



VALPARAÍSO, 25 de octubre de 2017

VISTO: Lo dispuesto en los artículos 4° y 5°A de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, sexto de la ley N° 20.285 y en los artículos 229, 233, letra d) y 234 del Reglamento del Senado, y

CONSIDERANDO:

I.- Antecedentes sobre el recurso interpuesto:

Reclamo planteado ante la Comisión

1°.- Que, con fecha 23 de marzo de 2017, el Departamento de Informaciones del Senado hizo llegar a esta Comisión el reclamo presentado por doña Nicolle Peña López (correo electrónico nicolle.pe.lopez@gmail.com), en virtud de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, contenida en el artículo primero de la ley N° 20.285, solicitando que se reconsidere la negativa a entregar la información pedida mediante solicitud SOL006411. Dicha negativa se emitió, mediante correo electrónico de 16 de marzo de 2017, por el Departamento de Informaciones del Senado, por orden del señor Secretario General del Senado.

2°.- Que en la petición de información, ingresada el 27 de enero de 2017, la señora Peña señaló: "solicito el informe 'sobre situación de la R. de Antofagasta en seguridad ciudadana', elaborado por Elvira Oyanguren Muñoz para el senador Pedro Araya en noviembre de 2016. Junto a ello, requiero también la 'propuesta de plan estratégico en seguridad ciudadana para la Región de Antofagasta', elaborada por la misma asesora para el senador Araya en diciembre de 2016".

3°.- Que en el correo electrónico de respuesta, emitido el 16 de marzo de 2017, contra el cual se reclama, el Departamento de Informaciones, por orden del Secretario General del Senado, manifestó: "puedo informar a Ud. que, en lo que respecta al informe material que emite un asesor determinado cuando los servicios son prestados por escrito, el Senado se encuentra obligado a reconocer la autoría del emisor del documento, circunstancia por la que no es posible entregarlo a terceros, sin la autorización expresa tanto de su autor como del destinatario.

En tal sentido, fue consultado el Senador Pedro Araya si daba su consentimiento para entregar copia de los informes encargados a la asesora señora Oyanguren, sobre seguridad ciudadana en la Región de Antofagasta, quien señaló que la documentación requerida se refiere a antecedentes previos a la toma de una decisión y que, en



consecuencia, otorga su consentimiento para su entrega, pero una vez terminado el estudio y adoptada la decisión al respecto, estimando el plazo para ello, en aproximadamente nueve meses, ocasión en la que se le hará llegar la información solicitada.”

4°.- Que la peticionaria, luego de reproducir su solicitud y la respuesta recibida, funda su reclamo en las siguientes razones:

“Dado que la entrega en dicho plazo no está garantizada -es de público conocimiento que los tiempos legislativos son flexibles y muchas veces impredecibles- expongo que:

1. La Ley de Acceso a la Información Pública establece el principio de "la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley." El cual es aplicable a la función legislativa en razón del artículo sexto de la Ley 20.285.

2. La resolución SOL006411 señala como causal de denegación de la información una que no tiene fundamento legal ni reglamentario ya que de acuerdo al artículo 20 de la Ley 20.285 la información puede ser denegada sólo cuando afecte derechos de terceros. El hecho de que el informe requerido haya sido realizado por un tercero no es causal legal para denegar la información cuando esta fue producida con fondos públicos y que sirve de fundamento a la actividad de un funcionario de Estado, en este caso, un legislador. Es decir, mal se podrían afectar derechos de los autores cuando se ha producido el informe con fondos públicos y con ocasión del ejercicio de una función pública.

3. Se aduce que el informe requerido sirve de antecedente para una decisión posterior, pero no se señala dentro de qué procedimiento relacionado con la labor legislativa dicha decisión se está adoptando. Es decir, se está invocando una excepción legal sin fundamentar de qué forma dicha excepción se configura en el caso concreto y cómo se justifica que se deniegue el acceso a información que es de carácter público. Lo dicho vulnera además el principio de oportunidad contemplado en el artículo 11 de la Ley 20.285, ya que no se despliegan los esfuerzos necesarios para entregar con celeridad la información. En la resolución se establecen plazos tentativos que no se enmarcan dentro de ningún procedimiento concreto que dé garantías a la ciudadanía de que en algún momento se podrá acceder a la información de forma oportuna y eficaz.

4. En síntesis, se considera pertinente reclamar contra la resolución recaída sobre la SOL006411 por infringir los artículos 3, 4 y 11 de la Ley 20.285 y los artículos 20 y 21 de la misma normativa al



denegarse el acceso a la información pública en función de una interpretación equivocada de las causales contempladas en la legislación. Cabe tener presente que dichas causales son excepcionales y deben ser interpretadas de forma restrictiva. Se solicita a la Honorable Comisión de Ética y Transparencia ordenar la entrega de la información solicitada en la SOL006411 en razón de ser una de carácter público a la cual conforme a la Constitución y las Leyes toda persona tiene derecho a su acceso y conocimiento.”

Tramitación adoptada

5°.- Que esta Comisión tomó conocimiento del reclamo en sesión efectuada el 12 de abril de 2017, oportunidad en la cual, para mejor resolver, acordó solicitar a la Biblioteca del Congreso Nacional que le proporcionara minutas en que se expusieran los principales criterios contemplados en pronunciamientos del Consejo para la Transparencia y los tribunales superiores, así como otros antecedentes, que fuesen de utilidad por su eventual aplicabilidad al caso de informes evacuados por asesores externos contratados para los parlamentarios por alguna de las ramas del Congreso Nacional.

6°.- Que, con fecha 28 de abril y 3 de mayo de 2017, la Asesoría Técnica Parlamentaria de la Biblioteca del Congreso Nacional, por medio de sus abogados especialistas señores Guido Williams y James Wilkins, acompañaron tres minutas, relativas al acceso a la información pública, el privilegio deliberativo, el alcance del artículo 8, inciso segundo, de la Carta Fundamental y la doctrina del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, así como la relación entre la titularidad de los derechos de propiedad intelectual y el acceso a la información contenida en obras protegidas.

7°.- Que, en la misma sesión de 12 de abril, la Comisión acordó consultar a la Fiscalía del Senado sobre la contratación de la asesora externa señora Oyanguren, y al Departamento de Finanzas la circunstancia de que copia de los informes que ella hubiese emitido a solicitud del Honorable Senador señor Araya obrase en poder de dicho Departamento.

8°.- Que, de acuerdo a la información que consta en la Fiscalía del Senado, durante los meses de noviembre y diciembre de 2016, oportunidades en que se evacuaron esos informes, la señora Elvira Oyanguren Muñoz estaba contratada por el Senado, con cargo a la asignación de asesoría externa del Honorable Senador señor Pedro Araya Guerrero.

Por otra parte, conforme a los antecedentes con que cuenta el Departamento de Finanzas del Senado, en su oportunidad, se



depositó en dicha unidad copia de los siguientes documentos, junto con las respectivas boletas de honorarios profesionales:

a) “Diagnóstico y análisis de la seguridad ciudadana en la Región de Antofagasta”, de Elvira Oyanguren, de noviembre 2016, que consta de 110 páginas, y está dividido en cinco capítulos, y

b) “Propuesta de Plan Estratégico en Seguridad Ciudadana para la región de Antofagasta y análisis caso migrantes”, de Elvira Oyanguren, de diciembre de 2016, compuesto de 166 páginas, dividido en siete capítulos.

La entrega de ambos trabajos por la señora Oyanguren figura dentro de la información que se publica en la página web del Senado, sección Transparencia, en la parte relativa al uso mensual de la asignación de Asesorías Externas de cada Senador.

9°.- Que, mediante Oficio C.E.T. N° 19/2017, de 21 de junio de 2017, la Comisión solicitó al Honorable Senador don Pedro Araya individualizar el proceso de toma de decisión a que alude la respuesta entregada a la reclamante y proporcionar los demás antecedentes que estime conveniente sobre la materia. Dicha petición fue reiterada por medio de Oficio C.E.T. N°22/2017, de 17 de julio de 2017.

Informe del Honorable Senador señor Araya

10.- Que, mediante nota de 19 de julio de 2017, el Honorable Senador señor Araya evacuó el traslado conferido, manifestando que no procede la entrega de dichos informes, al menos por ahora, por los argumentos que se resumen a continuación:

I.- En cuanto al deber de entregar dicha información

1.- El señor Senador recuerda lo dispuesto en el artículo 8° de la Carta Fundamental, destacando que, “como se puede advertir de su inciso segundo, la publicidad está dada respecto de “*actos y resoluciones de los órganos del Estado y de sus fundamentos*”. En el presente caso no está frente a ningún acto o resolución por parte de un órgano del Estado, sino de un informe que puede o no dar lugar a un acto o resolución, que, en este caso, podría ser un proyecto de ley, oficios dirigidos a distintas instituciones públicas, gestiones realizadas ante estas últimas, propuestas dirigidas al Ejecutivo, entre tantas otras propias de la labor parlamentaria.”

Apunta que, de acuerdo a diversos fallos del Tribunal Constitucional, “el concepto de información no es un concepto que



utilice la Constitución, sino que fue incorporado por la Ley N° 20.285, regulando el derecho a solicitar y recibir información pública, pero siempre respecto de la Administración del Estado. De este modo, esta norma no obliga de manera alguna a los órganos públicos de la Administración del Estado a entregar toda la información que obre en su poder.

Es decir, aún no estamos frente a un supuesto en que dicha información deba publicarse, toda vez que no existe el acto o resolución a que da lugar, y de todas maneras, el deber de entregar información no se encuentra expresamente descrito en este precepto constitucional.”

2.- A continuación, el señor Senador examina el artículo sexto de la ley N° 20.285, sobre Transparencia de la Función Pública, aplicable al Congreso Nacional, y los artículos 3, 4 y 7, a los cuales se remite.

Destaca que, “tal como se señaló a propósito de la disposición constitucional antes citada, el artículo 3 de esta ley señala expresamente que se refiere al conocimiento de los *“procedimientos, contenidos y decisiones que se adopten”*, es decir, se requiere que se haya adoptado una decisión para que estos antecedentes deban ser dados a conocer, y no, una decisión no adoptada, tal como pretende la solicitante.

Por su parte, el artículo 4° señala la regla general de sujeción al principio de transparencia de la función pública, sin embargo, luego de ello, señala que el acceso a tal información se debe realizar *“a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley”*, es decir, no se trata de una publicidad absoluta, sino que esta se debe encontrar regulada, en cuanto a contenido y procedimiento en la ley, a fin de permitir el acceso a la misma.

Luego, el artículo 7, al cual las Cámaras deben dar aplicación según el artículo sexto antes citado, señala el deber de transparencia activa, enunciando aquella información que debe ser publicada en la página web institucional, entre la que no se encuentra claramente, la solicitada por la reclamante.”

3.- En relación con el artículo 5° A de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, el Honorable Senador señor Araya concluye que su inciso tercero *“señala expresamente la norma en comento, que la publicidad está dada respecto de “actos y resoluciones que adopten”, y no de aquellas que no se adopten o que se esté estudiando si se adoptan.*

Además, se circunscribe esta publicidad a aquellos actos y resoluciones adoptadas en ejercicio de sus funciones de



Sala y Comisión, no siendo los referidos informes, fundamento alguno de actos ni resoluciones adoptadas aun en tales instancias.

Prosigue el artículo señalando una serie de documentos que son públicos, el momento desde el cual lo son y otros que no lo son, sin señalar en parte alguna, la publicidad de los informes entregados por los asesores externos a los senadores, cuando éstos no han sido utilizados o su contenido se encuentra en estudio.”.

4.- El Senador señor Araya añade que, en virtud del artículo 233 del Reglamento del Senado, “la Comisión de Ética y Transparencia tiene por función conocer de estos reclamos, pero siempre partiendo del presupuesto de que se trata de información pública. Es decir, la Comisión está encargada de sustanciar el procedimiento por el reclamo, pero no es la encargada de establecer que tal o cual documento es información pública ya que dicha labor corresponde a la ley.

No existiendo norma alguna en el estatuto especial que rige al Congreso Nacional, y en especial al Senado de la República, relativa a los informes emitidos por asesores externos, antes de que estos sean utilizados, es que no procede acoger el reclamo formulado por cuanto dicho reclamo parte de un supuesto erróneo, esto es, que se trata de información pública, en circunstancias que no lo es, ya que la ley no le ha dado ese carácter a los referidos informes.”

5.- Sostiene: “en síntesis, de todas las normas constitucionales y legales citadas, se sigue que la aplicación de la Ley de Acceso a la Información Pública no se aplica de manera tajante respecto del Poder Legislativo, sino que ello debe interpretarse armónicamente con las otras normas que regulan la materia, las cuales constituyen un conjunto de normas especiales que regulan la orgánica y el funcionamiento del Congreso Nacional.”

II.- En cuanto al reclamo de doña Nicolle Peña

1.- Afirma el señor Senador que “ella parece hacer extensivo al Congreso Nacional, e incluso más, a la función legislativa (que abarca también al Ejecutivo en cuanto órgano legislador), la Ley sobre Acceso a la Información Pública, lo que no es correcto a la luz del mismo artículo sexto señalado. Señala que la negativa no tendría fundamento legal ni reglamentario por contravenir el artículo 20 de la Ley N° 20.285, lo cual según se ha expuesto, no resulta aplicable al Congreso Nacional, por cuanto éste cuenta con normas especiales que constituyen su estatuto propio.”

2.- El Senador señor Araya prosigue exponiendo que el reclamo “adicionalmente, funda la necesidad de publicar los documentos solicitados en razón de haber sido producidos con fondos



públicos y que sirven de fundamento a la actividad de un funcionario de Estado. Sobre este punto, destacar que la publicidad de un documento no está dada por la proveniencia de los recursos destinados a financiarlos, sino de la propia ley. Además, como se ha venido señalando en la presente, además de lo ya señalado en la denegación de acceso, esta información no ha servido de fundamento para la actividad parlamentaria aún, y eso es precisamente lo que justifica la no entrega del mismo.

“Continúa señalando que no se señala dentro de qué procedimiento se enmarcaría la decisión que se pretende adoptar con la información contenida en dicho informe. Lo anterior no es sino desconocer la forma en cómo se realiza la labor parlamentaria. En este sentido, no existen procedimientos ni cauces legalmente reglados en cuanto a la adopción, redacción o concreción de proyectos de ley, ni menos aún respecto de oficios, gestiones u otras labores que desempeña el parlamentario en el cometido que constitucionalmente les corresponde.”

3.- Por otro lado, advierte el señor Senador que el reclamo añade que se “vulneraría el artículo 11 de la Ley N° 20.285, el cual tampoco se encuentra dentro de las normas aplicables al Congreso Nacional.

Sin perjuicio de ello cabe tener presente que cada Senador decide libremente el momento en el cual presenta un determinado proyecto de ley, redacta oficios dirigidos a distintas instituciones públicas, o realiza gestiones antes estas últimas, o formula propuestas dirigidas al Ejecutivo, entre otras tantas propias de la labor parlamentaria, por lo que la requirente no puede forzar esa decisión en ningún caso. Como consecuencia de lo anteriormente señalado los antecedentes que un Senador utilice para la elaboración de un proyecto de ley, o para formular propuestas dirigidas al Ejecutivo, no pueden adquirir el carácter de públicos si es que aún no se toma la referida decisión, y al contrario de lo que piensa la requirente, el principio de oportunidad no se encuentra vulnerado, ya que, la decisión aún no encuentra tomada.

Entregar los antecedentes previos a la toma de la decisión significaría vulnerar el proceso de reflexión que deben tener las distintas autoridades en la toma de decisiones.”

4.- “Concluye la reclamante señalando que esta negativa afectaría los artículos 3, 4, 11, 20 y 21 de la Ley N° 20.285. Como se ha señalado, las únicas normas antes señaladas aplicables en la especie, son los artículos 3 y 4, sin embargo, como se ha venido señalando, no se ha adoptado ningún acto, resolución ni decisión alguna respecto de los informes antes referidos, razón por la cual, no procede la publicidad de tales informes.

Adicionalmente, señalar que la información contenida en ambos informes, a ser relativa a seguridad ciudadana,



contienen información sensible y que puede afectar de manera considerable las políticas en materia de seguridad pública de la Región de Antofagasta, afectando la seguridad de la población e incluso de las policías y demás órganos encargados de la persecución penal y de la seguridad pública.”

5.- El señor Senador indica que, “finalmente, tal como señaló la Oficina de Informaciones” (...), “cuando los servicios son prestados por escrito, el Senado se encuentra obligado a reconocer la autoría del emisor del documento, circunstancia por la que no es posible entregarlo a terceros, sin la autorización expresa tanto de su autor como del destinatario”. Sin embargo, a continuación sólo se refiere a la respuesta otorgada por mi persona, dejando de lado el consentimiento que expresamente, debería otorgar la autora de los documentos, el cual según entiendo, tampoco ha sido otorgado.”

El Honorable Senador señor Araya termina solicitando el rechazo del reclamo deducido por la señora Nicolle Peña y pidiendo se le reciba en audiencia.

11.- Que, en sesión celebrada el 16 de agosto de 2017, la Comisión escuchó la exposición del asesor del Comité Partido Demócrata Cristiano e Independiente don Robert Angelbert, quien desarrolló los planteamientos consignados en la nota del Honorable Senador señor Araya en representación del señor Senador. En sesión de 6 de septiembre, a la cual se excusó de concurrir el Honorable Senador señor Guillier, la Comisión examinó las diversas consideraciones de derecho que serían aplicables, así como las circunstancias de hecho invocadas, luego de lo cual acordó, para mejor resolver, invitar a la siguiente sesión al Senador señor Araya.

Cuestión previa

12.- Que, en la sesión de 13 de septiembre en curso, como cuestión previa, el Honorable Senador señor Guillier manifestó a la Comisión que estaba evaluando adoptar la decisión de inhabilitarse para continuar debatiendo y votar este reclamo, debido a los cuestionamientos públicos de que ha sido objeto el contenido de algunas minutas preparadas por uno de sus asesores externos, que entregó voluntariamente, junto con numerosos otros documentos, frente a una solicitud de acceso a la información que se presentó al Senado.

Los demás integrantes de la Comisión, señores De Urresti, García Ruminot, Larraín y Walker (don Ignacio), señalaron que entendían las razones de prudencia que motivaban esa reflexión del Senador señor Guillier y respetarían la decisión que adoptara en definitiva. Sin perjuicio de ello, dejaron constancia de que discrepaban de su pertinencia, porque no se configuran los elementos establecidos en el artículo 5°B de la



Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional y 8° del Reglamento del Senado, que exige la concurrencia de un interés directo o personal en el asunto de que se trate (o que lo tenga alguno de los familiares que menciona), y que dicho asunto no sea de índole general que interese al gremio, profesión, industria o comercio a que pertenezca el parlamentario, requisitos ambos que no se reúnen en este caso.

Agregaron que, además, en la especie se trata de resolver la procedencia o improcedencia de entregar determinada información, lo que nunca se planteó en la situación aludida por el Senador señor Guillier, ya que éste no rechazó, sino que, por el contrario, aceptó que se proporcionara la información que se requería y ha sido precisamente debido a esa publicidad que se pudo plantear reparos al contenido de algunos de esos documentos. Solicitaron al Senador señor Guillier que reconsiderara la medida anunciada, ya que a los motivos expresados se suma el efecto que la ausencia de un integrante de la Comisión podría producir en el quórum requerido para adoptar acuerdos, que es superior al de la generalidad de las Comisiones, y de esa manera, en la posibilidad de resolver el reclamo sometido al pronunciamiento de la Comisión.

El Honorable Senador Guillier aceptó, señalando que no deseaba afectar el normal funcionamiento de la Comisión, en especial teniendo presente que todos los demás señores integrantes coinciden en que no le afecta ninguna causa de impedimento o inhabilidad. En esa virtud, continuó participando en el debate y votación de este reclamo.

Allanamiento parcial al recurso

13.- Que, a continuación, en la referida sesión efectuada el 13 de septiembre, se invitó a ingresar al Honorable Senador señor Araya. El señor Senador, además de detenerse en la situación específica sometida al conocimiento de la Comisión, así como de otras solicitudes de acceso a la información recaídas sobre informes que han elaborado sus asesores, puso de relieve la necesidad de que se establecieran criterios generales sobre la publicidad de tales documentos, teniendo en vista las particularidades del proceso legislativo.

Al concluir su exposición, se le formularon consultas por los señores integrantes de la Comisión, referidas en especial a las razones que motivaron la negativa a entregar los informes solicitados.

El Honorable Senador señor Araya diferenció la situación de los dos informes requeridos.

Sobre el “Diagnóstico y análisis de la seguridad ciudadana en la Región de Antofagasta”, de doña Elvira Oyanguren, de noviembre de 2016, manifestó que recopila, sistematiza y evalúa



antecedentes sobre las políticas públicas en materia de seguridad ciudadana para luego desarrollar un diagnóstico de ésta en la Región de Antofagasta. Sobre esa base fue posible elaborar el siguiente informe de la misma autora, de diciembre de ese año, denominado “Propuesta de Plan Estratégico en Seguridad Ciudadana para la Región de Antofagasta y análisis caso migrantes”.

Hizo presente que, atendida la diferente naturaleza de los informes, no tiene inconvenientes en que se entregue el primero de ellos. En cambio, mantiene su negativa a la entrega del segundo, que contiene propuestas determinadas sobre la materia. Entre otros aspectos, examina la situación de los migrantes y aporta elementos de juicio que serán de utilidad para examinar el proyecto de ley que ha presentado el Supremo Gobierno sobre el particular, formarse opinión a su respecto y elaborar las indicaciones que estime convenientes. Además, ese informe examina los componentes que debería tener un plan de seguridad ciudadana para Antofagasta, aportando datos que darán lugar a diferentes oficios, en los cuales efectuará planteamientos y recabará antecedentes de varias autoridades.

14.- Que, aceptada por el Honorable Senador señor Araya la entrega del informe “Diagnóstico y análisis de la seguridad ciudadana en la Región de Antofagasta”, de doña Elvira Oyanguren, de noviembre de 2016, la Comisión acordó disponer su entrega sin más trámite y circunscribir su análisis a la negativa a proporcionar el informe “Propuesta de Plan Estratégico en Seguridad Ciudadana para la región de Antofagasta y análisis caso migrantes”, de la misma autora, de diciembre de 2016.

En consecuencia, concluida la ronda de preguntas, el Honorable Senador señor Araya se retiró de la sala con la venia de la Comisión, la que retomó el debate iniciado.

II.- El derecho de acceso a la información pública y los principios de publicidad y transparencia

15.- Que nuestro ordenamiento jurídico consagra el derecho de acceso a la información pública y su correlación con los principios de publicidad y transparencia de la información en poder del Estado, tanto desde su vertiente internacional como desde el punto de vista de la normativa nacional.

El ordenamiento internacional vigente en Chile

16.- Que, en relación con el derecho internacional sobre derechos humanos, el artículo 5° inciso segundo, de la Constitución Política declara que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la persona humana, y



establece como deber constitucional de todos los órganos estatales *“respetar y promover tales derechos, garantizados por la Constitución, como asimismo por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”*.

Las obligaciones de respetar y promover tales derechos se ven reforzadas por lo dispuesto en el artículo 54 N° 1, inciso quinto, de la Constitución, conforme al cual *“Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional”*.

En el ámbito internacional, tales deberes han de acatarse de acuerdo a los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, promulgada mediante decreto supremo N° 381, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 1981, publicado el 22 de junio de ese año. De acuerdo con esas reglas, *“todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”* y *“una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”*.

17.- Que, en consecuencia, a partir de la obligación de respetar y promover los derechos garantizados por los tratados internacionales, ratificados y vigentes en nuestro país, es indispensable considerar los estándares a que se ha comprometido internacionalmente el Estado de Chile al examinar el reclamo sometido a esta Comisión.

En más de una ocasión, se han fundamentado requerimientos ante el Excmo. Tribunal Constitucional invocando *“el mandato constitucional del artículo 5°, inciso segundo, de la Carta Política, que consagra el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. En la especie, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos”*.

Al respecto, el Excmo. Tribunal Constitucional ha sostenido que, *“entonces, la significación de tales derechos en los referidos instrumentos no puede desatenderse en el presente juzgamiento, sea que se estime su aplicación directa como norma fundante del bloque constitucional de derechos, sea que se entienda su contenido como una referencia o elemento interpretativo determinante en la plena acepción de los derechos involucrados que reconoce la Constitución Política”*.

Sobre esa base, ha entrado a examinar la jurisprudencia de *“la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete*



auténtico de la aludida convención”. (Sentencia Rol N° 2493, de 6 de mayo de 2014, considerandos sexto, séptimo y octavo, respectivamente).

18.- Que, dentro de este contexto, cabe señalar que la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en París, el 10 de diciembre de 1948, mediante Resolución 217 A (III), estableció, en su artículo 19, que “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; *este derecho incluye* el de no ser molestado a causa de sus opiniones, *el de investigar y recibir* informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.”

Más tarde, pero hace alrededor de cincuenta años, dos instrumentos internacionales, uno aprobado en el marco de las Naciones Unidas y otro en el ámbito americano, confirmaron que, para que pueda ejercerse con real plenitud la facultad de opinar y difundir las ideas y hechos propios y ajenos, es preciso reconocer la existencia de un elemento que forma parte de su núcleo esencial.

Se trata del acceso a la información, configurado igualmente como la libertad de *buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole*, en virtud, por una parte, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y, por otro lado, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada “Pacto de San José de Costa Rica”, de 22 de noviembre de 1969.

18.1.- El artículo 19, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que se incorporó a nuestro ordenamiento interno mediante decreto N° 778, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 30 de noviembre de 1976 (publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1989), prescribe que:

“2. 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.”

18.2.- El artículo 13, párrafo 1, del Pacto de San José de Costa Rica, o Convención Americana de Derechos Humanos, promulgado por decreto supremo N°873, de Relaciones Exteriores, de 1990, establece, por su parte:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de



fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.”

19.- Que, siempre dentro del ámbito de los compromisos internacionales de nuestro país, pero enfocada desde el punto de vista de los órganos del Estado, fue surgiendo posteriormente la necesidad de poner de relieve a la transparencia como un mecanismo idóneo para cautelar la probidad de los agentes públicos y combatir eficazmente la corrupción.

Ello, por cuanto la transparencia, entre otras manifestaciones, consiste en *publicar información, incluida la relativa a la organización, el funcionamiento, los procesos de adopción de decisiones y sobre las decisiones y actos jurídicos que incumban al público.*

En ese sentido se orientan las disposiciones de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, adoptada en Caracas, Venezuela, con fecha 29 de marzo de 1996, que se promulgó por decreto N° 1879, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 29 de octubre de 1998 (publicado en el Diario Oficial de 2 de febrero de 1999). Asimismo, las normas de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada en Nueva York el 31 de octubre de 2003.

19.1.- Por su carácter más explícito en la materia que interesa, es útil detenerse en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, promulgada mediante decreto N° 375, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 23 de noviembre de 2006 (publicado en el Diario Oficial de 30 de enero de 2007), en especial en sus artículos 10 y 13.

El artículo 10 declara que, *“Habida cuenta de la necesidad de combatir la corrupción, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará las medidas que sean necesarias para aumentar la transparencia en su administración pública, incluso en lo relativo a su organización, funcionamiento y procesos de adopción de decisiones, cuando proceda. Esas medidas podrán incluir, entre otras cosas:*

a) La instauración de procedimientos o reglamentaciones que permitan al público en general obtener, cuando proceda, información sobre la organización, el funcionamiento y los procesos de adopción de decisiones de su administración pública y, con el debido respeto a la protección de la intimidad y de los datos personales, sobre las decisiones y actos jurídicos que incumban al público;

b) La simplificación de los procedimientos administrativos, cuando proceda, a fin de facilitar el acceso del público a las autoridades encargadas de la adopción de decisiones; y



c) La publicación de información, lo que podrá incluir informes periódicos sobre los riesgos de corrupción en su administración pública.”

Por su parte, el artículo 13 de la Convención consagra el compromiso de los Estados Partes de fomentar la participación activa de personas y grupos que no pertenezcan al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones con base en la comunidad, en la prevención y la lucha contra la corrupción, y para sensibilizar a la opinión pública con respecto a la existencia, las causas y la gravedad de la corrupción, así como a la amenaza que ésta representa. Esa participación debería reforzarse con medidas como las siguientes:

“a) Aumentar la transparencia y promover la contribución de la ciudadanía a los procesos de adopción de decisiones;

b) Garantizar el acceso eficaz del público a la información;”

“d) Respetar, promover y proteger la libertad de buscar, recibir, publicar y difundir información relativa a la corrupción.”

20.- Que, por consiguiente, ambos grupos de instrumentos internacionales, no obstante su distinto origen conceptual, emanado uno de los derechos individuales y el otro de la organización y funcionamiento de los órganos públicos, coayduvan a la consecución de un objetivo común superior, que puede definirse como el perfeccionamiento del sistema democrático.

20.1. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en diversos fallos, ha destacado el contenido del derecho de acceso a la información pública y su correlación con los principios de publicidad y transparencia de la información en poder del Estado:

“64. En cuanto al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, a saber: ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.”



“67. La Corte considera que *ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea* para dar efectividad total al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en los términos previstos por el artículo 13 de la Convención.” (Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001; Caso Ivcher Bronstein vs. Perú, Sentencia de 6 de febrero de 2001, considerandos 146 y 149; Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentencia de 2 de julio de 2004, considerandos 108 y 111).

“112. La Corte Interamericana en su Opinión Consultiva OC-5/85, hizo referencia a la estrecha relación existente entre democracia y libertad de expresión, al establecer que [...] *la libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática*. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, *quienes deseen influir sobre la colectividad* puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que *la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones esté suficientemente informada*. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre. (Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentencia de 2 de julio de 2004; caso “Claude Reyes y otros vs. Chile”, sentencia de 19 de septiembre de 2006, considerando 85).

“127. El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual debe existir un margen reducido a cualquier restricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés público.” (Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentencia recién citada).

De allí que, en la sentencia de 19 de septiembre de 2006, recaída en el caso “Claude Reyes y otros vs. Chile”, señaló 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. (considerando 84)

Afirmó que, “En este sentido, el actuar del Estado debe encontrarse regido por *los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales*, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. El acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede *permitir la*



participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso.”.(considerando 86)

En consecuencia, en la parte final del razonamiento 77 del fallo aludido, que luego reproduce en el considerando 197 de la sentencia de 24 de noviembre de 2010, pronunciada en el caso “Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, la Corte desvincula el reconocimiento del derecho del interés directo del peticionario:

“Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea.”.

21.- Que, como se puede apreciar, las Convenciones mencionadas transitan de un deber de actuación frente a un requerimiento de información que se le haga, a una obligación de actuación por propia iniciativa, convencidas de la necesidad de utilizar la transparencia activa como mecanismo de protección de la forma de convivencia democrática, al desalentar la corrupción y facilitar los medios para detectarla y sancionarla.

De allí que proclaman *“el acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público”*, como reconoce la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero, todavía más allá, instituyen el deber del Estado de *proporcionar la información relevante*, entre otras materias, sobre su organización, funcionamiento, procesos de toma de decisiones y actos jurídicos, *sin que medie requerimiento o solicitud de ninguna persona*, de acuerdo a los mandatos de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

La regulación constitucional

22.- Que, en el catálogo de derechos que contempla el artículo 19, su numeral 12, inciso primero, la Constitución Política asegura a todas las personas *“La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado.”.*



El Excmo. Tribunal Constitucional ha declarado “Que, si bien el texto definitivo de la Constitución de 1980 no recogió el referido inciso del anteproyecto constitucional que fue eliminado en el Consejo de Estado y, si bien en la letra de la Ley Fundamental no aparece consagrado expresamente *el derecho a recibir las informaciones, éste forma parte natural y se encuentra implícito en la libertad de opinión y de informar*, porque de nada sirven estas libertades si ellas no tienen destinatarios reales.” (Sentencia Rol N° 226, de 30 de octubre de 1995, considerando 19°)

Asimismo, sostuvo más adelante que “*el derecho a acceder a las informaciones que obran en poder de los órganos del Estado forma parte de la libertad de expresión que, entre nosotros, se encuentra consagrada en el artículo 19 N° 12 de la Carta Fundamental*”.

“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” (Sentencia Rol N° 634-2006, de nueve de agosto de dos mil siete, considerando 9°).

Es dable consignar que la Excmo. Corte Suprema ha hecho suyo ese razonamiento: “La Constitución Política asegura el derecho de acceso a la información pública como una manifestación de la libertad de información (artículo 19 N° 12), el que se encuentra reconocido en la Carta Fundamental -aunque no en forma explícita- como un mecanismo esencial para la plena vigencia 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, sin perjuicio que representa además un efectivo medio para el adecuado ejercicio y defensa de los derechos fundamentales de las personas.” (Sentencia de 15 de enero de 2014, recaída en los autos Rol N° 7484-2013, considerando quinto. Reitera fallo de 31 de diciembre de 2012, recaído en los autos Rol N° 7.351-2012, considerando segundo).

23.- El marco jurídico reseñado se integra con el artículo 8°, inciso segundo, de la Constitución Política, ubicado dentro del Capítulo I, “Bases de la institucionalidad”, establece 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.”

Este inciso exterioriza, al referirse a las decisiones de mayor relevancia de los órganos del Estado, cuales son los actos que innovan en el ordenamiento jurídico, el principio de publicidad que orienta la generalidad de las actuaciones de los órganos públicos y que comprende, desde luego, a los de menor relevancia normativa.

El principio de publicidad de los actos del Estado es el correlato del derecho de acceso a la información que obra en poder del mismo Estado. Ello explica que el Excmo. Tribunal Constitucional coincida con la finalidad que la Corte Interamericana de Derechos Humanos asigna al derecho de acceso a la información pública.

De acuerdo al Excmo. Tribunal Constitucional, “su propósito es *garantizar un régimen republicano democrático*; además, que se *garantice el control del poder*, obligando a las autoridades a responder a la sociedad por sus actos y *dar cuenta* de ellos; también, *promover la responsabilidad de los funcionarios* sobre la gestión pública; y, finalmente, *fomentar una mayor participación de las personas* en los intereses de la sociedad (STC 634/2007, 1732/2011, 1800/2011, 1990/2012).” (Sentencias en autos Rol N° 2153-11, de 11 de septiembre de 2012, considerando décimoquinto y Rol N° 2246-2012, de 31 de enero de 2013, considerando vigésimosegundo).

23.1. Es conveniente destacar, en primer lugar, que el inciso da rango constitucional a un principio y no constituye una regla de publicidad, en sentido estricto. Es decir, consagra una idea jurídico-política que busca resguardar determinados bienes jurídicos valiosos para la institucionalidad, pero no conforma un mandato u orden imperativa absoluta. Una demostración de ello es la mención que hace enseguida de otros bienes constitucionalmente valiosos, a cuya protección están asimismo obligados los órganos del Estado, pero que, desde el punto de vista de la publicidad, se aprecian como restricciones o limitaciones a este principio. Es precisamente la ponderación de éste con los otros valores y principios, que también informan la organización y la actividad de los órganos públicos, lo que permite determinar el alcance que debe darse a cada uno de ellos.

De allí que el Excmo. Tribunal Constitucional haya advertido que “dicho derecho no tiene carácter absoluto (STC 634/2007, 1732/2011, 1800/2012, 2153/2012). *La publicidad es necesaria para el bien común, pero debe hacerse respetando los derechos que el ordenamiento establece (STC 1990/2012) y otros principios, como el principio de*



servicialidad del Estado (STC 1892/2011). Es lícito, en consecuencia, que el legislador, invocando o teniendo en cuenta las causales que la Constitución establece para calificar el secreto o reserva, cree excepciones a dicha publicidad (STC 1990/2012)". (Sentencia Rol N° 2246-2012, de 31 de enero de 2013, considerando vigésimo segundo) .

Desarrollando esa idea, expuso: *"el carácter secreto o reservado de un acto puede generar un espacio para cautelar otros bienes jurídicos que la Constitución estima tan relevantes como la publicidad. En el lenguaje de la Constitución, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación, el interés nacional, o el debido cumplimiento de las funciones de los órganos, están a este nivel. Por lo mismo, deben ser respetados y considerados.*

Los órganos de la Administración del Estado tienen como labor primordial "promover el bien común, atendiendo las necesidades públicas en forma continua o permanente y fomentando el desarrollo del país" (artículo 3° de la Ley N° 18.575), lo cual debe llevar a cabo "con pleno respeto a los derechos y garantías" que la Constitución establece (artículo 1° de la Constitución Política de la República). En este sentido, *éstos deben actuar con publicidad, pero ésta no es la única finalidad de la Administración. Para la labor que se le encarga, la Administración debe observar una serie de principios. Entre éstos 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." (Sentencia Rol N° 2379-13, de 29 de enero de 2014, considerando vigésimo séptimo)

23.2. En segundo término, cabe señalar que el inciso segundo en cuestión consagra el principio de publicidad, contrapartida del derecho de acceso a la información pública y, por lo mismo, más circunscrito que el de transparencia, del que forma parte. La publicidad señala el ámbito de la información pública y los causales de reserva que permiten al Estado excusarse de proporcionarla, en forma congruente con el derecho de acceso, el cual exige que tal información se ponga a disposición de las personas que la soliciten, de no mediar tales causales. La transparencia, por su parte, reclama además que el Estado cumpla un papel proactivo para dejar disponible la información, mediante el cumplimiento de las obligaciones de transparencia activa, la utilización de datos abiertos y otros mecanismos.

Es el alcance que se infiere, además, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, cuyo artículos 10 y



13 promueven la transparencia en un sentido amplio, que incluye *la publicación de información*, comprometen a los Estados Partes a *garantizar el acceso eficaz del público a la información* y, además, los obligan a *respetar, promover y proteger la libertad de buscar, recibir, publicar y difundir información relativa a la corrupción*.

Por tal motivo, el Excmo. Tribunal Constitucional ha dicho “que la Ley de Acceso a la Información Pública establece dos mecanismos de transparencia. Uno, denominado transparencia activa, consiste en la obligación de los órganos públicos de difundir o poner a disposición del público determinada información. Y, en segundo lugar, se contempla la llamada transparencia pasiva, traducida en la obligación de entregar determinada información a los ciudadanos cuando éstos la soliciten.” (Sentencia Roles N°s 1732-10 y 1800-10 acumulados, de 21 de junio de 2011, considerando décimooctavo).

El Tribunal Constitucional ha aludido a la noción más amplia de transparencia también en otras ocasiones. En una de ellas se refirió a sí mismo y a los tribunales que integran la justicia electoral, señalando que “el debido acatamiento de ellos al principio de publicidad y transparencia consagrado en el artículo 8° de la Constitución se satisface adecuadamente con la divulgación de sus resoluciones jurisdiccionales y *de otros antecedentes relevantes de su quehacer, en los términos que contempla el artículo 7° de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado*, que el mismo Artículo Noveno del proyecto en examen hace aplicable a esos órganos” (Sentencia Rol 1051-08, de 10 de julio de 2009, considerando cuadragésimosexto).

Más tarde, se pronunció sobre la constitucionalidad del nuevo artículo 71 que se intercalaba en la Ley N° 18.575, en virtud del cual “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”. El Tribunal lo declaró “conforme a la Constitución Política, en el entendido que *lo que en él se establece guarda correspondencia con la obligación de transparencia contemplada para todos los órganos del Estado en el artículo 8° de la Carta Fundamental y en la Ley sobre Acceso a la Información Pública –N° 20.285–*”. (Sentencia Rol N° 1868-10, de 20 de enero de 2011, considerando decimoséptimo)

23.3. Las circunstancias reseñadas permitieron el Excmo. Tribunal Constitucional afirmar que “el artículo 8° de la Constitución Política, introducido por la reforma constitucional de agosto de 2005 (Ley N° 20.050), *consagró los principios de probidad, publicidad y transparencia* en la actuación de los órganos del Estado”.



Añadió que, “como puede observarse, la preocupación del Constituyente por evitar que un margen demasiado amplio de comprensión de las causales de secreto o reserva en el acceso a la información que obra en poder de los órganos del Estado anulara *la plena vigencia de la publicidad que se estaba consagrando como regla general*, llevó a confiar sólo al legislador de quórum calificado la precisión del contenido y alcances de las causales constitucionales de secreto o reserva.” (Sentencia Rol N° 634-2006, de nueve de agosto de dos mil siete, considerandos noveno y vigesimoséptimo).

En el mismo sentido, la Excma. Corte Suprema ha sostenido que “es preciso tomar en consideración lo prescrito por el inciso 2° del artículo 8 de la Constitución Política, *norma que se levanta como fundamento del principio de Transparencia en nuestro ordenamiento jurídico*”. (Sentencia de 16 de marzo de 2016, recaída en los autos Rol N° 21.377-2015, párrafo II)

24.- Que el reconocimiento del principio de publicidad como uno de los orientadores del ejercicio de toda función pública y del correlativo derecho de acceso a la información pública que hizo el Excmo. Tribunal Constitucional en los fallos aludidos se sustenta, de acuerdo a lo apuntado por el mismo órgano jurisdiccional, en que la consagración de derechos es una “materia que puede ser abordada por el legislador, puesto que universalmente tanto la doctrina como nuestra Constitución Política reconocen la existencia de derechos aunque no estén consagrados en el texto constitucional, a menos que esta consagración implique una violación a las normas fundamentales.

Nuestra Carta Política en el artículo 5°, inciso segundo, establece que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

Esta última expresión significa que los hombres son titulares de derechos por ser tales, sin que sea menester que se aseguren constitucionalmente para que gocen de la protección constitucional.

Es así como bajo el texto de la Constitución de 1925 no estaba consagrado el derecho a la vida, derecho que jamás nadie se atrevió a negar. Igualmente, hay derechos que los reconoce la ley como, por ejemplo, el derecho de réplica antes de la reforma de la Carta de 1925, que era de jerarquía legal y nunca se alegó su inconstitucionalidad por ser de rango legal.” (Sentencia Rol N° 226, de 30 de octubre de 1995, considerando 25°)



25.- Que los criterios aludidos en los considerandos que preceden se hacen cargo a cabalidad del alcance que tienen en la materia el artículo 5° y el artículo 19, N° 12, de la misma Carta Fundamental, que contribuyen a fijar el sentido del artículo 8°, inciso segundo, al insertarlo en el conjunto normativo que integran, entre otras disposiciones contenidas en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, los mencionados artículos 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10 y 13 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

La necesidad de interpretar armónicamente los dos preceptos fundamentales que tienen estrecha vinculación justifica la afirmación del Excmo. Tribunal Constitucional en el sentido de que: *“la Constitución igualmente asegura el derecho de acceso a la información pública, en base al artículo 19, N° 12°, y en el artículo 8°.”* (Sentencia Roles N° 1732-10 y N° 1800-10, acumulados, de 21 de junio de 2011, considerando vigésimonoveno).

Desde hace largo tiempo, el Excmo. Tribunal Constitucional ha sostenido que *“un imperativo de hermenéutica constitucional impone al intérprete optimizar la preceptiva y esforzarse en conciliar las normas en juego, excluyendo interpretaciones que conduzcan a suponer que el Poder Constituyente derivado ha incluido en su texto normas antagónicas o confusas, ya que de lo contrario no se habría cumplido, debidamente, con el fin primordial de la Carta Política ya señalado, lo que, definitivamente, es inaceptable”.* (Sentencias Rol N° 464, de 31 de enero de 2006, considerando quinto, y Rol N° 1.410-09, de 20 de julio de 2009, considerando cuadragésimo noveno)

“Que los criterios de interpretación para lograr tal propósito son varios, de los cuales merecen ser mencionados los siguientes: *la “interpretación axiológica”* que exige que la Constitución sea interpretada conforme a los principios y valores en que descansa; el que *previene sobre la insuficiencia de recurrir sólo a las normas de interpretación de la ley*, inaptas por sí solas para determinar el sentido y alcance de los preceptos de la Constitución; *el “finalista o teleológico”* que postula que sobre el tenor literal de una disposición debe predominar la “finalidad” del precepto que la contiene, ya que este elemento revela con mayor certeza jurídica su verdadero alcance, puesto que las Constituciones no se escriben simplemente porque sí, sino que cada una de las normas tiene su “ratio legis” y su propia finalidad, y en fin, entre otros muchos, *“el de la unidad de la Constitución”.* (Sentencia Rol N° 464, de 31 de enero de 2006, considerando sexto).

26.- Que, en efecto, el sentido de la Carta Fundamental fluye de su *“interpretación axiológica”* que exige que la



Constitución sea interpretada conforme a los principios y valores en que descansa; de ponderar la “unidad de la Constitución” y, especialmente, de tener siempre en vista el criterio “finalista o teleológico” que se examina.

Lo anterior, porque no cabe dudas de que la posibilidad real de alcanzar la “ratio legis”, esto es, los propósitos de *garantizar un régimen republicano democrático; garantizar el control del poder*, obligando a las autoridades a responder a la sociedad por sus actos y *dar cuenta* de ellos; *promover la responsabilidad de los funcionarios* sobre la gestión pública; y *fomentar una mayor participación de las personas* en los intereses de la sociedad, quedaría completamente descartada con una interpretación meramente literal, que por cierto circunscribe la visión democrática de la sociedad, el control del poder, la responsabilidad pública y la participación de la comunidad solamente a una fracción del conjunto de la actividad pública.

Resultaría, además, incongruente “sostener que la publicidad de las actuaciones de los gobernantes se encuentra íntimamente vinculada con el régimen republicano y democrático que establece el artículo 4° de nuestro Código Político” y citar parcialmente el considerando 86 de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Claude Reyes y otros*, de 19 de septiembre de 2006, que llega precisamente a la conclusión opuesta, al reconocer *el acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público* (Sentencia en Roles N° 1732-10 y N° 1800-10, acumulados, de 21 de junio de 2011, considerando décimocuarto).

27.- Que, por otro lado, la desarmonía recién comentada que se produciría entre las ambiciosas finalidades declaradas y los exiguos resultados que se obtendrían hace surgir, de inmediato, una voz de alerta sobre una consecuencia que sería de la mayor gravedad.

En efecto, si se entendiera que el artículo 8° de la Constitución establece solamente “una *declaración genérica* de publicidad de *ciertos aspectos* de la actuación de los órganos del Estado” (Sentencia Rol N° 1990-11, de 5 de junio de 2012, considerando décimooctavo), se le estaría desvinculando del sentido y alcance del artículo 19, N° 12, que permite buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole.

Ello, porque el propio Tribunal Constitucional sostiene que el artículo 8° es “*complementario del artículo 19, N° 12*”, ya que la publicidad y el acceso a la información son “*correlativos*” y, como la libertad de emitir opinión y la de informar “*comprende la de buscar dicha información*”, “*supone información que circula libremente o a la que se puede acceder*”. (Sentencia Rol 2919-15, de 19 de enero de 2017, considerandos 24° y 25°)



Por tanto, la única forma de “*esforzarse en conciliar las normas en juego, excluyendo interpretaciones que conduzcan a suponer que el Poder Constituyente derivado ha incluido en su texto normas antagónicas o confusas*” y armonizando las dos normas constitucionales en juego, sería, paralelamente, reducir el alcance efectivo de la libertad de opinión y de información.

28.- Que parece claro que no puede proclamarse el reconocimiento de un amplio derecho de acceso a la información si, correlativamente, se hubiese establecido un deber de publicidad restringido por parte de los órganos del Estado, como han estimado algunas resoluciones jurisdiccionales, al sostener que “conforme a la Constitución, *son públicos sólo ciertos aspectos* de la actuación administrativa: los actos y resoluciones, sus fundamentos y los procedimientos que utilicen (STC 1990/2012; 2153/2012; 2246/2013)”. (Sentencia Rol N° 2379-2013, de 29 de enero de 2014, considerando vigésimo quinto).

Circunscribir el alcance de *la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones* a los actos y resoluciones, sus fundamentos y los procedimientos que utilicen los órganos del Estado significaría que estas actuaciones constituirían las únicas fuentes de información en poder del Estado a las cuales se podría acceder, salvo que medie alguna causa constitucional de secreto o reserva.

Tal conclusión incurriría en una contradicción lógica, porque se admitiría únicamente la publicidad de las actuaciones de mayor significación normativa, cobijando con el manto del secreto o reserva a las que, para las personas, tienen menor relevancia, una importancia mínima o, incluso, carecen de ella. Frustraría la finalidad del artículo 8°, inciso segundo y la inclusión implícita del derecho de acceso a la información en la libertad de opinión e información consagrada en el artículo 19, N° 12, materias en que coinciden el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema.

Además, dejaría sin aplicación “el principio de interpretación *favor homine* o favor persona que obliga, precisamente, al intérprete normativo “*a buscar aquella interpretación que más favorezca los derechos de la persona antes que aquélla que los anule o minimice*” (Sentencia Tribunal Constitucional Rol N° 1.484-2009, de 5 de octubre de 2010, considerando vigésimoquinto; antes sentencias Rol N° 740-2007, de 18 de abril de 2008, considerando sexagésimosexto y Rol N° 1.361-09, de 13 de mayo de 2009, considerando septuagésimotercero).

La necesidad jurídica de una interpretación internacional y constitucional armónicas

29.- Que es necesario considerar, además, que una nutrida jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos



previene sobre el deber de efectuar un *control de convencionalidad* entre las normas jurídicas internas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ha hecho mención a ese control, incluso, en varios casos seguidos contra el Estado chileno, por lo que no se puede prescindir de este elemento de juicio.

En el caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia de 26 de septiembre de 2006, la Corte Interamericana sostuvo lo siguiente:

“124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de *“control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que “[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.”.

Seis años después, la Corte Interamericana reiteró ese predicamento en el caso “Atala Riffo y niñas vs. Chile”, mediante la sentencia de 24 de febrero de 2012:

“281. De otra parte, conforme lo ha establecido en su jurisprudencia previa, este Tribunal recuerda que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin.



282. *Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.* En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”

Termina la Corte señalando: “284. En conclusión, *con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal*”.

30.- Que, atendidos los razonamientos consignados en el considerando precedente, esta Comisión estima que la pertenencia del Estado chileno a un sistema colectivo interamericano, destinado a establecer estándares mínimos comunes en materia de garantía a los derechos humanos, efectivamente crea compromisos internacionales que es necesario respetar.

Una consecuencia lógica es que los órganos públicos encargados de dar aplicación al ordenamiento jurídico nacional efectúen, internamente, un control de convencionalidad para cerciorarse de que el sentido y alcance de las disposiciones sobre derechos humanos que les corresponde declarar en el caso concreto se adecuen a los estándares que se están exigiendo a todos los Estados Partes de la Convención Americana de Derechos Humanos. Esto es, les incumbe la responsabilidad de procurar que la interpretación y la aplicación de esos preceptos a los habitantes de su respectivo país alcance a lo menos el nivel mínimo que tienen para las demás personas que habitan los otros países vinculados por ese tratado internacional.

Sostiene, al respecto, el profesor Humberto Nogueira: “La materia que nos ocupa es la consideración de ordenamientos independientes, cuya validez y vigencia no depende cada uno del otro; no se trata de meras ordenaciones entre fuentes del Derecho dentro de un mismo ordenamiento jurídico, sólo en el ordenamiento jurídico estatal es posible considerar el principio de jerarquía, pero no en la relación de ordenamientos jurídicos independientes con su propio sistema de producción de normas. Ese es un frecuente error de perspectiva, más aún en el ámbito de los derechos humanos.

Como lo hemos sostenido en otro trabajo aún inédito en co-autoría con Javier García Roca, “*Constitucionalidad y convencionalidad no deberían dissociarse como cánones sucesivos de validez*



y regularidad en vez de enjuiciarlos simultáneamente en una clara economía de esfuerzos y garantías.” (Humberto Nogueira Alcalá, “El control de convencionalidad por los Estados Partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, pág. 14, Ponencia presentada en el Seminario “Control de convencionalidad y tendencias jurisprudenciales en Derecho Administrativo”, 14 y 15 de diciembre 2016, organizado por el Instituto Chileno de Derecho Administrativo).

Los deslindes del derecho de acceso a la información son los límites de los principios de publicidad y transparencia

31.- Que es sabido que la delimitación del alcance de los derechos forma parte de la configuración de los mismos.

Por eso, el Excmo. Tribunal Constitucional ha afirmado que “debe partir por afirmar el carácter no absoluto de los derechos fundamentales, es decir, de aquellos que están reconocidos por el ordenamiento jurídico positivo, nacional e internacional. Es así como los derechos fundamentales pueden estar afectos a *límites inmanentes o intrínsecos*, dados por su propia naturaleza (como el derecho a la libertad personal que no puede invocarse por las personas jurídicas) o a *límites extrínsecos*, que se imponen por el Constituyente o el legislador, en atención a la necesidad de preservar ciertos valores vinculados a intereses generales de la colectividad (la moral, la seguridad nacional, el orden público, la salubridad pública) o a la necesidad de proteger otros derechos que representan asimismo valores socialmente deseables (por ejemplo, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación)”. (Sentencia Rol N° 1365-09, de 8 de abril de 2010, considerando vigésimoprimer).

De allí que la interpretación armónica entre el derecho de acceso a la información pública y el principio de publicidad comprenda también las limitaciones de este último, de acuerdo a las reflexiones del mencionado órgano constitucional.

En efecto, el Excmo. Tribunal Constitucional ha prevenido que “acorde a la naturaleza de derecho reconocido por la Constitución que tiene el acceso a la información pública, aunque lo sea de forma implícita, la propia Carta Fundamental ha reservado a la ley y, específicamente, a una ley de quórum calificado, el establecimiento de *las causales de secreto o de reserva que, haciendo excepción a la vigencia irrestricta del principio de publicidad en la actuación de los órganos del Estado, permiten limitarlo vedando, consecuentemente, el acceso a la información requerida.*” (Sentencia Rol N° 634-2006, de 9 de agosto de 2007, considerando décimo)



“Ha precisado, también, que *dicho deber y el derecho de acceso a la información pública correlativo no tienen carácter absoluto*, pues una ley de quórum calificado puede establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, en los casos taxativamente indicados por esa misma norma y que dicen relación con que la publicidad afecte: a) el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos; b) los derechos de las personas; c) la seguridad de la Nación; o d) el interés nacional.” (sentencia citada, considerando décimo tercero).

A comienzos del año en curso reiteró ese predicamento, manifestando que “debemos señalar que el artículo 19 N° 12 consagra “la libertad de emitir opinión y la de informar”. Dicha libertad comprende la de buscar dicha información.”

“Que, sin embargo, el artículo 19 N° 12 consagra “la libertad de”. Ello supone información que circula libremente o a la que se puede acceder. Sin embargo, *el propio artículo 8°, complementario del artículo 19, N° 12, desde esta perspectiva, contempla causales de secreto o reserva, que impiden o restringen dicha libertad.*”

“Que el derecho de acceso a la información está configurado, constitucionalmente, sobre la base de que hay aspectos sobre los cuales no puede ejercerse. Estos tienen que ver con ciertas causales, definidas por el legislador de quórum calificado.” (Sentencia Rol 2919-15, de 19 de enero de 2017, considerandos 24°, 25° y 26°, respectivamente).

Resulta indispensable reiterar, para los efectos de este análisis, que esos fallos dejan constancia de que el principio de publicidad del artículo 8°, inciso segundo, y el derecho de acceso a la información pública del artículo 19, N° 12, son “correlativos” y “complementarios”.

32.- Que, en la forma descrita, la configuración del derecho de acceso a la información, en armonía con la regulación del principio de publicidad de las actuaciones de los órganos del Estado, reconoce límites *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.*

Ocurre lo mismo en el ámbito internacional, desde hace tiempo.

La “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá, Colombia, el año 1948, estableció en su Artículo IV que “Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio.” Pero



en el Artículo XXVIII advirtió que *“Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático.”*

Es pertinente la mención de esta Declaración, que integra el sistema americano de derechos humanos, por cuanto el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que contiene las normas de interpretación, establece que *“Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: ... d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.”*

De igual manera, los dos grupos de tratados internacionales que se han reseñado precedentemente coinciden en que el derecho de acceso a la información y el principio de publicidad del Estado están circunscritos a límites.

El artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos declaran que la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole puede estar sujeto a ciertas *restricciones* que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: *a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.*

La Convención Americana reitera más adelante la exigencia de rango legal para las restricciones en el artículo 30: *“Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.”* Al mismo tiempo, al referirse a la correlación entre deberes y derechos en el artículo 32, párrafo 2, declara que *“Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.”*

Por su parte, el artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción establece que la posibilidad de obtener información debe ejercerse *con el debido respeto a la protección de la intimidad y de los datos personales*, y puede estar sujeta a ciertas *restricciones*, que deberán estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: *i) Garantizar el respeto de los derechos o la reputación de terceros; ii) Salvaguardar la seguridad nacional, el orden público, o la salud o la moral públicas.*



33. Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha anotado expresamente la existencia de tales restricciones en su jurisprudencia:

“120. Es importante destacar que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto, este puede ser objeto de restricciones, tal como lo señala el artículo 13 de la Convención en sus incisos 4 y 5. Asimismo, la Convención Americana, en su artículo 13.2, prevé la posibilidad de establecer restricciones a la libertad de expresión, que se manifiestan a través de la aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho, las cuales no deben de modo alguno limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa. Para poder determinar responsabilidades ulteriores es necesario que se cumplan tres requisitos, a saber: 1) deben estar expresamente fijadas por la ley; 2) deben estar destinadas a proteger ya sea los derechos o la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública; y 3) deben ser necesarias en una sociedad democrática.

121. Respecto de estos requisitos la Corte señaló que: *la "necesidad" y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2 de la Convención Americana, dependerá 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.* Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo. (Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentencia de 2 de julio de 2004).

Esas reflexiones han sido reiteradas en el considerando 229 de la sentencia de 24 de noviembre de 2010, pronunciada en el caso “Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil:

“Con todo, el derecho de acceder a la información pública en poder del Estado no es un derecho absoluto, pudiendo estar sujeto a restricciones. Sin embargo, estas deben, en primer término, estar previamente fijadas por ley –en sentido formal y material- como medio para asegurar que no queden al arbitrio del poder público. En segundo lugar, las restricciones establecidas por ley deben responder a un objetivo permitido por el artículo 13.2 de la Convención Americana, es decir, deben ser



necesarias para asegurar “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”. Las limitaciones que se impongan deben ser necesarias en una sociedad democrática y orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Ello implica que de todas las alternativas deben escogerse aquellas medidas que restrinjan o interfieran en la menor medida posible el efectivo ejercicio del derecho de buscar y recibir la información.”

34. Que, en virtud de lo expresado, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos el derecho de acceso a la información consiste en *“solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso y conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto.”* (razonamiento 77 de la sentencia de 19 de septiembre de 2006, recaída en el caso “Claude Reyes y otros vs. Chile”, reiterado en el considerando 197 de la sentencia de 24 de noviembre de 2010 recién aludida).

El derecho está referido, entonces, a *la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención*, lo que armoniza con el inciso segundo del artículo 5 del artículo primero de la Ley N° 20.285, que declara pública, en general, *“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”*.

Involucra de manera inseparable, como bien señala la Corte, dos elementos que sólo pueden entenderse comprensivos como una misma noción jurídica, sólo que mirada desde el punto de vista del sujeto activo y del sujeto obligado: *el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla*.

Por la naturaleza del derecho, se satisface de una de dos maneras posibles: el cumplimiento directo, consistente en *tener acceso y conocer esa información*, y el cumplimiento alternativo, cual es *el derecho a recibir una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto*.

III.- Sobre la aplicación en el Senado del derecho de acceso a la información pública y del correlativo principio de publicidad.



35.- Que las reflexiones desarrolladas en el capítulo precedente permiten fijar con precisión el sentido y alcance del derecho de acceso a la información y del principio de publicidad en nuestro ordenamiento, sobre la base del cual corresponde analizarlos, en particular, en lo que atañe a su aplicación al Senado.

Como ha prevenido el Excmo. Tribunal Constitucional respecto del artículo 8°, inciso segundo, de la Constitución Política, “esta norma se aplica a todos los órganos del Estado, no sólo a los órganos de la Administración del Estado. Por lo tanto, queda comprendida aquí cualquier entidad creada por la Constitución o por la ley que ejerza algún tipo de función pública. Indudablemente, la ley tendrá que considerar la naturaleza propia de cada órgano para definir la publicidad. De hecho, eso es lo que ha efectuado la Ley N° 20.285, que ha diferenciado ámbitos de aplicación de acuerdo a cada órgano.” (Sentencia Rol N° 1990-11, de 5 de junio de 2012, considerando vigésimo)

En el caso del Congreso Nacional, existen normas generales sobre esta materia que se le aplican de modo expreso.

Normas generales

36.- Que tales disposiciones están contenidas, por un lado, en la ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública, cuyo artículo primero aprueba la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado.

Por imperio del artículo sexto, inciso primero, de dicho cuerpo legal, “*El Congreso Nacional se rige por el principio de la transparencia en el ejercicio de la función pública consagrado en el inciso segundo del artículo 8° de la Constitución Política y en los artículos 3° y 4° de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado.*”

El referido artículo 3° señala que “*La función pública se ejerce con transparencia, de modo que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y decisiones que se adopten en ejercicio de ella.*”

Agrega, por su parte, el artículo 4°: “*Las autoridades, cualquiera que sea la denominación con que las designen la Constitución y las leyes, y los funcionarios de la Administración del Estado, deberán dar estricto cumplimiento al principio de transparencia de la función pública.*”

El principio de transparencia de la función pública consiste en respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones,



procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley.”

36.1 Ese mandato, introducido el año 2009, fue reiterado en 2010 por la ley N° 20.447, que incorporó en la ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, su actual artículo 4°.

Los incisos segundo y tercero de dicho artículo 4° expresan lo siguiente:

“Las Cámaras establecerán en sus reglamentos las disposiciones que cautelen el acceso del público a la información, de conformidad al artículo sexto de la ley N° 20.285.

Los referidos reglamentos deberán señalar las autoridades u organismos internos encargados de responder las consultas que se formulen y el procedimiento a que se sujetarán los reclamos. Sin perjuicio de las causales establecidas en esta ley, se podrá denegar la entrega de información en virtud de las señaladas en los artículos 21 y 22 de Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado, contenida en el artículo primero de la ley N° 20.285.”.

37.- Que, en consecuencia, de seguirse la tesis de la interpretación literal, debería concluirse que la misma Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, contenida en el artículo primero de la ley N° 20.285, acotaría su ámbito de aplicación al Congreso Nacional, al contenido de su artículo sexto y del artículo 5° A de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.

El Honorable Senador señor Araya argumenta en ese sentido en su nota de 17 de julio de 2017, manifestando, como se expuso en su momento, que de acuerdo a este último artículo “la publicidad está dada respecto de *“actos y resoluciones que adopten”*, y no de aquellas que no se adopten o que se esté estudiando si se adoptan.

Además, se circunscribe esta publicidad a aquellos actos y resoluciones adoptadas en ejercicio de sus funciones de Sala y Comisión, no siendo los referidos informes, fundamento alguno de actos ni resoluciones adoptadas aun en tales instancias.

Prosigue el artículo señalando una serie de documentos que son públicos, el momento desde el cual lo son y otros que no lo son, sin señalar en parte alguna, la publicidad de los informes



entregados por los asesores externos a los senadores, cuando éstos no han sido utilizados o su contenido se encuentra en estudio.”.

En esa virtud, el deber de transparencia de los organismos integrantes del Congreso Nacional comprendería sus *actos y resoluciones*, los *fundamentos* de los mismos y los *procedimientos* que utilicen para su dictación.

38.- Que la argumentación recién transcrita no se hace cargo de dos elementos, propios de un análisis hermenéutico basado en el tenor literal, que discrepan de la conclusión limitativa que antecede.

Por una parte, la circunstancia de que el artículo 4º, inciso segundo, de la misma Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, que se acaba de recordar, recoge en forma expresa el derecho de acceso a la información, al señalar: “Las Cámaras establecerán en sus reglamentos las disposiciones que *cautelen el acceso del público a la información*, de conformidad al artículo sexto de la ley N° 20.285.”

Por otra parte, el hecho de que el aludido artículo sexto de la ley N° 20.285, al hacer aplicable al Congreso Nacional el artículo 4º de la Ley de Transparencia, le impone el deber de respetar y cautelar la publicidad, en general, de los *documentos*, concepto que añade al de actos, resoluciones, procedimientos y fundamentos. Así lo indica el inciso segundo de este artículo:

“El principio de transparencia de la función pública consiste en respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley.”

39.- Que, más allá de esas razones, en que el tenor literal abona las conclusiones generales de esta Comisión, en orden a que estamos en presencia de un concepto amplio de deber de publicidad de la información en poder del Estado, el marco jurídico general aplicable al Congreso Nacional es el común de todos los órganos del Estado.

Ese marco está conformado por el artículo 5º y el artículo 19, N° 12, de la misma Carta Fundamental, que contribuyen a fijar el sentido del artículo 8º, inciso segundo, al insertarlo en el conjunto normativo que integran, entre otras disposiciones contenidas en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, los mencionados artículos 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10 y 13 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.



De allí que la eventual denegación de la solicitud de acceso a la información no pueda fundarse en la interpretación restrictiva del tenor literal de una disposición constitucional o legal aislada, prescindiendo de la coherencia con que debe examinarse la normativa constitucional en su conjunto y de la integración con los compromisos internacionales de nuestro país en materia de promoción y protección de los derechos humanos, tanto en sí mismos, como en cuanto herramientas eficaces para el combate contra la corrupción.

Por el mismo motivo de que, sin perjuicio de las particularidades propias del Congreso Nacional, el Senado se encuentra sometido a normas comunes a todos los órganos públicos, esta Comisión ha tenido en cuenta durante su análisis los criterios básicos que, respecto de ellas, han establecido los organismos que tienen competencia en la materia.

Cabe acotar que, para armonizar los artículos 8° y 19, N° 12, de la Constitución Política, pero en forma expresa, se encuentra finalizando su tramitación legislativa el proyecto de reforma constitucional que otorga reconocimiento constitucional al principio de transparencia y al derecho de acceso a la información pública. (Boletín N° 8.805-07), iniciado en moción de los entonces integrantes de esta Comisión de Ética y Transparencia, Honorables Senadores señor Larraín Fernández, señoras Allende y Alvear y señores García y Tuma. Su objetivo es incorporar al texto de la Constitución Política de la República la transparencia, como un principio que forma parte de las bases de la institucionalidad y el acceso a la información pública, como un derecho fundamental de las personas.

La concurrencia en el Senado de distintos órganos públicos frente a las solicitudes de información

40.- Que, como reflexión previa a dilucidar la aplicación del principio de publicidad y el derecho de acceso a la información pública en el Senado, es pertinente destacar que la ley N° 20.285, diseñada para regular el derecho de acceso a la información pública frente a los organismos integrantes de la Administración del Estado, descansa en el supuesto propio de la organización de ésta, cual es el vínculo jerárquico al interior de cada servicio público, que se traduce en una toma de decisiones centralizada por parte de la autoridad superior. Por eso la solicitud de acceso a la información se presenta ante el jefe superior del servicio, quien adopta la decisión de acceder a la misma, o de denegarla si concurre alguna causa constitucional.

Es lógico que la responsabilidad de efectuar esa evaluación de mérito le corresponda a quien tiene la dirección superior del servicio y que, por lo mismo, con independencia de la variación de la persona natural que desempeñe el cargo, adoptó las resoluciones que permitieron que se elaborara el antecedente que se pide conocer, o al que se le ha



encomendado solicitar o recibir y procesar antecedentes para el cumplimiento de las funciones del organismo que dirige; es decir, en definitiva, a quien es el responsable de la información que obra en poder de ese órgano administrativo.

41.- Que las modificaciones que se introdujeron el año 2009 al Reglamento del Senado para contemplar el acceso a la información y el reglamento dictado por el Secretario General del Senado el mismo año, a fin de regular el procedimiento destinado a dar cumplimiento a las disposiciones anteriores, mantuvieron al jefe superior del Servicio, esto es, al Secretario General, como destinatario de las solicitudes de acceso a la información.

No se distinguió si ésta era propiamente de carácter institucional, si se había generado en el ejercicio de la función parlamentaria por parte de alguno de los señores Senadores o incluso, si pudiera considerarse que afectase datos personales de los mismos, como su afiliación previsional o su régimen de salud, de los cuales el Senado estuviese en conocimiento, atendida su calidad de organismo pagador de las dietas parlamentarias o por otra circunstancia.

La decisión de remitir las solicitudes a quien legalmente tiene la calidad de jefe superior del servicio para todos los efectos administrativos resulta apropiada, desde el punto de vista de unificar el procedimiento frente a quienes hagan uso del derecho, estableciendo un conducto regular para estos efectos. Lo es también, si se considera que buena parte de la información relacionada con el ejercicio de la función parlamentaria obra en poder de la Corporación, e incluso es publicada dando cumplimiento a las normas sobre transparencia activa, debido a la modalidad de contratación por parte del Senado del personal de apoyo y de los asesores externos, dispuesta por el Consejo Resolutivo de Asignaciones Parlamentarias, así como al apoyo a la gestión de las asignaciones parlamentarias que prestan unidades administrativas integrantes de la organización del Senado.

42.- Que, en relación con este único conducto regular para las solicitudes de información que se deduzcan conforme a la Ley de Transparencia, cabe recordar que, desde hace tiempo, la doctrina, al explicar la "teoría del órgano", ha apuntado que "las autoridades son personas naturales, individuos de la especie humana en los términos del artículo 55 del Código Civil, y se les llama *órganos individuo*, por contraste con el cargo que ocupan, con ese lugar o parte actuante de la persona administrativa que desempeñan, que recibe, a su vez, el nombre de *órgano institución*." ("Curso de Derecho Administrativo. La organización de la Administración del Estado y sus órganos". Rolando Pantoja Bauzá. Ediciones Jurídicas JEC, 1973, página 73).



Deteniéndose en el primero, se precisa: “los elementos que componen un órgano administrativo podrían reducirse a dos: 1) *la persona natural*, que en este caso sería el agente o funcionario público; 2) *la competencia*, esto es, el conjunto de atribuciones o poderes que están determinados en el derecho objetivo.” (Manuel Daniel Argandoña, “La organización administrativa en Chile. Bases Fundamentales”. Segunda edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile, 1985, página 40).

El Senado, como organismo constitucional, tiene las atribuciones que le confieren la Constitución Política y las leyes, en las cuales participan los Senadores, en cuanto integrantes de ese órgano colegiado.

Pero cada Senador, en forma individual, conforma también un órgano del Estado, porque tiene una asignación de poder, vale decir, determinadas potestades jurídicas que puede ejercer por sí mismo, dentro de la órbita de competencia que le fijan asimismo la ley y los reglamentos. Las principales atribuciones de que está investido conforman la función parlamentaria y, por tanto, no sólo es válido, sino que necesario, preguntarse por la medida en que dicha función se rige por el principio de publicidad y les son aplicables las restricciones pertinentes.

Ello, porque en tal caso el Senador no se ve afectado en su calidad de persona natural, al igual que cualquier otro habitante de la República, sino que en su calidad de órgano público, esto es, de titular de un cargo público al cual le están asociadas ciertos poderes jurídicos.

Vale la pena acotar que, para los efectos del reclamo interpuesto, no nos detendremos en la hipótesis de que la información solicitada recaiga sobre materias de orden institucional de esta Corporación, caso en el cual la petición se formula al mismo órgano administrativo con capacidad decisoria sobre el particular, cual es el Secretario General del Senado, sino de que se refiera a información concerniente a alguno de los señores Senadores o Comités, en especial, la relacionada con el ejercicio de la función parlamentaria por su parte.

La información generada en ejercicio de la función parlamentaria

43.- Que, para la adecuada resolución del recurso interpuesto, es preciso dejar establecido que el informe a que se refiere el reclamo, en la parte subsistente, fue evacuado en ejercicio de la normativa aprobada por el Consejo Resolutivo de Asignaciones Parlamentarias.

Cabe recordar que la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, en su artículo 66, dio normas sobre los fondos



públicos destinados por cada Cámara a financiar el ejercicio de la función parlamentaria, creando al efecto el Consejo Resolutivo de Asignaciones Parlamentarias, a cargo de determinar el monto, el destino, la reajustabilidad y los criterios de uso de esos recursos. La ley dispone que *“Se entenderá por función parlamentaria todas las actividades que realizan senadores y diputados para dar cumplimiento a las funciones y atribuciones que les confieren la Constitución y las leyes. Ella comprende la tarea de representación popular y las diversas labores políticas que llevan a cabo aquéllos y los comités parlamentarios.”*

En virtud de esa atribución, el citado Consejo Resolutivo, mediante la Resolución N°2, de junio de 2011, contempló para los Senadores la asignación de asesorías externas, destinada a la contratación de profesionales o técnicos externos, o de personas jurídicas, *“para la realización de investigaciones, estudios, informes y asesorías en general para asistencia de la función parlamentaria”*.

El texto original de dicha Resolución señaló, como documentación de respaldo de dicha prestación, para el caso de la asesoría prestada por personas naturales, *“contrato de prestación de servicios de trabajador independiente y las correspondientes Boletas de Honorarios, con el detalle de las asesorías prestadas; y, en el caso que proceda, mantener a disposición del Comité de Auditoría Parlamentaria copia de los documentos entregables de la asesoría, de acuerdo a lo estipulado contractualmente.”*

Mediante oficio N° 048/2015, de 5 de agosto de 2015, el Consejo Resolutivo modificó la documentación de respaldo requerida para el uso de esta asignación, incorporando la necesidad de entregar copia del informe, o de un reporte en formulario con los datos necesarios para justificar con claridad la prestación de servicios, al Departamento de Finanzas u órgano interno encargado de la administración y control de las asignaciones parlamentarias.

De esa manera, la regulación de la documentación de respaldo quedó como sigue: *“contrato de prestación de servicios de trabajador independiente, informe o reporte en formulario y las correspondientes boletas de honorarios, con detalle de las asesorías prestadas. Copia del informe o reporte en formulario, visado por el Departamento de Finanzas o por el Órgano Interno encargado de la administración y control de las asignaciones parlamentarias, según corresponda, será remitido por éste al Comité de Auditoría Parlamentaria para su control.”*

Estas normas, por mandato de la misma Resolución N°2, de junio de 2011, son aplicables a los Comités Parlamentarios del Senado.



44.- Que, como se ha consignado, la contratación de una o varias asesorías externas y con ella, la recepción de informes, minutas o colaboración personal por parte de terceros, persigue proporcionar medios para el adecuado desempeño de la función parlamentaria que corresponde a cada Senador.

Por lo mismo, las decisiones sobre el uso de los recursos previstos para la asignación de asesoría externa, dentro del marco establecido por el Consejo Resolutivo de Asignaciones Parlamentarias, le corresponden en forma exclusiva al Senador o al Comité Parlamentario al que le están asignados. Es él, en su calidad de beneficiario de tales recursos, quien decide si los utiliza o no, si lo hace en su totalidad o sólo en parte, elige libremente la persona natural o jurídica a la que le encomendará la asesoría, fija el objetivo y modalidades que ésta tendrá, determina los honorarios con que será retribuida, evalúa su duración y mérito, resuelve lo que estime conveniente respecto de los documentos a que da origen y adopta la decisión de ponerle término cuando lo estime conveniente.

Las decisiones adoptadas las comunica a los órganos administrativos del Senado para los efectos de su cumplimiento, de forma que elaboren los contratos o anexos de contrato que proceda, incorporen los datos en los registros y sistemas informáticos pertinentes, reciban, tramiten, generen y archiven o custodien los documentos que corresponda y efectúen los pagos que sean del caso.

45.- Que a lo anterior se agrega la circunstancia ya señalada de que, incluso hasta el año 2015, las unidades administrativas del Senado no recibían copia de los informes que se evacuaban por los asesores externos, ya que bastaba que cada Senador mantuviera a disposición del Comité de Auditoría Parlamentaria copia de los documentos entregables de la asesoría. Esa obligación se reemplazó después por la actual, de entregar al Departamento de Finanzas copia del informe, o reporte en formulario de las actividades realizadas, para el control ulterior por parte del Comité de Auditoría Parlamentaria.

Ello deja en evidencia que se trata de antecedentes orientados a satisfacer la necesidad de información por parte del parlamentario que la requiere, y la obligación de mantener un ejemplar del informe o reporte en formulario para ser presentado cuando se solicite, o de depositar copia del mismo en una unidad administrativa, es una medida que apunta solamente a la fiscalización del uso de los recursos públicos que conforman la asignación. En otras palabras, es de carácter interno del sistema creado al efecto, que incluye al parlamentario o comité parlamentario involucrado, a los órganos administrativos de la respectiva Corporación, al Comité de Auditoría Parlamentaria y al Consejo Resolutivo de Asignaciones Parlamentarias, y no se vincula con el derecho de acceso a la información pública.



46.- Que, en armonía con la diferencia entre la función parlamentaria que corresponde a cada Senador o Comité Parlamentario y la actividad institucional del Senado en cuanto organismo de naturaleza constitucional, los fondos previstos para las asignaciones parlamentarias integran el presupuesto de la Corporación, pero se distinguen claramente de los gastos institucionales, porque se agrupan en un Subtítulo de Gastos especial, el 24, denominado "Transferencias Corrientes", y en un rubro significativo de gastos, cual es el ítem 03, "A otras entidades públicas".

47.- Que, por los motivos expuestos, es preciso reconocer que no es irrelevante ni indiferente la relación del Senador o Comité Parlamentario con los productos de la asesoría externa que ha pedido que se le contrate, específicamente sobre los informes, minutas y reportes en formulario a que haya dado origen. No lo es, desde el momento en que la publicidad de éstos puede afectar el debido cumplimiento de la función parlamentaria.

Así, por ejemplo, la elaboración de un anteproyecto de ley para su presentación como futura moción o la propuesta de una estrategia para enfrentar el debate y tramitación legislativa de un proyecto delicado (aborto, matrimonio igualitario, etc.), puede requerir de reserva para desarrollar un buen trabajo parlamentario.

Esta circunstancia es de importancia, especialmente porque no toda la información vinculada con el ejercicio de la función parlamentaria obra en poder del Senado. Es el caso, por ejemplo, de la elección de determinado inmueble para ser empleado como oficina parlamentaria; la selección de una empresa como proveedora de servicios a dicha oficina; la evaluación del desempeño del personal contratado con cargo a la asignación de personal de apoyo o las razones de su desvinculación atendida su calidad de trabajadores de exclusiva confianza, entre muchos elementos. Particularmente, tratándose de asesores externos, los motivos o finalidades por los cuales se les encargan determinados informes o minutas y el uso que se dará a esos documentos.

La consulta previa al Senador o Comité que encargó la información

48.- Que lo expresado en los considerandos que preceden conduce a dos conclusiones de importancia.

La primera es que, establecido en la Carta Fundamental y en los tratados internacionales vigentes en Chile el derecho de acceso a la información y con él el principio general de publicidad de la información que obra en poder del Estado, el cual está limitado por causas justificadas en consideración a otros bienes jurídicos igualmente valiosos, es



indispensable analizar el punto de equilibrio entre ambos valores, de acuerdo a la naturaleza de la información en juego.

Para ello es necesario analizar cada situación caso a caso o, si se quisiera establecer reglas generales, habría que determinar grupos diferentes de acuerdo a los tipos de información y a las eventuales causas que obstarían a su publicidad. Sólo de esa forma, esto es, tomando en cuenta el contenido de la información, se conseguirá *“que la persona pueda tener acceso y conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto”*, como señaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 2006 y 2010.

Dicho en otras palabras, la sola circunstancia de que un informe haya sido generado por el asesor externo de un señor Senador o Comité no conduce de inmediato a sostener su publicidad o a denegarla, sin el análisis de la concurrencia de alguna eventual causa constitucional y legal que justifique, por excepción, la negativa a proporcionarla.

49.- Que la segunda conclusión es que resulta evidente que el Secretario General del Senado no puede adoptar la resolución de acoger o denegar una solicitud de acceso a la información, sin contar con ningún antecedente que le permita ponderar la existencia o ausencia de una causa de secreto o reserva de la información respectiva, cuando dichas solicitudes recaen sobre antecedentes producidos en ejercicio de la función parlamentaria que escapan del conocimiento institucional.

Toda vez que la Carta Fundamental y los tratados internacionales vigentes sobre la materia contemplan un principio general y determinadas excepciones, la observancia del derecho aplicable exige velar por el cumplimiento de ambos grupos de disposiciones. Es decir, no se puede resguardar el principio con desatención de las causales de secreto o reserva, que a su vez cautelan otros bienes jurídicos valiosos, ni darles a estas causales una extensión tal que transformen en ilusorio el principio de publicidad.

De allí que sea preciso que el jefe superior del Servicio que recibe la solicitud consulte al Senador que instruyó sobre la ejecución del informe, la minuta o el documento de que se trata, o que representa al Comité Parlamentario que lo dispuso, sobre la concurrencia de una eventual causa de reserva o secreto, en forma previa a adoptar la decisión que sea legalmente procedente sobre la publicidad.

La alternativa sería que, por aplicación de las reglas generales de la Ley de Transparencia, se limitase a derivar la solicitud



de información al respectivo Senador o Comité requerido. Pero esta posibilidad no está prevista en la reglamentación interna y significaría dificultar el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, al diseminar las peticiones que se hagan entre múltiples destinatarios y generar dudas en los casos en que se solicite información que se encuentre centralizada y tenga carácter institucional, entre otras consecuencias desfavorables.

Enseguida, el Secretario General del Senado debe poner la decisión en conocimiento del solicitante, enviándole la información requerida o comunicándole la negativa a proporcionarla, sin perjuicio, en este último caso, del derecho que le asiste a aquél de pedir a esta Comisión el amparo pertinente, si estimara injustificada la denegación parcial o total de la información que se hubiere resuelto.

Es dable señalar que, de no mediar causa constitucional o legal de negativa, prevalece el deber de proporcionar la información que obre en poder del Senado, lo que comprende los casos en que ella se ha hecho llegar para dar cumplimiento a la medida de control del uso de la asignación de asesoría externa, dispuesta por el órgano normativo pertinente, consistente en la entrega de un ejemplar del informe o minuta evacuada en el Departamento de Finanzas del Senado.

Las exclusiones del deber de publicidad

50.- Que, como se ha consignado latamente, el ordenamiento positivo, tanto en el ámbito nacional como en el ámbito internacional, acepta restricciones o exclusiones al deber de publicidad. El artículo 8° de la Constitución Política permite la reserva o secreto de ciertas actuaciones o documentos *“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 armonía con ese precepto, la ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, en su artículo 4°, inciso tercero, parte final, advierte: *“Sin perjuicio de las causales establecidas en esta ley, se podrá denegar la entrega de información en virtud de las señaladas en los artículos 21 y 22 de Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado, contenida en el artículo primero de la ley N° 20.285.”*

Por tanto, partiendo del principio de publicidad de las actuaciones de los órganos públicos, debe examinarse, en el caso específico que se analiza, si concurre alguna de las causales de secreto o reserva en virtud de las cuales se puede denegar total o parcialmente el acceso a la información, contenidas, sea en la propia Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, en otra ley aprobada con quórum



calificado, o en los artículos 21 y 22 de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado.

51.- Que, en la especie, las causales que se han invocado ante la Comisión están contempladas en el artículo 21 de la Ley de Transparencia, cuyo tenor es el siguiente:

“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:*

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.*

2. *Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico.*

3. *Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública.*

4. *Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el interés nacional, en especial si se refieren a la salud pública o las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país.*

5. *Cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8º de la Constitución Política.”*



Desde luego, cabe hacer presente, respecto del verbo rector de la conducta, que el Excmo. Tribunal Constitucional ha señalado: “cabe resaltar que la Constitución utiliza la expresión “*afectare*”, no la de privar, amenazar o perturbar. *Con ello, permite que el legislador considere cualquier lesión, alteración o menoscabo, como una razón calificada para establecer la excepción a la publicidad.*”. (Sentencia Rol N° 1990-11, de 5 de junio de 2012, considerando vigesimoséptimo)

El debido cumplimiento de las funciones del órgano público

52.- Que, en primer término, la publicidad puede afectar “*el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos*”.

El Excmo. Tribunal Constitucional ha manifestado, al respecto, desde un punto de vista general:

“Como se observa, la causal está compuesta de varios elementos. En primer lugar, utiliza la expresión “*afectare*”. Con ello se apunta a que la publicidad impacte negativamente en las tareas del servicio, perjudicando o menoscabando su accionar. La fórmula constitucional no emplea las expresiones amenaza, privación o perturbación. Las comprende, pero es mucho más que eso.

En segundo lugar, la Constitución utiliza las expresiones “*debido cumplimiento*”. Con la primera de ellas resalta el que la publicidad afecta las tareas propias del servicio definidas por el legislador. También apunta a resaltar el que el precepto no da cabida a un actuar ilícito del órgano respectivo. Debido es, entonces, equivalente a competencia. Es decir, conjunto de atribuciones o potestades que en una materia específica y en un territorio determinado, el legislador entrega a cargo del órgano correspondiente.

En la expresión “*cumplimiento*”, se resalta el que lo que se entorpece con la publicidad es el desarrollo, lo que lleva a efecto, el órgano correspondiente. Es decir, aquello que debe satisfacer por mandato del legislador.

Finalmente, la Constitución emplea la expresión “*funciones*”. Es decir, lo que se debe afectar son los propósitos o finalidades que el legislador le encarga atender al respectivo órgano.” (Sentencia Rol 2919-15, de 19 de enero de 2017, considerando decimoquinto).

Agregó: “*la afectación del debido cumplimiento de las funciones, ha dicho esta Magistratura, implica impactar negativamente en las labores del servicio, interfiriendo con la publicidad en la toma de decisiones.* Ello puede traducirse en revelar o difundir prematuramente algo,



en entorpecer la deliberación interna, en dificultar el intercambio de información para facilitar las decisiones (STC 1846/2011, 2153/2013, 2246/2013).” (Sentencia recién citada, considerando decimosexto).

53.- Que el rechazo de la solicitud de acceso a los informes a que se refiere este recurso, reducido ahora al informe “Propuesta de Plan Estratégico en Seguridad Ciudadana para la región de Antofagasta y análisis caso migrantes”, de doña Elvira Oyanguren, de diciembre de 2016, se ha fundamentado en el llamado “privilegio deliberativo”, contemplado en el citado artículo 21 N° 1, letra b) del artículo primero de la Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública, el cual dispone que se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente *“tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sean adoptada.”*

En efecto, en su nota de 19 de julio de 2017, el Honorable Senador señor Araya sostuvo, a propósito del artículo 8°, inciso segundo, de la Constitución Política, que “En el presente caso no está frente a ningún acto o resolución por parte de un órgano del Estado, sino de un informe que puede o no dar lugar a un acto o resolución, que, en este caso, podría ser un proyecto de ley, oficios dirigidos a distintas instituciones públicas, gestiones realizadas ante estas últimas, propuestas dirigidas al Ejecutivo, entre tantas otras propias de la labor parlamentaria.”

Manifiestó, en relación con el artículo 3° de la Ley de Transparencia, aplicable al Congreso Nacional por mandato del artículo sexto de la ley N° 20.285, que éste hace públicas las *“decisiones que se adopten”*, “es decir, se requiere que se haya adoptado una decisión para que estos antecedentes deban ser dados a conocer, y no, una decisión no adoptada, tal como pretende la solicitante.”

Asimismo, destacó que el artículo 5° A de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional establece la publicidad respecto de *“actos y resoluciones que adopten”*, “no de aquellas que no se adopten o que se esté estudiando si se adoptan” y, en general, no señala “en parte alguna, la publicidad de los informes entregados por los asesores externos a los senadores, cuando éstos no han sido utilizados o su contenido se encuentra en estudio.”.

En cuanto a las motivaciones principales en que se sustenta el reclamo de doña Nicolle Peña, el Honorable Senador señor Araya advirtió que “funda la necesidad de publicar los documentos solicitados en razón de haber sido producidos con fondos públicos y que sirven de fundamento a la actividad de un funcionario de Estado. Sobre este



punto, destacar que la publicidad de un documento no está dada por la proveniencia de los recursos destinados a financiarlos, sino de la propia ley. Además, como se ha venido señalando en la presente, además de lo ya señalado en la denegación de acceso, esta información no ha servido de fundamento para la actividad parlamentaria aún, y eso es precisamente lo que justifica la no entrega del mismo.

“Continúa señalando que no se señala dentro de qué procedimiento se enmarcaría la decisión que se pretende adoptar con la información contenida en dicho informe. Lo anterior no es sino desconocer la forma en cómo se realiza la labor parlamentaria. En este sentido, no existen procedimientos ni cauces legalmente reglados en cuanto a la adopción, redacción o concreción de proyectos de ley, ni menos aún respecto de oficios, gestiones u otras labores que desempeña el parlamentario en el cometido que constitucionalmente les corresponde.”

Agregó: “Sin perjuicio de ello cabe tener presente que cada Senador decide libremente el momento en el cual presenta un determinado proyecto de ley, redacta oficios dirigidos a distintas instituciones públicas, o realiza gestiones antes estas últimas, o formula propuestas dirigidas al Ejecutivo, entre otras tantas propias de la labor parlamentaria, por lo que la requirente no puede forzar esa decisión en ningún caso. Como consecuencia de lo anteriormente señalado los antecedentes que un Senador utilice para la elaboración de un proyecto de ley, o para formular propuestas dirigidas al Ejecutivo, no pueden adquirir el carácter de públicos si es que aún no se toma la referida decisión, y al contrario de lo que piensa la requirente, el principio de oportunidad no se encuentra vulnerado, ya que, la decisión aún no encuentra tomada.

Entregar los antecedentes previos a la toma de la decisión significaría vulnerar el proceso de reflexión que deben tener las distintas autoridades en la toma de decisiones.”

54.- Que, en relación con la causal invocada, es pertinente señalar que, de acuerdo al Reglamento del artículo primero de la ley N° 20.285, “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” (Decreto supremo N° 13, de 2009, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, artículo 7° N° 1, letra b).

Sobre esa base, de acuerdo a lo que ha precisado el Consejo para la Transparencia, para invocar la causal de reserva descrita se debe comprobar la concurrencia de determinadas circunstancias:



“4) Que, este Consejo, ha sostenido en forma reiterada que la causal de reserva alegada, exige demostrar esencialmente, y de forma copulativa, las siguientes circunstancias:

a) *Que lo solicitado esté constituido por antecedentes o deliberaciones previas que la autoridad respectiva tenga en cuenta para adoptar una determinada decisión, medida o política.* Este requisito, según ha establecido la misma jurisprudencia de este Consejo, supone a su vez, la concurrencia de otros presupuestos, a saber:

i. *Que el proceso deliberativo sea realmente tal, es decir, que se trate efectivamente de un proceso que se encuentra pendiente de decisión por parte de la autoridad que invoca la causal en examen.*

ii. *Que exista certidumbre en la adopción de la resolución, medida o política dentro de un plazo prudencial.* Esto no apunta a conocer el momento preciso en que se tomará la decisión, sino que a la existencia de una causalidad clara entre los antecedentes que se quiere reservar y la adopción de una decisión sobre la base de aquéllos, de manera que ésta última se vaya a producir y no sea solamente una posibilidad cuya probabilidad de concreción sea incierta. Con ello se ha buscado impedir que la causal pueda invocarse de manera permanente sin más, pues de lo contrario cualquier antecedente podría ser considerado posible fuente de una futura resolución y, por lo mismo, estimarse reservado.

b) *Que la publicidad, conocimiento o divulgación de los antecedentes o deliberaciones previas vayan en desmedro del debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido.”*(considerando 4) de la Decisión adoptada el 5 de julio de 2016, recaída en el Amparo Rol C1347-16 y considerando 5) de la Decisión adoptada el 6 de noviembre de 2015, recaída en el Amparo Rol C1702-15, entre otros)

Antecedentes preliminares relacionados con la función legislativa

55.- Que conviene despejar de inmediato el punto concerniente a los antecedentes y deliberaciones (informes en derecho, minutas de evaluación, informes de asesoría y todo documento de análisis) relacionados con el proceso de elaboración de un anteproyecto de ley o de reforma constitucional, dejando establecido que, tanto el Consejo para la Transparencia como el Excmo. Tribunal Constitucional, coinciden en que la publicidad implicaría inmiscuirse en la función colegisladora.

55.1. En efecto, el Consejo para la Transparencia ha señalado:



“6) Que, en cuanto al primer requisito referido, puede constatarse de lo señalado por la reclamada en su respuesta y descargos, que los documentos solicitados en los mencionados literales *forman parte de un proceso en curso de recopilación de antecedentes y de deliberación* en virtud del cual la Presidenta de la República adoptará, en su oportunidad, la decisión de definir un determinado proyecto de ley orgánica constitucional e ingresar dicho documento a tramitación al Congreso Nacional.

7) Que, enseguida, respecto de la afectación de las funciones del órgano reclamado resulta útil tener presente lo señalado por este Consejo en la decisión de los amparos Roles C869-14 y C2109-14 - relativos a copia de informes en derecho, minutas de evaluación, informes de asesoría y todo documento de análisis elaborado en relación a la viabilidad de una reforma total a la Constitución- en cuanto a que "divulgar información de naturaleza preliminar, a juicio de esta Corporación supone inmiscuirse en el ámbito de decisión del Ministerio Secretaría General de la Presidencia en forma previa a la adopción de una medida en particular sobre la materia, afectando con ello claramente el privilegio deliberativo que en tal sentido ha consagrado el legislador en el literal b) del artículo 21 de la Ley de Transparencia. Asimismo, y como señala la reclamada, acceder a la divulgación de dichos antecedentes supondría afectar el normal desarrollo de la agenda legislativa del Gobierno, por cuanto *de conocerse las diversas alternativas analizadas* por el ejecutivo, ello eventualmente *podría restar margen de discrecionalidad a la toma de una decisión* sobre el particular." (considerandos sexto y séptimo de la Decisión adoptada el 14 de abril de 2015, recaída en el Amparo Rol C2121-14)

55.2. Por su parte, el Excmo. Tribunal Constitucional ha sostenido 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. Lo anterior explica que cuando se difunden, de manera reglada, en otros países anteproyectos de normas legales, no se hace a favor de un sujeto específico, sino de modo general. Todas las personas obtienen la información. Además, se regula la posibilidad de formular observaciones, con la ponderación consiguiente de dichas respuestas.

También, *el conocimiento de esos antecedentes puede entorpecer la elaboración del anteproyecto*, por muy diversas razones, como la exposición prematura o la difusión de un texto que no es definitivo. Asimismo, el conocimiento de un anteproyecto puede rigidizar posiciones. La elaboración de este tipo de iniciativas requiere máxima flexibilidad para coordinar distintas competencias de órganos públicos, así como diferentes intereses que puedan ser afectados. Implica también ajustar la agenda



programática del Gobierno; calzar el anteproyecto con la planificación legislativa.

Finalmente, no hay que olvidar que el anteproyecto no tiene aún una decisión. Es un borrador dentro del Gobierno. Y cuando se envía al Congreso, es sólo una propuesta, que éste puede cambiar o rechazar” (sentencia de 31 de enero de 2013, recaída en la causa rol 2.246-12, considerando octogésimo).

Corroborando esas reflexiones, añadió: “La Constitución, en su artículo 8°, expresamente contempla como causal de secreto o reserva si la publicidad afecta el debido cumplimiento de las funciones de los órganos del Estado.

Para este Tribunal, *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.” (sentencia mencionada, considerando octogésimo noveno, dos párrafos finales)

56.- Que los fundamentos de las resoluciones mencionadas en el considerando precedente, si bien éstas fueron adoptadas en relación con los antecedentes evaluados por el Gobierno para la elaboración de anteproyectos de Mensajes Presidenciales, son aplicables a los informes en derecho, minutas de evaluación, informes de asesoría, y en general todo documento de análisis preliminar que encarguen los señores Senadores, destinados a adoptar decisiones en ejercicio de la función legislativa que les corresponde, en su calidad de órganos colegisladores, así como a las deliberaciones que sostengan para la misma finalidad.

Aplicación de la causal de secreto o reserva a los antecedentes solicitados

57.- Que el documento objeto de la solicitud de acceso a la información que continúa denegada, esto es, la “Propuesta de Plan Estratégico en Seguridad Ciudadana para la región de Antofagasta y análisis caso migrantes”, fue encargado por el Honorable Senador señor Araya para el desarrollo de actividades comprendidas dentro de su función parlamentaria, por lo que deben ajustarse a las reglas generales expuestas precedentemente y, en consecuencia, ha de examinarse si se configura la causa constitucional invocada, consistente en que “la documentación requerida se refiere a antecedentes previos a la toma de una decisión”.



58.- Que, como se indicó en el considerando 54, para que se configure la excepción consistente en que la publicidad afecta el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente *“tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política”*, se requiere la concurrencia de dos requisitos copulativos, a saber: a) que la información requerida sea un antecedente o deliberación previa a la adopción de una resolución, medida o política; y b) que su conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano.

59.- Que, en relación con el primer punto, la protección que brinda la Carta Fundamental a la función parlamentaria del Honorable Senador señor Araya, al amparar el privilegio deliberativo de las decisiones que le corresponde adoptar en ejercicio de ella, reclama que los informes solicitados sean antecedentes previos de un proceso decisorio que el señor Senador esté llevando a cabo, de forma que la publicidad de los mismos afecte una toma de decisión cercana de su parte.

El Honorable Senador señor Araya señaló en su momento que se trata *“de un informe que puede o no dar lugar a un acto o resolución, que, en este caso, podría ser un proyecto de ley, oficios dirigidos a distintas instituciones públicas, gestiones realizadas ante estas últimas, propuestas dirigidas al Ejecutivo, entre tantas otras propias de la labor parlamentaria.”*

El señor Senador, en la justificación de su rechazo a entregar el documento, así como en la nota de 17 de julio enviada a la Comisión, no individualizó el proceso decisorio que se encontraría en curso, como cuestiona la reclamante: *“no se señala dentro de qué procedimiento relacionado con la labor legislativa dicha decisión se está adoptando. Es decir, se está invocando una excepción legal sin fundamentar de qué forma dicha excepción se configura en el caso concreto y cómo se justifica que se deniegue el acceso a información que es de carácter público.”*

En el curso de la sesión de 13 de septiembre, como se consignó en el considerando 13, el Senador señor Araya precisó que su negativa a la entrega del informe en cuestión descansa en dos objetivos fundamentales: contribuir a formarse opinión sobre el proyecto de ley del Gobierno que establece un nuevo régimen para los migrantes, incluyendo la presentación de las indicaciones que estime convenientes, y el envío de oficios a diferentes autoridades sobre las materias allí tratadas. En consecuencia, esos dos serían los procesos decisorios que se encuentran en curso.

La Comisión estimó atendible la invocación de ambas circunstancias, en relación con las cuales el informe tendría la calidad



de antecedente previo a la adopción de una resolución, medida o política, utilizado en el proceso deliberativo conducente a una toma de decisiones.

60.- Que, en relación con el segundo punto, vale decir, que el conocimiento de los antecedentes que se solicitan afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, de los motivos expuestos por el Honorable Senador señor Araya es dable inferir que la publicidad anticipada del informe podría afectar su función parlamentaria.

Cabe consignar que una parte del informe requerido se refiere a la situación de los migrantes, materia que regula el aludido proyecto de ley que “establece nueva Ley de Migraciones” (Boletín N°11395-06), originado en un Mensaje Presidencial, cuya tramitación legislativa se inició el 23 de agosto de este año en la Honorable Cámara de Diputados.

Teniendo en vista los pronunciamientos del Consejo para la Transparencia y del Excmo. Tribunal Constitucional reseñados en el considerando 55, la Comisión juzgó razonable estimar que la publicidad de antecedentes y propuestas aún no divulgadas puede influir en el desarrollo normal de la planificación de su actividad legislativa efectuada por el Senador señor Araya, al atribuírsele una posición, la contenida en el informe, que en definitiva podrá compartir o de la cual podrá discrepar, sea por razones de mérito, de oportunidad o incluso de planteamientos políticos legislativos, restándole margen de discrecionalidad a la toma de decisiones sobre el particular.

Difundir ese informe, invocando el derecho de acceso a la información pública, sin que su destinatario, el Senador señor Araya, haya tenido la oportunidad formal de dar a conocer su posición mediante la presentación de indicaciones, o, al menos, durante la discusión en general que tenga lugar en el Senado sobre el proyecto de ley en que se aborda la migración, afectaría el adecuado ejercicio de la función parlamentaria del mencionado señor Senador.

Es dable señalar que, al ser éste el órgano público al que ampara la causa de restricción a la publicidad, puesto que tal difusión afecta el debido cumplimiento de su función parlamentaria, el denominado “privilegio deliberativo” resguarda dicha ausencia de publicidad hasta que adopte su decisión y la manifieste en el procedimiento respectivo, esto es, el legislativo, si el informe o documento en general trata de una materia de este orden. Esa protección, en principio, no se extiende a la tramitación completa que pueda tener el proyecto de ley, como sucedería si el órgano involucrado fuese el Senado.

El ejercicio de la función parlamentaria del Senador señor Araya, del mismo modo, se vería afectado por la publicidad



de los antecedentes o propuestas contenidos en el informe de que se trata, antes de que las autoridades a quienes se requeriría su opinión sobre ellos reciban los oficios correspondientes.

La Comisión, en consecuencia, aceptó que se configura en la especie la causal de secreto o reserva contemplada en el artículo 21 N° 1, letra b) del artículo primero de la Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública.

61.- Que es efectivo, como expresa el Senador señor Araya, que “no existen procedimientos ni cauces legalmente reglados en cuanto a la adopción, redacción o concreción de proyectos de ley, ni menos aún respecto de oficios, gestiones u otras labores que desempeña el parlamentario en el cometido que constitucionalmente les corresponde”, y que “cada Senador decide libremente el momento en el cual presenta un determinado proyecto de ley, redacta oficios dirigidos a distintas instituciones públicas, o realiza gestiones antes estas últimas, o formula propuestas dirigidas al Ejecutivo, entre otras tantas propias de la labor parlamentaria.”

De ello no se colige, sin embargo, que el ejercicio de un derecho constitucional pueda quedar en suspenso indefinidamente, o un lapso prolongado, en virtud de la sola invocación de la existencia de un proceso de toma de decisiones que se encontraría en curso. Tampoco que desaparezca, porque la autoridad no adopte nunca una decisión o ésta sea simplemente la de archivar el documento, como ocurriría de acogerse el criterio, sostenido por el señor Senador, de que la publicidad sólo puede recaer sobre antecedentes de decisiones que se hayan adoptado, “no de aquellas que no se adopten o que se esté estudiando si se adoptan”.

El Consejo para la Transparencia exige, acertadamente, *que se trate efectivamente de un proceso que se encuentra pendiente de decisión por parte de la autoridad que invoca la causal en examen, y ello hace recaer la carga de la prueba en el órgano respecto de quien se pide la información. “Con ello se ha buscado impedir que la causal pueda invocarse de manera permanente sin más, pues de lo contrario cualquier antecedente podría ser considerado posible fuente de una futura resolución y, por lo mismo, estimarse reservado.”*

Precisamente por estar en presencia de una excepción a la regla general de publicidad de los documentos que obren en poder del Senado, debe estar acreditada la causal constitucional, desarrollada en la ley, que justifica la negativa a proporcionarlos. En el caso de procesos que se encuentran pendientes de decisión, cuando la duración de ese proceso, e incluso, su misma existencia, depende de la sola voluntad de la misma autoridad que deniega el acceso a la información, desde luego que debe ser superior el nivel de exigencia en cuanto a la comprobación de la causal que se invoca para justifica la negativa.



En el caso del informe “Propuesta de Plan Estratégico en Seguridad Ciudadana para la Región de Antofagasta y análisis caso migrantes”, de que se trata, el Honorable Senador señor Araya solicitó su elaboración en el mes de diciembre de 2016, mes en que quedó concluido. Consultado por el Departamento de Informaciones al recibir la solicitud de acceso a la información, en el mes de marzo pasado, planteó un lapso de *“aproximadamente nueve meses”* para darle publicidad. La indeterminación de la oportunidad o el plazo en que concluiría el proceso decisorio que se invoca, en particular el consistente en el envío de oficios a diversas autoridades, no se aviene con el carácter de restricción o limitación al derecho de acceso a la información pública, ni con una de los elementos constitutivos que configuran un proceso deliberativo propiamente tal, a juicio del Consejo para la Transparencia: *que exista certidumbre en la adopción de la resolución, medida o política dentro de un plazo prudencial.*

62.- Que, por lo expresado en el considerando precedente, la Comisión aceptará la negativa a proporcionar el informe solicitado por la causal que se examina: en lo que atañe a la parte en que desarrolla la situación de los migrantes, de acuerdo al considerando 60, y en lo que concierne al resto del informe, en el entendido de que el Senador señor Araya procederá a despachar o solicitar el despacho de los oficios derivados del mismo, a las autoridades que estime conveniente, dentro del plazo prudencial que comunicará a la Comisión, considerando el lapso que ya ha transcurrido desde que recibió dicho documento.

Los derechos de las personas

63.- Que, por otra parte, la publicidad puede afectar “los derechos de las personas”, cualquiera sea su naturaleza.

Desarrollando esa causa constitucional, el artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia, establece que “Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes: ... Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento *afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico.*”

Los derechos de carácter comercial y económico

64.- Que la negativa a proporcionar la información solicitada se fundó, asimismo, en que *“cuando los servicios son prestados por escrito, el Senado se encuentra obligado a reconocer la autoría del emisor del documento, circunstancia por la que no es posible entregarlo a terceros, sin la autorización expresa tanto de su autor como del destinatario”.*



El Honorable Senador señor Araya, en su nota de 17 de julio recién pasado, reafirma ese planteamiento, acotando que, sin embargo, el Departamento de Informaciones del Senado “a continuación sólo se refiere a la respuesta otorgada por mi persona, *dejando de lado el consentimiento que expresamente, debería otorgar la autora de los documentos*, el cual según entiendo, tampoco ha sido otorgado.”

65.- Que, para determinar si la información que se solicita contiene antecedentes cuya divulgación pueda afectar los *derechos económicos y comerciales* de una persona, natural o jurídica, el Consejo para la Transparencia ha establecido los criterios que deben ser acreditados por los eventualmente afectados:

“Así, la información debe cumplir con las siguientes condiciones o requisitos: a) ser *secreta*, es decir, no generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza ese tipo de información; b) *ser objeto de razonables esfuerzos para mantener su secreto*; y c) *tener un valor comercial por ser secreta*, esto es, que dicho carácter proporcione a su titular una ventaja competitiva (y por el contrario, su publicidad afecte significativamente su desenvolvimiento competitivo).” (considerando 3) de la Decisión de 31 de enero de 2017, relativa al Amparo Rol C3406-16; considerando 5) de la Decisión adoptada el 25 de noviembre de 2016, recaída en el Amparo Rol C2910-16, entre otras).

66.- Que, dentro de este contexto, el Consejo ha examinado diversas situaciones en las cuales se ha argüido que la entrega de la información pedida afectaría los derechos emanados de la propiedad intelectual.

“En este punto conviene señalar que si bien en una decisión anterior, la C339-10, este Consejo entendió que Ley de Propiedad Intelectual establecía que “...solamente el autor o la persona que éste autorice puede utilizar una obra, como también que sólo corresponde al titular de éste decidir sobre la divulgación parcial o total de la obra” (consid. 23°), reclamada esta decisión de ilegalidad la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia Rol 6804-2010, de 24 de junio de 2011, resolvió en su considerando 8° que los propósitos de la Ley sobre propiedad intelectual y los de la Ley de Transparencia: «...son radicalmente diferentes. La autorización prevista en la Ley de Propiedad Intelectual corresponde al permiso que otorga el titular del derecho de autor para que un tercero pueda “utilizar públicamente” una obra de su dominio privado, esto es, para que pueda publicarla por cualquier medio de comunicación al público, reproducirla a través de cualquier procedimiento, adaptarla o modificarla, ejecutarla públicamente, distribuirla o transferirla, sea en original o en ejemplares de la obra. En cambio, la autorización idónea para los efectos de la ley 20.285 tiene por única finalidad la de posibilitar el mero acceso a la



información y, desde luego, en caso alguno importa un permiso para su aprovechamiento, ni menos comporta acto de disposición o de enajenación de la obra. Tanto es así que el legislador, conforme se ha visto, otorga al silencio el valor de una manifestación de voluntad positiva para hacerse de la información». Este Consejo, en lo sucesivo, estima que este último criterio es el que debe observarse en esta materia.”

“Al respecto, *si bien es dable reconocer los derechos de autor sobre los manuales inscritos a nombre de la empresa ASD S.A., la divulgación de éstos no es impedimento para que con posterioridad el autor de la obra ejerza los derechos morales y patrimoniales que le reconoce la Ley N° 17.336, sobre propiedad intelectual, ni para el ejercicio de las acciones que consagra dicha ley en caso de utilización de su obra.* Por ello, su comunicación, en tanto fundamento de un acto administrativo, no afecta sus derechos y encuentra fundamento en lo dispuesto por el artículo 5° de la Ley de Transparencia, toda vez que se trata de documentos que han servido de sustento o complemento directo y esencial a la dictación de una resolución administrativa, máxime tratándose de antecedentes cuya divulgación permite el control social respecto de las autorizaciones que otorga un órgano del Estado –la DGAC– para la realización de cursos y entrenadores de procedimientos de vuelo, razón por la que se rechazará la oposición fundada en dicha alegación, y se acogerá el amparo en esta parte, requiriéndose al órgano reclamado a fin de que entregue al reclamante copia de los planes de estudio solicitados.” (considerando 17) de la Decisión adoptada el 29 de agosto de 2012, recaída en el Amparo Rol C694-12).

Ese predicamento ha sido reiterado con posterioridad, en otros casos en que el tercero “alegó que la publicidad de su proyecto afectaría su derecho de propiedad intelectual. En lo que atañe a este punto, este Consejo ha sostenido en decisiones anteriores, que el criterio aplicable en relación a la afectación a los derechos de propiedad intelectual, es aquél contenido en el considerando 17° de la decisión recaída en el amparo Rol C694-12, en cuanto a que la divulgación de material reconocido por el derecho de autor no constituiría impedimento para que, con posterioridad, el autor de la obra ejerza los derechos morales y patrimoniales que le reconoce la Ley N° 17.336, sobre Propiedad Intelectual, ni para el ejercicio de las acciones que consagra dicho cuerpo legal, en caso de utilización de su obra.” (considerando 7) de la Decisión adoptada el 6 de noviembre de 2015, recaída en el Amparo Rol C1702-15).

67.- Que los razonamientos anteriores son aplicables a los informes de las personas naturales o jurídicas contratadas por el Senado para colaborar con la función parlamentaria de uno o más Senadores en calidad de asesores externos, puesto que, de acuerdo a su naturaleza, no son obras protegidas por la ley de propiedad intelectual o, por el contrario, están en efecto amparadas por la propiedad intelectual “por el



solo hecho de la creación de la obra”, de acuerdo al artículo 1° de la ley N° 17.336.

El régimen contractual aplicable a la generalidad de las obras producidas por los asesores externos, en virtud de contratos a honorarios, contempla ambas situaciones, dejando constancia que los documentos a que dan origen (especialmente las minutas o reportes en formulario de las actividades de asesoría que se han realizado) no están protegidos por la propiedad intelectual o, si lo fueran, sus autores ceden en forma expresa los derechos de autor al Senado. En este último caso, por consiguiente, esta Corporación tiene la calidad de titular secundario de los derechos de autor, lo que guarda directa relación con la naturaleza de los recursos públicos empleados para su generación por medio de ese vínculo contractual.

Ello no es extraño al régimen de propiedad intelectual, ya que el artículo 88 de la citada ley sobre propiedad intelectual dispone que “el Estado, los Municipios, las Corporaciones oficiales, las Instituciones semifiscales o autónomas y las demás personas jurídicas estatales *serán titulares del derecho de autor respecto de las obras producidas por sus funcionarios en el desempeño de sus cargos.*”.

Sin embargo, como apunta el Consejo para la Transparencia, siguiendo el pronunciamiento de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago aludido en el considerando 60, el derecho de acceso a la información puede ejercerse respecto de obras protegidas conforme con la ley N° 17.336, porque la sola autorización de acceso a la obra no implica afectar las prerrogativas exclusivas del titular de los derechos de autor.

Otra cosa es que la persona a quien se le hace entrega de tal información, eventualmente, una vez que ésta se encuentre en su poder, vulnere tales derechos realizando la publicación, reproducción, comunicación pública o distribución de la obra protegida sin contar con la autorización del titular de los derechos, de acuerdo a los artículos 6, 17, 18 y 19, o introduciéndole modificaciones, alterando su paternidad o perpetrando otras conductas que afecten el derecho moral a que se refiere el artículo 14 del mismo cuerpo legal. En tal caso, corresponderá ejercer las acciones legales para proteger los derechos vulnerados.

68.- Que, por las reflexiones contenidas en los tres considerandos anteriores, no resulta procedente en derecho la fundamentación de la negativa a proporcionar la información solicitada, basándose en que se requiere autorización expresa del autor o del destinatario.



Tal consentimiento no se requiere de la señora Oyanguren en cuanto titular del derecho de autor, ya que quien tiene esta calidad es el Senado, como titular secundario. Por ello bastó la consulta efectuada al Honorable Senador señor Araya, pero por motivaciones completamente diferentes de las normas sobre propiedad intelectual. Dicha consulta fue pertinente por la eventualidad de que se viera afectada la causal de secreto o reserva consistente en que la publicidad de los informes, que tuvieron su origen en el empleo de recursos contenidos en la asignación de asesoría externa, destinados a colaborar con el desempeño de su función parlamentaria, afectase el debido cumplimiento de dicha función.

La comunicación previa a las personas a que se refiere o afecta la información

69.- Que es conveniente señalar que, en íntima relación con la causal de afectar “*los derechos de las personas*”, el artículo 20 de la Ley de Transparencia establece un procedimiento, destinado a darle conocimiento de la solicitud “*a las personas a que se refiere o afecta la información correspondiente*”, para el efecto de que puedan oponerse a la entrega de la misma.

Establece ese artículo: “Cuando la solicitud de acceso se refiera a documentos o antecedentes que contengan información que pueda afectar los derechos de terceros, la autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, requerido, dentro del plazo de dos días hábiles, contado desde la recepción de la solicitud que cumpla con los requisitos, deberá comunicar mediante carta certificada, a la o las personas a que se refiere o afecta la información correspondiente, la facultad que les asiste para oponerse a la entrega de los documentos solicitados, adjuntando copia del requerimiento respectivo.

Los terceros afectados podrán ejercer su derecho de oposición dentro del plazo de tres días hábiles contado desde la fecha de notificación. La oposición deberá presentarse por escrito y requerirá expresión de causa.

Deducida la oposición en tiempo y forma, el órgano requerido quedará impedido de proporcionar la documentación o antecedentes solicitados, salvo resolución en contrario del Consejo, dictada conforme al procedimiento que establece esta ley.

En caso de no deducirse la oposición, se entenderá que el tercero afectado accede a la publicidad de dicha información.”.

Por consiguiente, en la situación descrita se generan dos efectos para el Senado, como órgano requerido: el primero es el



deber de comunicar a la persona a que se refiere o afecta la información correspondiente la facultad que le asiste para oponerse a la entrega de los documentos solicitados, y el segundo la obligación de no proporcionar la documentación o antecedentes solicitados, si ese afectado ejerce su derecho de oponerse en tiempo y forma. Sólo si no deduce oposición, se entenderá que accede a la entrega requerida.

La Excm. Corte Suprema ha destacado que: “en estas condiciones, es menester concluir que *la comunicación al interesado constituye un trámite esencial en el procedimiento administrativo destinado a establecer si la información en cuestión puede ser dada a conocer al solicitante de ella.*” Ha añadido “que en concordancia con lo antes expuesto, es relevante resaltar el respeto a *la garantía del debido proceso* establecida en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, en cuanto *comprende el derecho de las partes a ser oídas en la tramitación de los asuntos que puedan afectar sus derechos*, la que no sólo alcanza la instancia jurisdiccional sino que, además, debe entenderse que se extiende a la sede administrativa.” (Sentencia de la Excm. Corte Suprema de 12 de mayo de 2016, recaída en los autos Rol N° 17.518-2016, considerandos sexto y séptimo. En el mismo sentido, sentencia de 3 de abril de 2014, recaída en los autos Rol N° 11.495-2013, considerandos séptimo y octavo).

El Consejo para la Transparencia, en distintas oportunidades, ha advertido que el órgano requerido no comunicó la solicitud de información al tercero interesado, por lo cual procedió a notificarlo y conferirle traslado para que pudiera pronunciarse dentro de plazo. Ese tercero era la institución que había elaborado el informe, en un caso, y en otro, si bien se había consultado a la universidad autora, no se había hecho lo mismo con la empresa consultora y la fundación coparticipantes, todas las cuales eran titulares de derechos intelectuales inscritos en el Conservador de Derechos Intelectuales (considerando 3) de la Decisión adoptada el 28 de abril de 2017, recaída en el Amparo Rol C3818-16 y considerando 4) de la Decisión adoptada el 25 de noviembre de 2016, recaída en el Amparo Rol C2910-16, respectivamente).

70.- Que, en el caso del Senado, los terceros afectados en sus derechos por la solicitud de acceso a la información, distintos del órgano que la recibe, pueden ser uno o más Senadores determinados o una persona natural o jurídica, pública o privada.

Ahora bien, el artículo 20 de la Ley de Transparencia no se encuentra entre las disposiciones que son aplicables al Congreso Nacional en virtud del artículo sexto de la ley N° 20.285 o del artículo 4° de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional. Sin embargo, está incorporado en la normativa institucional sobre la materia, específicamente en el artículo 6° del “Reglamento para la tramitación de las solicitudes de información a que se refiere la Ley de Transparencia de la



Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado”, dictado por el Secretario General del Senado mediante Resolución N° SG-04/2.009, de 4 de mayo de 2009, en ejercicio de la facultad contenida en los números 7° y 8° del artículo 221 del Reglamento del Senado.

El aludido artículo 6° de dicho Reglamento, en su inciso primero, establece: “El Secretario General estará obligado a proporcionar la información que se le solicite, salvo que concurra la oposición de terceros regulada en el artículo 20 de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado o alguna de las causales de secreto o reserva que establece el artículo 21 de la misma ley.”

Por consiguiente, tratándose de la solicitud de acceso a la información cuya denegatoria motiva este reclamo, al quedar dilucidado que la sola existencia de derechos de propiedad intelectual no obsta a la aplicación de las normas que regulan el acceso a la información, más aún cuando ellos pertenecen al Senado, no se advierte la existencia de terceros a quienes pueda afectar la publicidad de la información. De allí que, a diferencia de lo que estima el Honorable Senador señor Araya, no fue procedente la aplicación del procedimiento del artículo 20 de la Ley de Transparencia respecto de la señora Elvira Oyanguren Muñoz.

Una situación distinta es la de los señores Senadores, respecto de los cuales, por las motivaciones desarrolladas en los considerandos 40 a 49, el Secretario General del Senado debe consultarles previamente y luego enviar la información solicitada, o negarse a proporcionarla si mediara alguna causa de secreto o reserva. Todo ello, sin perjuicio de que, si se somete el asunto a consideración de esta Comisión en virtud de recurso interpuesto por el solicitante, ésta procederá a examinar la conformidad o disconformidad de la respuesta con los hechos y las normas aplicables, y resolverá en consecuencia.

Como se apuntó en el considerando 68, en la especie se realizó esa consulta al Honorable Senador señor Araya, por lo que no se advierten objeciones respecto del procedimiento aplicado.

La seguridad pública

71.- Que, si bien la negativa a entregar el informe solicitado y el reclamo deducido al respecto involucraron las dos causas constitucionales de secreto o reserva ya examinadas, consistentes en que la publicidad pudiese afectar “el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos” o “los derechos de las personas”, en la nota enviada el 17 de julio de 2017 a la Comisión, el Honorable Senador señor Araya adiciona otra causa, la de afectar la “seguridad de la Nación”.



Expone, en efecto, “que la información contenida en ambos informes, a ser relativa a seguridad ciudadana, *contienen información sensible y que puede afectar de manera considerable las políticas en materia de seguridad pública de la Región de Antofagasta, afectando la seguridad de la población e incluso de las policías y demás órganos encargados de la persecución penal y de la seguridad pública.*”

Aunque no la menciona en forma expresa, de esa manera alude a la causal de secreto o reserva contenida en el artículo 21, número 3, de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado, que permite denegar total o parcialmente el acceso a la información “cuando su publicidad, comunicación o conocimiento *afecte* la seguridad de la Nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o *la mantención del orden público o la seguridad pública.*”

72.- Que, al respecto, es necesario dejar constancia que, en la especie, estamos en presencia de una decisión adoptada por el órgano competente sobre la base de los fundamentos que exteriorizó en esa oportunidad, esto es, la negativa a proporcionar acceso a la información solicitada, que resolvió el Secretario General del Senado invocando la concurrencia de dos causales determinadas de secreto o reserva.

En esa medida, no resulta procedente en derecho cambiar o adicionar los fundamentos de un acto que no sólo ha sido emitido, sino que fue notificado y ha surtido efectos frente a terceros, el principal de los cuales fue precisamente habilitar a la solicitante afectada para interponer el recurso de que se trata ante esta Comisión. La alegación tardía de una nueva causal, por lo mismo, debe ser desechada de plano.

73.- Que, no obstante lo anterior, actuando de oficio, esta Comisión deja constancia que no comparte la argumentación del Honorable Senador señor Araya en cuanto a que la publicidad de los informes recabados afecte la seguridad pública, por las mismas justificaciones que ha tenido en cuenta el Consejo para la Transparencia para acoger amparos presentados contra el Ejército de Chile y Carabineros de Chile.

El Consejo ha observado que *la afectación “implica necesariamente la existencia de un perjuicio o daño al bien jurídico de que se trate, para el caso de divulgarse la información.* En efecto, no basta sólo con que la información «se relacione» con el bien jurídico protegido o que le resulte «atingente» para los efectos de mantener tal información en secreto o reserva, sino que se precisa la afectación”. “En tal sentido, el criterio que ha aplicado uniformemente este Consejo es que *la afectación debe ser presente o probable y con suficiente especificidad para*



justificar la reserva, lo que no se presume sino que debe ser acreditado por el órgano administrativo requerido, de modo que los daños que la publicidad provocaría sean superiores al perjuicio que el secreto causaría al libre acceso a la información y al principio de publicidad.” (considerando 8) de la Decisión de 27 de diciembre de 2016, recaída en el Amparo Rol N° C2956-16 y considerando 7) de la Decisión adoptada el 28 de febrero de 2017, recaída en el Amparo Rol N° C3386-16)

Adicionalmente, el Consejo destacó lo razonado por la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de fecha 23 de noviembre de 2010, recaída en la causa rol 2275-2010, que rechazó un reclamo de ilegalidad interpuesto por el Consejo de Defensa del Estado en representación del Ejército de Chile, en contra de la Decisión del Consejo relativa al Amparo Rol C512-09. La Corte rechazó el reclamo debido a que “Las afirmaciones del reclamante de que los antecedentes denegados, en conocimiento de potenciales adversarios, les permitiría diseñar estrategias defensivas u ofensivas que dañen gravemente al país, a sus intereses y a su población, *por no estar respaldadas en antecedentes concretos, constituyen sólo apreciaciones personales y subjetivas”* (considerando 9 de las Decisiones citadas de 27 de diciembre de 2016 y 28 de febrero de 2017),

SE RESUELVE:

1.- **HA LUGAR** al recurso presentado por doña Nicolle Peña López (correo electrónico nicolle.pe.lopez@gmail.com), solicitando que se reconsidere la negativa a entregar la información pedida mediante solicitud SOL006411, sólo en cuanto se refiere al informe denominado “Diagnóstico y análisis de la seguridad ciudadana en la Región de Antofagasta”, de doña Elvira Oyanguren, de noviembre de 2016, atendido lo consignado en el considerando 13.

Se deja constancia de que la entrega que se dispone no constituye autorización para los efectos a que se refieren los artículos 6, 17, 18 y 19 de la ley N° 17.336, sobre propiedad intelectual.

2.- **SE RECHAZA** el mencionado recurso, en lo que respecta al informe denominado “Propuesta de Plan Estratégico en Seguridad Ciudadana para la región de Antofagasta y análisis caso migrantes”, de doña Elvira Oyanguren, de diciembre de 2016.

3.- **OFÍCIESE** al Honorable Senador señor Pedro Araya Guerrero, acompañando copia de esta Resolución, a fin de que se sirva informar el plazo a que se refiere el considerando 62.

4.- **OFÍCIESE** al señor Secretario General del Senado, acompañando copia de esta Resolución, a fin de que se sirva disponer la entrega a la recurrente de copia del informe mencionado en el



número 1, que obra en poder del Departamento de Finanzas de la Corporación.

NOTIFÍQUESE Y PUBLÍQUESE.

Aprobado por unanimidad, en sesiones celebradas los días 12 de abril, 9 y 16 de agosto, 6 y 13 de septiembre de 2017, con la asistencia de los Honorables Senadores señores Hernán Larraín Fernández (Presidente), Alfonso De Urresti Longton, José García Ruminot, Alejandro Guillier Alvarez e Ignacio Walker Prieto.

Hernán Larraín

[Signature]

[Signature]