado que cuando prevalezca un claro interés público que justifique optar por la publicidad de dichos juicios o comentarios debe considerarse que cede la reserva a favor de la publicidad de la información. Por su parte, el Tribunal Constitucional señala en el considerando sexagésimo séptimo de la sentencia Rol N° 2246-2012 que “el artículo 8° de la Constitución no exige ningún test de interés público al momento de analizar la existencia de una causal de secreto o de reserva. Si se invoca una causal y ésta reúne los requisitos que la Constitución establece, no hay publicidad. No cabe configurar, entonces, un test de proporcionalidad cuando la Constitución resolvió, por anticipado, el conflicto. No cabe intermediar un test que balancee esta causal con la publicidad. De ahí que, cuando hay un derecho invocado, la reserva vence la publicidad. De lo contrario, los derechos contrapuestos a la publicidad serían excepciones relativas.”.

En ambas situaciones entonces, la mayoría de los Ministros del Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el sentido de señalar que los correos electrónicos de los funcionarios no forman parte de lo que la Constitución y la Ley de Transparencia describen como información pública, declarando que el inciso segundo del artículo 5° de la Ley de Transparencia, en la parte que dispone que “es pública toda información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento”, es inaplicable en concreto a los casos que se sometieron al debate del Tribunal.

Ahora bien, dada la relevancia de la materia, cabe por último detenernos un momento en las consideraciones sobre la causal relativa al privilegio deliberativo, expresadas por los Ministros García y Hernández en su voto en contra, en la sentencia Rol N° 2246-2012. Los Ministros disidentes exponen que “el privilegio deliberativo cumple un papel instrumental en la libre determinación de los actos de gobierno. Pero esta dimensión es transitoria puesto que transcurrido el lapso a partir del cual se adopta la decisión vuelve a pesar el deber de publicidad”. Continúan señalando que, “la legitimidad del privilegio deliberativo se sostiene en la difusión pública posterior de la decisión, difusión de buena fe, con la completa identificación de los fundamentos, y por cierto de la decisión”. En este sentido, incluso citan doctrina que va aún más allá de lo que hemos venido señalando, la que afirma que el conocimiento que los administrados tengan de las decisiones del poder público favorece la aceptación de los primeros respecto de la actuación de los segundos, “sobre todo cuando se proporciona información ex – ante de la adopción de la decisión”, ya que según señalan, dicha situación constituiría una exigencia del debido proceso “pues permite ejercer el derecho a defensa mediante la impugnación de la actuación.”⁸⁰

Por otra parte, en lo que se refiere a la cuestión sometida a su conocimiento, y a la consideración de la mayoría sobre el carácter de reservados de los correos electrónicos del Ministro Larroulet puesto que se trata de comunicaciones privadas, la disidencia señala que “la forma de dilucidar el aparente conflicto a que se ha aludido, consiste en diferenciar el tipo de información vertida en los correos electrónicos, toda vez que ellos pueden encerrar tanto información pública, como son los antecedentes solicitados en el asunto de fondo, en los términos del citado artículo 8° de la Constitución, cuanto noticias u opiniones de carácter meramente personal o pareceres y sugerencias para la aprobación de una resolución, que estarían cubiertos por el así denominado “privilegio deliberativo”, a que alude el literal b) del artículo 21 de la Ley N° 20.285.”

⁸⁰ BERMÚNEZ SOTO, Jorge y MIROSEVIC VERDUGO, Camilo: “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, Valparaíso, Chile, 2° Semestre, 2008.

De esta manera, señalan que “no resulta lógico aplicar un estatuto privatista, esto es, entender que los correos electrónicos son siempre documentos privados, para que después muten en antecedentes propios del privilegio deliberativo. Tal alquimia es innecesaria e inconveniente”. Indican que es innecesaria puesto que “existe fundamento constitucional para defender la etapa previa de una decisión pública sin recurrir a la retórica del triunfo de los derechos (...) No es razonable sostener que las comunicaciones son privadas, secretas e inviolables para posteriormente protegerlas por la decisión pública que entrañan”. Luego, es inconveniente, puesto que implica le imponen limitaciones al legislador que van más allá de lo preceptuado por el artículo 8° de la Constitución. “Si todo el momento previo a una decisión pública es amparado como un ejercicio de documentos privados, esto es de correos electrónicos, serían simplemente inconstitucionales las leyes que identifican intereses públicos previos al periodo de toma de decisión (como por ejemplo la ley de lobby).”

Con todo, y aunque están por rechazar el requerimiento, afirman que “entienden el estatuto constitucional del derecho al acceso a la información pública, la inviolabilidad de las comunicaciones y el privilegio deliberativo como excepción a la difusión pública de un correo electrónico”.

CAPÍTULO VI: RESOLUCIÓN DE LA CONTROVERSIA JURÍDICA

1. Identificación de los criterios definidos por el Consejo para la Transparencia sobre privilegio deliberativo

El Consejo para la Transparencia ha debido resolver las controversias que se han ido presentando en virtud de las solicitudes de acceso denegadas y los amparos presentados a consecuencia de ello. En dichos pronunciamientos, el Consejo ha ido definiendo los ámbitos que, en su concepto, debiesen quedar libre de intervención de terceros, fundándose para ello en la necesidad de respetar un legítimo espacio de deliberación e intercambio de opiniones por parte de las autoridades y aquellos otros ámbitos donde no justifica la denegación de información, puesto que entiende que no se trataría de un espacio de debate de las autoridades o por las otras razones que detallaremos a continuación.

De la revisión de jurisprudencia efectuada podemos extraer los siguientes presupuestos que justifican, en concepto del Consejo para la Transparencia, la denegación de la información solicitada, invocando el privilegio deliberativo:

- 1) La información requerida debe consistir en un antecedente o deliberación previa a la adopción de una resolución, medida o política;
- 2) La publicidad, conocimiento o divulgación de dicha información debe afectar el cumplimiento de las funciones del órgano. Al respecto, deberá señalarse qué daño le causaría al debido cumplimiento de las funciones del órgano que se trate, la difusión de esta información.
- 3) En relación con el presupuesto anterior, deberá acreditarse un vínculo preciso de causalidad entre el antecedente o deliberación previa de que se trata y la resolución, medida o política a adoptar por el órgano requerido, de manera que sea claro que la primera originará la segunda.
- 4) Debe existir certidumbre de la adopción de la resolución, o al menos “cierto grado de certidumbre”. En este sentido, la causal de secreto o reserva del artículo 21 N° 1 letra b) no puede quedar sometida a una condición meramente potestativa, esto es, no puede depender de la mera voluntad o discrecionalidad del órgano requerido. Por ello, el Consejo señaló que “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”.

5) Adicionalmente, se hace presente que la causal relativa al privilegio deliberativo resulta privativa del órgano requerido de información, pues ha sido establecida en beneficio del ejercicio de sus potestades, no pudiendo un particular sustituir esa valoración o estar en mejor posición que el propio órgano para apreciarla.

2. Identificación de los criterios definidos por el Consejo para la Transparencia sobre publicidad en materia de correos electrónicos

Finalmente, dada la relevancia de los casos de solicitudes de correos electrónicos, cabe acá también mencionar los criterios del Consejo sobre la materia:

a) En primer lugar, los consejeros han distinguido entre los correos relativos al ejercicio de la función pública y aquellos que conciernen a la vida personal de su titular, estimando la mayoría que los primeros tienen carácter público, salvo que se justifique debidamente la concurrencia de una causal legal específica de secreto o reserva.

b) Asimismo, han manifestado que aunque los correos estén relacionados con el ejercicio de una función pública, no resulta conveniente difundir todas las opiniones personales contenidas en ellos, puesto que representa una grave amenaza a espacios de deliberación y privacidad a los que tienen derecho, sin intervención de terceros, en cuanto no prevalezca un claro interés público que justifique optar por la publicidad de dichos juicios o comentarios como sería por ejemplo, el caso en que tales comentarios revelaran prejuicios, animadversión o indicios de discriminación arbitraria. En ello, como vimos, se aparta el Tribunal Constitucional al afirmar que no cabe efectuar un test de proporcionalidad toda vez que la Carta Fundamental ya resolvió, por anticipado, el conflicto. De esta forma, cuando hay un derecho invocado, la reserva vence la publicidad.

c) Por último, destacan que no todas las opiniones vertidas por un funcionario, y menos aquellas expresadas bajo evidente expectativa de reserva del destinatario, pueden considerarse como información pública, puesto que ello afectaría un espacio de privacidad e intimidad constitucionalmente protegido.

El Consejo para la Transparencia ha ido estableciendo estos criterios con el objeto de resguardar por una parte el acceso a la información por parte de la ciudadanía y por la otra, el legítimo interés de las autoridades de mantener un espacio libre de intervenciones en el proceso de adopción de sus decisiones.

En nuestra opinión, la debida ponderación que se haga, caso a caso, de los derechos o intereses que colisionan en ciertas ocasiones, permitirá ir definiendo los ámbitos propios de deliberación de las autoridades y funcionarios públicos, promoviendo la participación de la ciudadanía en las instancias adecuadas o previstas para ello, sin que se afecte el derecho fundamental de acceso a la información pública.

CONCLUSIONES

De la información y consideraciones expuestas en el presente informe jurídico, podemos concluir lo siguiente:

- Sobre qué es información pública

1) El acceso a la información no recae sobre todo lo que hacen o tienen los órganos del estado sino sólo sobre sus actos y resoluciones sus fundamentos y los procedimientos que utilicen.

2) Hay coincidencia en que la información que conforme con la Ley de Transparencia tiene carácter público, consiste en aquellos instrumentos relacionados con un acto administrativo, los cuales producen efectos jurídicos, sus procedimientos y fundamentos.

3) La Ley de Transparencia también considera pública la información que, aún cuando no consiste en un acto administrativo, haya sido elaborada por la Administración (por ejemplo es el caso de los estudios o estadísticas). Con todo, debe tratarse de información relativa a actividades que se encuentran insertas en un proceso formal y que producen efectos jurídicos, pero que no terminarán constituyendo un acto administrativo.

4) Así lo ha reconocido la Contraloría General de la República indicando que no existe derecho de acceso o bien no constituyen documentos del procedimiento, los borradores de opiniones previas a la dictación del acto administrativo final. En el mismo sentido, ha señalado que no procede solicitud de acceso respecto de los borradores o elementos de juicio de carácter interno, que no contienen en sí mismos, una decisión sobre las materias sustantivas que deben ser resueltas a través de pronunciamientos formales del órgano contralor. A mayor abundamiento, no constituirán actos administrativos decisorios ni documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, en los términos que dispone nuestra Constitución.

- Sobre qué es el privilegio deliberativo

5) El privilegio deliberativo constituye una causal de secreto o reserva que exceptúa la difusión pública de un correo electrónico. En esa lógica, el privilegio deliberativo limita legítimamente el acceso a la información pública que se encuentra en poder de los órganos de la administración del

Estado, en cuanto deriva precisamente del deber del Estado de actuar con eficacia y eficiencia, por lo que no dejar espacio a la deliberación de las autoridades puede afectar el debido cumplimiento de las funciones del órgano.

6) En su aplicación, será necesario distinguir entre los fundamentos del acto y el intercambio de opiniones, toda vez que estos últimos quedarán siempre amparados por el privilegio deliberativo, esto es, no serán públicos una vez adoptada la decisión, mientras que los primeros serán públicos una vez adoptada la decisión de que se trate.

7) Lo anterior, no se contradice con lo que otros han sostenido en el sentido de afirmar que la legitimidad del privilegio deliberativo se funda en la difusión pública posterior de la decisión, con la completa identificación de sus fundamentos. Aún asumiendo dicha postura, habrán antecedentes que siempre quedarán cubiertos por el privilegio deliberativo.

8) En síntesis, hay antecedentes que siempre quedarán amparados por el privilegio deliberativo en el entendido que constituyen intercambios previos, opiniones o juicios de valor y sirven para definir lo que posteriormente será una decisión pública. Lo anterior, entendemos que no obsta a que una vez adoptada la decisión en cuestión los fundamentos directos de ésta puedan ser revelados a la ciudadanía.

9) Como mencionamos en nuestro informe, compartimos la idea de que el respeto del privilegio deliberativo fortalece la toma de decisiones por parte de las autoridades, por una parte; y, por la otra, sitúa a la ciudadanía en las instancias adecuadas de participación del debate público, ya sea que se trate de participación en consultas públicas, debate legislativo, etc.

10) Los principales criterios adoptados por el Consejo para la Transparencia que identificamos en materia de privilegio deliberativo se pueden sintetizar en que el contenido de la información requerida debe consistir en un antecedente o deliberación previa a la adopción de una resolución, medida o política y que la publicidad de dicha información debe afectar las funciones del órgano. Adicionalmente, que se debe señalar en qué consiste específicamente dicho daño, acreditando un vínculo preciso de causalidad entre el antecedente o deliberación previa y la medida o política a adoptar por el órgano requerido. Finalmente, cabe señalar que el Consejo exige que exista certidumbre de la adopción de la resolución, o al menos cierto grado de certidumbre y, que esta causal es privativa del órgano requerido, no pudiendo ser invocada por terceros.

11) Sobre el particular y luego de estudiar los criterios del Consejo, somos de la idea de que dicho órgano no debería pronunciarse sobre el mérito de la decisión del servicio que invoca la causal, esto es, no le cabe decidir si beneficiará o afectará las funciones de éste, sino sólo limitarse a evaluar la coherencia de la justificación de la causal de reserva invocada y determinar si ésta se encuentra lo suficientemente acreditada.

- Sobre si los correos electrónicos son información pública

12) Como precisamos en el presente informe, los fundamentos de una decisión son públicos una vez adoptada ésta, lo que no obsta a que hayan documentos que en nuestra opinión (y parte de la doctrina) no son públicos. Así, en principio podría entenderse que la naturaleza de los correos electrónicos de los funcionarios públicos es asimilable a una llamada telefónica y por tanto, no debiese entenderse como información pública. Así las cosas, no forman parte de aquello que la ley de transparencia entrega al conocimiento de la ciudadanía.

13) Ahora bien, hay otros que no zanján a priori dicha discusión sino que distinguen según el contenido del correo electrónico, el cual por tanto, según la materia sobre la que verse, podrá considerarse información pública. Para ello, no serán información pública si contienen o consisten en borradores o elementos de juicio de carácter interno, que no implican en sí mismos una decisión sobre las materias sustantivas que deben ser resueltas a través de pronunciamientos formales de la Administración del Estado. Así también, no constituyen actos administrativos decisivos ni documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial a dichos actos, en los términos previstos en la Constitución y en la Ley de Transparencia. Por el contrario, se tratará de información pública si los correos electrónicos dicen relación con el ejercicio de la función pública que desempeñan.

BIBLIOGRAFÍA

1. ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. Acceso a la información y derechos sociales. En: El umbral de la ciudadanía: el significado de los derechos sociales en el estado social constitucional. 1a. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2006. p. 171-198.
2. ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C. El Acceso a la Información como Derecho. En: GONZÁLEZ F. y VIVEROS F. Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público, Cuadernos de Análisis Jurídico, N° 10, Universidad Diego Portales, 2000, p. 203.
3. ACCESO a la información pública y protección de datos personales. En: La Red Iberoamericana de Protección de Datos: declaraciones y documentos. Director, José Luis Piñar Mañas; Coordinadora Ma. Ángeles Montull Cremades. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p.63-77.
4. ALLESCH PEÑAILLLO, Johann Stefan y OBANDO CAMINO, Iván Mauricio. Los principios de transparencia y publicidad administrativa. En: Jornadas de Derecho Público (24a.: 2004: Santiago, Chile). Actas XXXIV jornadas de derecho público: (25-27 de noviembre de 2004) / Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. 1a. ed. Santiago de Chile: LexisNexis, 2005, p.483-499.
5. BERMÚNEZ SOTO, Jorge y MIROSEVIC VERDUGO, Camilo: “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, Valparaíso, Chile, 2° Semestre, 2008.
6. BIRKINSHAW, Patrick. Government and information: the laws relating to access, disclosure and regulation. London: Butterworths, 1990.
7. CAMACHO G. (2006). “La publicidad y transparencia: nuevos principios de la actuación de los órganos del Estado de Chile”, en “Ensayos Jurídicos Contemporáneos. Testimonios de una Huella Académica”. Editorial Pacífico, Perú.
8. CAMACHO, Gladys: “Las modalidades de la actividad administrativa y los principios que rigen la actuación de la Administración del Estado”, en PANTOJA, R., Derecho Administrativo, 120 años de cátedra, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2008.
9. CEA, José Luis, Derecho Constitucional Chileno, T.I., Universidad Católica de Chile, 2002.
10. COVARRUBIAS, Ignacio y DÍAZ DE VALDÉS, José Miguel: “Algunas experiencias de Derecho Comparado sobre el Derecho de Acceso a la Información Pública en relación a los correos electrónicos de los funcionarios públicos”, acompañado al Tribunal Constitucional en la causa rol 2153-11.

11. CORDERO, Luis: “Delimitando la ley de acceso a la información: los dilemas tras la regulación” en LETELIER, Raúl y RAJEVIC, Enrique (EDS.), *Transparencia en la Administración Pública*, LegalPublishing, Santiago, 2010
12. CORDERO VEGA, Luis: “¿Cuál era el propósito del Congreso al regular el acceso a la información pública? Los límites del artículo 5° de la ley de acceso a la información” en *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae*, Segunda época año I, N° 1-2013.
13. CORDERO, Luis. Informe en Derecho acompañado al Tribunal Constitucional en la causa Rol N°2246-12.
14. CHILE TRANSPARENTE. “Transparencia en el ámbito público y privado: Balance y Desafíos Pendientes”. Pan Impresores Ltda. 2010.
15. ELGUETA, María Francisca y PALMA, Eric. “La Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales”, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, en www.ericeduardopalma.cl
16. Estudio Especial sobre el derecho de Acceso a la Información, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de DDHH, OEA, 2007.
17. EVA PARADA, María José. *El derecho de acceso a la información pública: tratamiento internacional e interno chileno*. Santiago, Chile, 2003.
18. FERNANDEZ, Miguel Angel: *Causales de Secreto o Reserva en Transparencia y Acceso a la información pública en Chile: la modernización que faltaba*, (Hernán Larraín Fernández) Ed. JGE Ltda, 2008.
19. INDACOCHEA, Úrsula, *La Protección de las Deliberaciones Previas a una decisión de gobierno en la Administración Pública (I)* en <http://sumaciudadana.wordpress.com/2012/07/02/la-proteccion-de-lasdeliberacionespreviasa-una-decision-de-gobierno-en-la-administracion-publica-parte-i/>
20. Informe sobre Acceso a la Información Pública y Participación Ciudadana, Fundación Pro Acceso, octubre 2001, en www.proacceso.cl
21. LARRAÍN FERNÁNDEZ, Hernán. *Transparencia y acceso a la información pública en Chile: la modernización que faltaba*. Santiago de Chile: Edit. JGE, 2008.
22. LETELIER, Raúl y RAJEVIC, Enrique (coord.). “Transparencia en la Administración Pública”, Ed. Abeledo Perrot. Primera Edición. 2010.
23. LUQUE RÁZURI, Martín. *El derecho de acceso a la información pública documental y la regulación de la información secreta*. 1a.ed. Lima, Perú.
24. *Manual de Transparencia y Probidad en la Administración del Estado*, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, 2° edición actualizada, enero 2009.

25. Manual sobre Información, Consulta y Participación en la elaboración de las políticas públicas, OCDE, 2001.
26. MASBERNAT, Nancy. Publicación de la discusión del Taller “La ciudadanía a nivel local”, realizado el 10 de noviembre de 1999. Proyecto Estado y generación de espacios democráticos. Disponible en Internet: <http://www.capp.uchile.cl/espdem/ciudadnivellocal>.
27. MYLNARZ, Danae y otros. “Informe sobre acceso a la información pública y participación ciudadana”. Fundación Pro Acceso. 2011.
28. OLMEDO, Juan Pablo: “Acerca del proceso de institucionalización del derecho de acceso a la información pública en Chile” en LETELIER, Raúl y RAJEVIC, Enrique (EDS.), Transparencia en la Administración Pública, LegalPublishing, Santiago, 2010.
29. OLMEDO, Juan Pablo, “Comentarios acerca del derecho de acceso a la información pública” en Hacia una nueva institucionalidad de acceso a la información pública en Chile Fundación PROACCESO. 2008, Santiago.
30. PAVÓN, Andrés y CONTRERAS, Pablo: “La jurisprudencia del Consejo para la Transparencia sobre acceso a la información pública y seguridad de la nación” en Revista Ius et Praxis, Año 18, N° 2, 2012.
31. POBLETE VINAIXA, Julia. Acceso a la información pública. En: Actas de las Terceras Jornadas de Derecho Administrativo. Estudios sobre la ley orgánica constitucional de bases generales de la administración del estado. Eduardo E. Cordero Q. (Coordinador). Santiago de Chile: Universidad de Antofagasta, [2008], p.209-235.
32. RAJEVICH, Enrique. “El primer año de jurisprudencia del Consejo para la Transparencia” en Anuario de la Transparencia 2010, Chile Transparente.
33. RAJEVIC, Enrique, “El Consejo para la Transparencia y sus decisiones: Un panorama sinóptico a 2012”, en Revista de Derecho Universidad Finis Terrae, Segunda época, año I, n°1-2013.
34. RAJEVIC, Enrique: “La Jurisprudencia inicial del Consejo para la Transparencia”, en Revista de Derecho (Consejo de defensa del estado) N° 22, 2009.
35. RAMS RAMOS, L., El derecho de acceso a archivos y registros administrativos, Editorial Reus, Madrid, 2008.
36. Recuento de jurisprudencia del CPLT, por: Alfredo Steinmeyer, abogado, Secretaría Técnica, disponible en: <http://www.consejotransparencia.cl/recuento-de-jurisprudencia-del-cplt/consejo/2011-04-11/104045.html>.
37. SCROLLINI, Fabrizio, Informe sobre Evaluación de la Transparencia, Dirección de Estudios del Consejo para la Transparencia.

38. TELLO, Cristóbal y otros. “Acceso a la información pública: los desafíos del Consejo para la Transparencia” en <http://www.anuariocdh.uchile.cl>
39. VIAL, Tomás, 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, 2010, Universidad Diego Portales.
40. VIVANCO, Ángela: “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 N0 2, pp. 371 – 398, 2008.
41. VIVEROS, Felipe: Mecanismos de Participación Ciudadana en el Diseño, Implementación y Evaluación de Políticas Públicas, Informe ha sido preparado para el Estudio sobre Mecanismos de Participación Ciudadana en el Diseño, Implementación y Evaluación de Políticas Públicas” dirigido por Gonzalo De la Maza y ejecutado por el Programa Ciudadanía y Gestión Pública de la Universidad de Los Lagos, para el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, en <http://www.knowhowchile.cl/KNOWHOWCHILE/wp-content/uploads/downloads/2012/06/MarcoJur%C3%ADdico-Felipe-Viveros.pdf>.
42. Historia de la Ley N° 20.285 de Acceso a la Información Pública
43. Historia de la Ley N° 20.500 sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública
44. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional
45. Jurisprudencia de la Corte Suprema
46. Jurisprudencia de las Corte de Apelaciones
47. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
48. Decisiones del Consejo para la Transparencia
49. Dictámenes de la Contraloría General de la República

ÍNDICE

INTRODUCCION

CAPÍTULO I

EXPOSICIÓN DE LA CONTROVERSIJA JURÍDICA.....7

1. Antecedentes preliminares.....7
2. Descripción de la situación.....8

CAPÍTULO II:

CONSIDERACIONES SOBRE EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

PÚBLICA.....10

1. Antecedentes de la regulación en Chile.....10
2. Marco Constitucional.....14
 - a) El derecho al acceso de información como derecho fundamental.....15
 - b) Alcance de la publicidad.....20
 - c) Breve referencia a las causales de reserva de su justificación.....23
 - i. Afectar el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido.....24
 - ii. Afectar los derechos de las personas.....25
 - iii. Afectar la seguridad de la Nación, por razones de defensa nacional, mantención del orden público o la seguridad pública.....25
 - iv. Afectar el interés nacional.....26
 - v. 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.....26
3. Ley de acceso a la información pública. Mecanismos de acceso a la información pública regulados por ley.....27
 - a) Transparencia Activa.....27
 - b) Solicitudes de acceso a la información pública.....28
 - c) Regulación respecto de los órganos que no forman parte de la Administración Central del Estado.....30

CAPÍTULO III:

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE PARTICIPACIÓN CIUDADANA. MARCO NORMATIVO.....32

1. Los acuerdos internacionales sobre participación ciudadana.....33
 - a) Tratados Internacionales.....33
 - b) Recomendaciones de la OCDE.....35
2. Normativa chilena relativa a la participación ciudadana.....36
 - a) Modificaciones a la ley N° 18.575 Orgánica Constitucional
de Bases de la Administración del Estado.....36
 - b) Regulación relativa a otros órganos que no forman parte
de la Administración central del Estado.....38
3. Relación entre la Ley de Transparencia y la Ley de Participación
Ciudadana. El derecho de acceso a la información pública y
la participación ciudadana en la gestión pública.....39

CAPITULO IV:

CONTENIDO Y ALCANCE DEL PRIVILEGIO DELIBERATIVO.....42

1. Privilegio deliberativo de las autoridades y funcionarios públicos.
Importancia de este espacio de deliberación en la toma de decisiones.....42
2. Privilegio deliberativo en la legislación comparada sobre
acceso a la información pública.....43
3. Reconocimiento del privilegio deliberativo como una
de las causales de reserva de información de la Ley de Transparencia.....46
4. Aplicación de la causal de reserva sobre Privilegio Deliberativo
a los órganos que no forman parte de la administración central del Estado.....51

CAPÍTULO V:

REVISIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA Y OTROS ÓRGANOS.....52

1. Jurisprudencia del Consejo para la Transparencia en materia
de privilegio deliberativo.....52
 - a) Información sobre estudios o informes preliminares.....52
 - b) Conocimiento público de anteproyectos de ley.....54
 - c) Legitimación para invocar la causal de reserva.....56
 - d) Documentos que contengan opiniones personales de los
funcionarios públicos.....56

e) Comunicaciones internas entre funcionarios.....	58
f) Publicidad de los correos electrónicos de las autoridades y funcionarios públicos.....	59
2. Análisis de jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional. Los casos sobre correos electrónicos.....	61
a) La Corte de Apelaciones de Santiago y la Corte Suprema.....	62
b) El Tribunal Constitucional.....	64
CAPÍTULO VI:	
RESOLUCIÓN DE LA CONTROVERSIA JURÍDICA.....	69
1. Identificación de los criterios definidos por el Consejo para la Transparencia sobre Privilegio Deliberativo.....	69
2. Identificación de los criterios definidos por el Consejo para la Transparencia sobre publicidad en materia de correos electrónicos.....	70
CONCLUSIONES:	
- Sobre qué es información pública.....	72
- Sobre qué es privilegio deliberativo.....	72
- Sobre si los correos electrónicos son información pública.....	74
BIBLIOGRAFÍA.....	75