

Reserva Legal en materia de Secreto o Reserva

Como mencionamos en la jurisprudencia del [Boletín Jurídico N° 14](#), el legislador normó en el artículo 21 N° 5 de la Ley de Transparencia como causal en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8° de la Constitución Política.

Al respecto, la disposición transitoria 1° de la Ley de Transparencia establece que se entenderá que cumplen con la exigencia de quórum calificado los preceptos legales actualmente vigentes y dictados con anterioridad a la promulgación de la ley, siempre que establezcan el secreto o reserva de determinados actos o documentos en conformidad a las causales que señala el artículo 8° de la Constitución Política ([C486-09](#)). De esta forma, el legislador limitó este efecto únicamente a las disposiciones legales, sin extenderlo a norma de rango infralegal como sería un reglamento emanado de la potestad reglamentaria del Presidente de la República ([A314-09](#)), por lo que puede hablarse de una reserva legal en materia de causales de secreto.

En este sentido la Contraloría General de la República ha señalado en el dictamen N° 48.302/2007, que luego de la reforma constitucional de 2005 y en virtud del principio de supremacía constitucional establecido en el artículo 6° de la Constitución, la declaración de secreto o reserva de la información quedó radicada solamente en el legislador, específicamente en la ley de quórum calificado, y por tanto con exclusión de cualquier otro órgano con potestades normativas, debiéndose entender, por lo tanto, que desde el año 2005 han quedado derogadas todas las normas legales que delegaban a un reglamento la calificación de secreto o reserva ([A59-09](#), [A165-09](#) y [A314-09](#)).

Desde el 23 de mayo al 3 de junio de 2011, el Consejo para la Transparencia ha publicado 54 decisiones. En este número destacamos seis de ellas, las que pasamos a analizar.

Inexigibilidad en caso fortuito o fuerza mayor

En decisión [C206-11](#), el Consejo se pronunció sobre la solicitud que se hizo a la Municipalidad de San Ignacio, sobre la copia de una resolución alcaldía de 1987 y un oficio que especifica del año 1988, requerimiento que no fue respondido dentro del plazo legal.

En sus descargos, el órgano reclamado señaló que por razones de fuerza mayor no cuentan con la información requerida. Esto, pues ella no estaría habida desde un incendio ocurrido el año 2000 en las dependencias municipales, lo que se acreditó con certificado de Bomberos y recortes de prensa en los que se da cuenta del incendio que destruyó las dependencias de educación y salud de la Municipalidad.

El Consejo determinó que aun siendo que lo solicitado es información de carácter pública, a la luz de los antecedentes acompañados es posible dar por acreditada la completa destrucción de los departamentos en los que se encontraba la información que, en consecuencia, no es posible encontrar. Esto, más aun teniendo en consideración la data de la información requerida, pues atendida su antigüedad, resulta lógico estimar que no se contaba con respaldo electrónico de la misma.

El Consejo tuvo presente lo señalado por la Contraloría General de la República en dictamen N° 35.565 de 2007, en cuanto estimó que la inutilización de documentos por consecuencia de una inundación no es una causal de aquellas previstas en la Circular N° 28.704 de 1981, sobre Disposiciones y Recomendaciones Referentes a Eliminación de Documentos. Sin embargo, constituye un caso fortuito o de fuerza mayor, esto es, un imprevisto imposible de resistir según los términos del artículo 45 del Código Civil, de modo que tratándose de un hecho consumado e irreversible, el Consejo rechaza el amparo, recomendando se adopten las medidas de seguridad que sean necesarias a fin de evitar que a futuro se repitan situaciones de siniestro como la expuesta.



Improcedencia del Reclamo de Ilegalidad en caso de denegación por afectación al debido funcionamiento del servicio

El 20 de mayo, la Corte de Apelaciones de Santiago declaró en sentencia [Rol 5975-2010](#), por unanimidad de sus miembros, la inadmisibilidad del reclamo de ilegalidad interpuesto por la Superintendencia de Seguridad Social en contra del Consejo para la Transparencia y su decisión [C193-10](#), en la que se accede a la entrega del listado de médicos que fueron investigados por otorgar licencias médicas excediendo el promedio anual de emisión, pero que no fueron posteriormente querrellados o denunciados ante el Ministerio Público.

En su oportunidad, la Superintendencia había denegado la entrega de esta información

reserva (A59-09, A165-09 y A314-09).

En consecuencia, en decisión [C323-10](#) el Consejo señaló que la Contraloría entendió que todos los reglamentos dictados con anterioridad a 2005 se encontrarían derogados por el artículo 8° de la Constitución, sin que siquiera sea pertinente examinar si tales preceptos se encuadran en alguna de las causales del artículo 8° que permiten disponer el secreto o reserva de la información, por cuanto no cumplen con la exigencia principal de estar establecidas en una ley de quórum calificado de acuerdo a lo que dispone el artículo 21 N° 5 de la Ley de Transparencia, ni puede reputarse como tal en virtud del artículo 1° transitorio del mismo cuerpo legal.

Todo esto tiene una explicación que deriva de la historia fidedigna de la ley, en cuanto la iniciativa promovida por los senadores Hernán Larraín y Jaime Gazmuri apuntaba principalmente a rectificar los abusos en que incurrió la Administración del Estado, especialmente a través del decreto supremo N° 26 de 2001, que permitía a los organismos públicos dictar reglamentos confiriendo el carácter de documentación secreta o reservada. Se consideró relevante terminar con esta limitación infralegal, dando real eficacia a los postulados de ética y probidad al servicio de los ciudadanos, promoviendo la cultura de la transparencia y garantizando el derecho constitucional de acceso a la información pública.

Las decisiones revisadas en este número corresponden a amparos presentados contra el Servicio Agrícola y Ganadero ([A59-09](#), [A165-09](#) y [A314-09](#)), Subsecretaría de Justicia ([C323-10](#)) y Servicio Nacional de Pesca de la Región de Los Lagos ([C486-09](#)).

En su oportunidad, la Superintendencia había denegado la entrega de esta información aludiendo a que esta sería secreta o reservada en virtud del artículo 21 N° 1 letra a) de la Ley de Transparencia, esto es, la afectación del debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, por ir 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. Además, invocan la causal del artículo 21 N° 5 de la ley, por cuanto el Código Procesal Penal establecería el deber de los funcionarios de guardar secreto de las actuaciones de la investigación de que hubieren tenido conocimiento.

El Consejo rechaza la invocación de ambas causales en atención a que actualmente no existiría controversia jurídica alguna respecto de la cual dicha información pudiera constituir un antecedente necesario para su defensa judicial ([ver Boletín Jurídico N° 1](#)), por lo que no es posible advertir de que manera su divulgación implicaría afectar una eventual investigación y en qué medida lo anterior produciría la afectación del debido cumplimiento de las funciones de la Superintendencia.

Tampoco se verifica la causal del artículo 21 N° 5, por cuanto aun cuando efectivamente el artículo 182 del Código Procesal Penal tendría rango de quórum calificado para tales efectos ([ver Boletín Jurídico N° 14](#)), esta norma se refiere al secreto de las actuaciones de investigación realizadas por el Ministerio Público, pero no resulta aplicable respecto de aquellas investigaciones o auditorías que la Superintendencia haya realizado o esté realizando de mutuo propio y que no sean parte o no hayan dado origen a una investigación del Ministerio Público.

Por el contrario, el Consejo advierte una evidente ventaja en la divulgación de la información, ya que permite dar cuenta a los ciudadanos acerca del debido cumplimiento de las funciones fiscalizadoras del órgano requerido, por lo que acoge el amparo.

Ante esto la Superintendencia interpone reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago, la que por la unanimidad de sus miembros declara la inadmisibilidad del reclamo, en razón de la falta de facultad para interponer la referida acción, ya que para fundamentar la reserva de la información se habría amparado en el artículo 21 N° 1, concurriendo la hipótesis del inciso segundo del artículo 28 de la Ley de Transparencia.

Sobre posible afectación de derechos de terceros

En decisión [C15-10](#) se resolvió requerir al servicio de salud de Viña del Mar, la entrega de copia íntegra del proceso disciplinario que fue sobreseído, el cual fue considerado por el Consejo como de carácter público, máxime encontrándose resuelto.

El servicio requerido deniega la información invocando la afectación de los derechos de terceros, en particular su vida privada y honra, la que derivaría de la especial idiosincrasia de nuestra sociedad, en la cual el control social es ejercido en forma artera y tendenciosa. No obstante lo anterior el servicio no procedió a notificar a los terceros involucrados, argumento que el Consejo para la Transparencia considera como eventual e infundado, ya que no se acompañaron los elementos que permitieran apreciar una razonable expectativa de aquella afectación, por lo que acoge el amparo y requiere la entrega de la información solicitada.

El servicio de salud de Viña del Mar consideró que esta decisión sería ilegal en cuanto efectivamente afectaría los derechos de terceras personas, motivo por el cual interpone un reclamo de ilegalidad ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, la que por unanimidad de sus miembros rechazó el reclamo ([Rol 1238-2010](#)). Esto, argumentando que en atención a que la causal de afectación de los derechos de las personas del artículo 21 N° 2, debe complementarse con lo dispuesto en el artículo 20 del mismo cuerpo legal, de manera que era obligación del servicio el notificar a los terceros dentro del plazo de dos días hábiles, la que no se cumplió en absoluto, de forma que su pretensión de trasladar esta obligación al Consejo resulta ilegal e improcedente.

Nombre de evaluadores de Becas de Magíster

En decisión [C221-10](#) el Consejo para la Transparencia acogió el amparo interpuesto contra la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica (Conicyt), requiriendo la entrega de los Currículo Vitae ciego con títulos, calificaciones académicas y profesiones de los evaluadores que revisaron y calificaron a la solicitante en su postulación a Becas Chile, información que fue denegada por el servicio requerido, argumentando que concurriría a su respecto la oposición de los terceros involucrados, posición que fue desestimada por el Consejo.

Ante esta decisión, la institución requerida presentó un reclamo de ilegalidad, basándose en que, tal como argumentaron en su denegación, la divulgación de tales antecedentes afectaría la esfera privada de los encuestadores, además de exponerlos a presiones indebidas que pondrían en riesgo su imparcialidad en los respectivos procesos de selección.

La Corte de Apelaciones de Santiago rechaza el reclamo interpuesto en [Rol N° 320-2011](#), atendido a que comparte el razonamiento del Consejo en relación a que no divisa como podrían verse afectados los derechos de los terceros, menos aún cuando la solicitud se ha efectuado con posterioridad al término del proceso de evaluación, de modo que no puede verse afectada la imparcialidad de manera alguna.

En definitiva, se ratifica el carácter de funcionario público de los evaluadores, por cuanto cumplen una función pública y son remunerados con fondos públicos, razón por la cual tienen una esfera de privacidad más reducida, lo que sumado al interés público comprometido de la función que ejercen, justifica latamente la publicidad de los antecedentes solicitados.

