

***LA NECESIDAD DE INCORPORAR A TODOS LOS ÓRGANOS
AUTÓNOMOS CONSTITUCIONALES AL RÉGIMEN
GENERAL DE TRANSPARENCIA***

***THE NEED TO INCORPORATE ALL AUTONOMOUS
CONSTITUTIONAL ORGANS TO THE GENERAL
TRANSPARENCY REGIME***

FRANCISCO JAVIER LETURIA INFANTE*
JUAN FELIPE VILLANUEVA FIGUEROA**

RESUMEN

La mayoría de los órganos autónomos constitucionales no se encuentran sometidos al régimen general de transparencia. Algunos sostienen que no podrían ser fiscalizados por órganos cuya autonomía sólo ha sido consagrada por ley, como es el caso del Consejo para la Transparencia. Sostenemos que la naturaleza de la norma que consagra la autonomía no justifica privilegios que dificulten el escrutinio público y el ejercicio del derecho de acceso a la información que deben aplicar respecto de todos los órganos del Estado. Lo anterior, es ratificado por la tendencia dominante en el derecho comparado. Por tal motivo, postulamos, desde una aproximación finalista del Derecho, la incorporación de estos órganos (incluyendo al Congreso y al Poder Judicial) al régimen general de transparencia, pudiendo ser fiscalizados por dicho consejo sin afectar sus funciones esenciales. Para ello, proponemos introducir una indicación al actual proyecto de ley que modifica la Ley de Acceso a la Información Pública. Adicionalmente, sostenemos nuestra conformidad con el

*Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile. Doctor en Derecho de la Universidad de Salamanca. Profesor de la Facultad de Derecho y de la Facultad de Comunicaciones, Pontificia Universidad Católica de Chile. Presidente del Consejo para la Transparencia, Santiago, Chile. Correo electrónico: franciscoleturia@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1454-7408>.

** Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: jfvillan@uc.cl. Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8780-4594>.

Artículo recibido el 15 de octubre de 2021 y aprobado para su publicación el 6 de junio de 2022.

reconocimiento constitucional al referido consejo en el proceso constitucional en curso, si para algunos su actual rango legal es el único obstáculo para avanzar en el sentido propuesto.

Palabras clave: órganos autónomos constitucionales, transparencia, derecho a la información, principio de publicidad, Ley sobre Acceso a la Información Pública, órganos autónomos legales.

ABSTRACT

The majority of the constitutional autonomous organs are not subject to the general transparency regime. Some argue that they could not be audited by bodies whose autonomy has only been enshrined by law, as is the case of the Transparency Council. We argue that the nature of the rule that enshrines autonomy does not justify privileges that hinder public scrutiny and the exercise of the right of access to information that should apply to all State bodies. This is ratified by the dominant trend in comparative law. From a finalist approach of the Law, we postulate the incorporation of such organs (including the Congress and the Judiciary) to the general transparency regime, being able to be audited by the Transparency Council without affecting their essential functions. For that purpose, we propose to introduce an indication to the current bill that amends the Access to Public Information Law. Additionally, we support the constitutional recognition of the aforementioned council in the ongoing constitutional process, if its current legal status is the only obstacle some people consider necessary to progress in the proposed direction.

Keywords: autonomous constitutional organs, transparency, right of access to information, publicity principle, Public Information Access Law, legal autonomous organs.

I. INTRODUCCIÓN

Unos de los principales problemas para desarrollar una propuesta normativa de modernización y profundización de la institucionalidad de la transparencia en Chile, está asociado a las llamadas “autonomías constitucionales” u “órganos autónomos constitucionales” (OAC) y las limitaciones regulatorias que impondría su reconocimiento constitucional.

Sin perjuicio de existir un debate histórico y no resuelto sobre las diferencias entre los OAC y los “órganos autónomos legales” (OAL), el voto mayoritario de la sentencia del Tribunal Constitucional (TC), pronunciada al revisar preventivamente las normas de rango orgánico constitucional de la Ley N° 20.285 Sobre Acceso a

la Información Pública¹ (STC 1051-08 y LT, respectivamente), marcó un punto de inflexión en apoyo a una tesis formalista o restrictiva, dejando a buena parte del Estado con reglas especiales de transparencia, que dificultan su escrutinio y fiscalización y el ejercicio de los derechos vinculados a ello.

Sin embargo, hoy existen buenas razones para avanzar a un sistema que tenga por principal objetivo integrar a todos los OAC al régimen general de transparencia. Determinar la forma más adecuada para hacerlo, exige analizar la naturaleza de los OAC y OAL, así como las posibilidades de control de los segundos sobre los primeros.

Para adentrarnos en esta problemática, y en sus posibles vías de solución, analizaremos brevemente el concepto de “autonomías constitucionales” y las tensiones que pueden plantear frente a las “autonomías legales”. Asimismo, veremos cuáles son los OAC regulados en nuestro derecho y delimitaremos el estudio de su régimen de transparencia en detalle a los que creemos más relevantes: el TC, el Banco Central (BC), y la Contraloría General de la República (CGR), a fin de ejemplificar el problema que existe con los regímenes especiales de transparencia de la mayoría de los OAC.

Luego, revisaremos la relación que existe entre la autonomía de los OAC y la jerarquía de la norma que la consagra, así como también la necesidad de fiscalización y escrutinio público de todos los órganos del Estado, incluidos los OAC.

También observaremos algunas ventajas y dificultades con que dicha función, respecto de sus obligaciones de transparencia, la lleve a cabo un OAL ya existente como el Consejo para la Transparencia (CPLT) y si ello es posible sin afectar las funciones esenciales de los OAC, que son precisamente las que justifican su autonomía y su propia existencia.

Varios de los puntos desarrollados cobrarán especial relevancia en los años venideros, ya que no solo se está discutiendo en el Congreso una reforma a la LT, sino que también vivimos un proceso constituyente en pleno desarrollo,² donde la adecuada comprensión del tema enriquecerá muchos otros debates de carácter iusfundamental.

En este contexto, planteamos incorporar una indicación al proyecto de reforma a la LT, hoy en tramitación, que venga a solucionar la problemática de dispersión de los regímenes de transparencia de los OAC. Esta propuesta se basa en que la transparencia y facilitación del acceso a la información respecto de todos

¹ Tribunal Constitucional, 10 de julio de 2008, Rol N° 1051-08.

² La Ley N° 21.200, de 2019, modificó el Capítulo XV de la Constitución Política de la República creando un nuevo procedimiento para reformarla por medio de una Convención Constitucional, cuyos miembros fueron elegidos por elección popular el 15 y 16 de mayo de 2021.

los órganos del Estado es una piedra angular de nuestro sistema político y que los escollos que lo impiden deben removerse. De esta forma y a partir del análisis de la aplicación de la LT por más de doce años, se propone una solución de reforma legislativa, a fin de lograr una regulación jurídica deseable en esta materia.

II. AUTONOMÍAS CONSTITUCIONALES: CONCEPTO, FUNDAMENTO Y RELACIÓN CON LAS AUTONOMÍAS LEGALES

El concepto de OAC es una entelequia jurídica difusa, polisémica y cuya comprensión varía dependiendo del país, época y tradición o doctrina que se observe. ZÚÑIGA cita amplia bibliografía y da buenos ejemplos de lo anterior, destacando que, en la actualidad, su rol esencial está vinculado a la defensa de los valores y principios constitucionales, y por lo mismo, en general, tienen un carácter garantista y contra mayoritario.³

De esta manera, se ha querido que la mayoría de los OAC asuman la protección de algunos derechos y principios constitucionales en forma permanente y autónoma de las mayorías políticas de turno y el gobierno central. Ello supone un claro límite a la lógica de la soberanía popular absoluta, y un distanciamiento de la doctrina tripartita de la separación de poderes, avanzando hacia una visión del Estado más funcional y pragmática. Es decir, más centrada en asegurar el efectivo respeto de los derechos y asegurar un buen gobierno que en imponer modelos jurídicos formales.⁴

Los OAC han nacido de la necesidad de dotar de suficiente autonomía e independencia a diversos órganos del Estado, a los cuales se ha encomendado funciones específicas que por su propia naturaleza conviene que sean realizadas con independencia.⁵

Los OAL, por otro lado, son órganos cuya autonomía ha sido consagrada

³ ZÚÑIGA, Francisco, “Autonomías constitucionales e instituciones contramayoritarias (a propósito de las aporías de la “democracia constitucional””, *Revista Ius et Praxis*, 2007, Vol. 13, N° 2, p. 227.

⁴ ZÚÑIGA, cit. (n. 3), p. 227; MARVÁN, María, “Transparencia en los Órganos Constitucionales Autónomos”, en PESCHARD, J. (coord.), *Hacia el Sistema Nacional de Transparencia*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Seminario Universitario de Transparencia, México, 2016, p. 203; ACKERMAN, John, “Organismos autónomos y la nueva división de poderes en México y América Latina”, en CARPIZO, J.; ARRIAGADA, C., *Homenaje a Emilio Rabasa*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2010, pp. 4 y 16; y FABIÁN, José, “Los órganos constitucionales autónomos en México: una visión integradora”, *Revista Cuestiones Constitucionales*, 2017, N°37, p. 96.

⁵ UGALDE, Filiberto, “Órganos Constitucionales Autónomos”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, 2010, N° 29, p. 253; CORDERO, Luis, “La autonomía constitucional”, *La Semana Jurídica*, 2001, N° 34, pp. 7-8.

por una norma de rango legal, que forman parte de la Administración del Estado, generalmente reconocidos como servicios descentralizados, y que gozan, según se regule caso a caso, de una mayor o menor autonomía de control, contable y de gestión.⁶

En nuestra tradición jurídica la naturaleza de los OAC y OAL ha sido poco desarrollada por la doctrina.⁷ Un desarrollo mayor sería deseable, pues permitiría incorporar categorías adicionales, como las de “órganos constitucionalmente relevantes”,⁸ “órganos garantes especializados”,⁹ “autonomías institucionales”,¹⁰ “administraciones independientes”,¹¹ así como el oponer el concepto de “entes autónomos” al de “servicios dependientes de la administración central”,¹² entre muchos más. Una mayor riqueza y flexibilidad conceptual facilitaría la solución de muchos de los problemas planteados en este trabajo.

La doctrina comparada latinoamericana tampoco agota su conceptualización. Al respecto, ACKERMAN distingue dos enfoques dominantes para definir los OAC y aporta un tercer enfoque propio que denomina “integrador”.

Llama a la primera postura maximalista, donde los OAC cumplen a cabalidad con cuatro requisitos: rango constitucional, participación en la dirección política del Estado, presencia constitutiva y relación de coordinación con otros poderes. Este enfoque es tan estricto y formalista, que muchos de los OAC chilenos no calificarían como tales por no cumplir uno o más de estos requisitos.

En la otra orilla se encuentra el enfoque minimalista, en virtud del cual casi cualquier organismo explícitamente nombrado en la Constitución, que no forme parte de uno de los tres clásicos poderes del Estado, sería automáticamente un OAC.

Entre medio de ambos enfoques, encontramos el integrador, en virtud del cual

⁶ ZÚÑIGA, cit. (n. 3), pp. 235-236.

⁷ CEA, José Luis, “Autonomía constitucional del Banco Central”, *Revista de Derecho Público*, 2000, N° 62, p. 67.

⁸ GARCÍA, Manuel, “El “status” del TC”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1981, N° 1, p. 17; FABIÁN cit. (n. 4), p. 89.

⁹ VIERA-GALLO, José Antonio, “El principio de transparencia, el derecho de acceso a la información pública y el Consejo para la Transparencia ante el desafío de la nueva Constitución”, informe en derecho encargado por el Consejo para la Transparencia, Santiago, 2021, p. 34.

¹⁰ CEA, cit. (n. 7), p. 79.

¹¹ RAJEVIC, Enrique, “El Consejo para la Transparencia como Administración Independiente”, en LETELIER, R.; RAJEVIC, E. (Eds.), *Transparencia en la Administración Pública*, Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 230. En un sentido similar, ver también VERGARA, Alejandro, “Autoridades administrativas independientes (agencias): mito y realidad de un modelo conveniente para Chile”, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 2017, N° 25.

¹² VIERA-GALLO, cit. (n. 9), p. 36.

ACKERMAN recoge – no sin hacer críticas – la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Nación de México de 2007, que establece que los OAC nacen de una idea de equilibrio constitucional basada en los controles de poder, evolucionando la teoría clásica de separación de los tres poderes del Estado, concibiendo la organización del Estado como una distribución de funciones y competencias, haciendo más eficaz el desarrollo de las actividades encomendadas al Estado. En este contexto, se trata de órganos del Estado que tienen las siguientes características esenciales: están consagrados en la Constitución, mantienen una relación de coordinación con los otros órganos del Estado, cuentan con autonomía e independencia funcional y financiera, y se abocan a funciones primarias u originarias del Estado que requieren ser atendidas eficazmente en beneficio de la sociedad.¹³

Tras estas posiciones doctrinarias pueden reconocerse diferencias más profundas, conectadas con distintas miradas del Derecho. Por un lado, los más formalistas privilegian el orden de las estructuras y la coherencia de los sistemas ideales, como es el caso de quienes adscriben al enfoque maximalista. Por el otro, tendremos a quienes privilegian el buen funcionamiento institucional y la protección efectiva de los derechos, más allá de los modelos abstractos, con una mirada más pragmática o finalista, donde podemos encasillar a quienes adscriben al enfoque minimalista o al integrador.

Sin duda, a nuestro juicio el enfoque más adecuado – y que hacemos nuestro – es el integrador. Lo anterior, ya que escapa del formalismo, siguiendo una lógica más finalista de interpretación del Derecho, teniendo además la valentía, de la cual carece el minimalismo, de dar un marco conceptual a los OAC y no definirlos en términos negativos en torno a lo que “no son”. Sin embargo, y tal como se desprende implícitamente de lo que señala este autor, tampoco alcanza para conceptualizar plenamente a los OAC.

Formar parte de una vertiente u otra tiene muchas consecuencias. Pero, la más importante para efectos de este trabajo, es determinar si la consagración constitucional dota a los OAC de una jerarquía sobre los OAL que excluye la posibilidad de ser fiscalizados por estos últimos (en este caso, en el cumplimiento de sus deberes de transparencia).

Para los formalistas esto no es posible, mientras que para los finalistas la característica más importante de los OAC y los OAL es su autonomía funcional y efectiva, y el objeto de bien común que deben alcanzar, y en ningún caso la pregunta por la jerarquía de la norma que los consagra. Como consecuencia, para ellos no habría inconveniente en que un OAL fiscalice a un OAC, como de hecho ya sucede (el CPLT fiscaliza al Consejo Nacional de Televisión, los gobiernos regionales y las municipalidades).

¹³ ACKERMAN, cit. (n. 4), pp. 5 y 16-20.

Entre los autores formalistas encontramos a PANTOJA, quien afirma que habría “un claro designio institucional” en algunos organismos, que genera una distancia insalvable entre OAC y OAL.¹⁴ FERNÁNDEZ, al menos en un trabajo, también sostiene que las OAL no están al mismo nivel jerárquico que los OAC, por el sólo hecho de su fuente normativa.¹⁵ Asimismo, los ministros Cea, Bertelsen, Fernández y Peña, entre otros, suscribieron la misma tesis al concurrir al voto mayoritario de la STC 1051-08.¹⁶

ZÚÑIGA, por el contrario, sostiene que todos los órganos que cumplen funciones constitucionales relevantes e independientes del poder político mayoritario, deberían ser OAC, y desde esa perspectiva, lo más relevante es garantizar un estatuto que les asegure funcionalmente la autonomía que requieren, alejándose del interés por la discusión de encasillamiento de cada órgano en una categoría o subcategoría que excluya su fiscalización, o el debate sobre si alguno forma o no de parte de la Administración del Estado.¹⁷ Los ministros Vodanovic Schnake y Correa Sutil se acercan a esta tesis en el voto disidente de la STC 1051-08.

III. LOS OAC EN NUESTRO DERECHO Y DELIMITACIÓN DEL ESTUDIO DE SU RÉGIMEN DE TRANSPARENCIA

La Constitución de 1980, siguiendo en esto a una tendencia internacional,¹⁸ avanzó sustancialmente en la posibilidad de generar nuevos órganos autónomos, facilitando un sistema administrativo más flexible y funcional, pero al mismo tiempo, más complejo, especializado y despolitizado.¹⁹

Dependiendo de los autores, se engrosa o reduce el listado de los órganos que consideran OAC, lo cual prueba lo dicho en las secciones anteriores: su conceptualización no es inequívoca. Sin embargo, en general, los factores comunes mencionados son el TC, el BC, la CGR, el Ministerio Público (MP), el Tribunal

¹⁴ PANTOJA, Rolando, *La Organización Administrativa del Estado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, p. 312.

¹⁵ FERNÁNDEZ, Miguel Ángel, *La Nueva Justicia Penal frente a la Constitución*, Lexis Nexis, Santiago, 2006, pp. 179-200.

¹⁶ En un sentido similar, CEA, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno*, Editorial Universidad Católica, Santiago, 2004, pp. 40-42.

¹⁷ ZÚÑIGA, cit. (n. 3), pp. 239 y 241-244.

¹⁸ CEA, cit. (n. 7), p. 68.

¹⁹ CEA, José Luis, *Teoría del Gobierno, Derecho chileno y comparado*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2000, p. 55; UGALDE, cit. (n. 5), p. 253.

Calificador de Elecciones (TCE), los gobiernos regionales, las municipalidades, el Consejo Nacional de Televisión (CNT), y – considerados por unos y excluidos por otros – el Congreso Nacional y el Poder Judicial.²⁰

Quizá siguiendo esta lógica más funcional que dogmática, la Constitución regula a los OAC de un modo muy distinto entre sí. A algunos les dedica un capítulo completo, como por ejemplo al MP (capítulo VII), al TC (capítulo VIII), a la CGR (capítulo X) o al BC (capítulo XIII). A otros solo dedica breves menciones, como al TCE. Por otro lado, la autonomía de cada OAC está reconocida, a veces expresamente, como el caso del MP, y otras tácitamente, como ocurre con el TC.²¹

En nuestra tradición jurídica, desde antaño se ha aceptado la autonomía de diversos órganos.²² Recurrir para ello a la norma jurídica de más alta jerarquía, sólo ha sido una materia de técnica electiva y prudencia política y no un requisito imperativo.

El artículo 24 de nuestra carta fundamental confiere al Presidente de la República el gobierno y la administración del Estado,²³ por lo que - por regla general - los órganos que los componen quedan bajo su dependencia o tutela. Sin embargo, los organismos autónomos que contempla la propia Constitución quedan excluidos, haciendo evidente que, para alterar dicha autonomía, es necesaria una reforma constitucional.²⁴

Pero la autonomía es antes que nada una realidad, una necesidad y una decisión política, un propósito y una cualidad factual, observable, fundada en su organización interna, sus facultades de autogobierno y su funcionamiento efectivo, lo que puede o no tener relación con lo establecido en uno u otro texto legal.

Consciente de que una breve declaración normativa asegura muy poco,²⁵

²⁰ MONTECINOS, Alejandro, “Cuestiones orgánicas de la Constitución. Autonomías constitucionales”, informe en derecho encargado por el diputado Jaime Bellolio Aravia, Chile, 2020, p. 1; RAJEVIC, Enrique, “Factibilidad de otorgar a un organismo administrativo autónomo por ley potestades para fiscalizar deberes de transparencia por parte de órganos constitucionales autónomos”, informe en derecho encargado por el Consejo para la Transparencia, Santiago, 2018, p. 3; ZÚNIGA, cit. (n. 3), p. 226; FERNÁNDEZ, Miguel Ángel, “Improcedencia de la fiscalización parlamentaria y otras consecuencias respecto de los órganos constitucionalmente autónomos”, *Revista de Derecho Público*, 2003, N° 65, p. 218; CAMACHO, Gladys, “La Contraloría General de la República y Transparencia”, *Revista de Derecho Público*, 2013, N° 78, p. 35.

²¹ Constitución Política de la República de Chile, 2005.

²² PANTOJA, Rolando, *Derecho Administrativo: concepto, características, sistematización, prospección*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, pp. 103-104.

²³ Constitución Política de la República de Chile, 2005.

²⁴ CORDERO, Eduardo, “La administración del Estado en Chile y el concepto de autonomía”, en CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, *La Contraloría General de la República, 85 años de vida institucional (1927-2012)*, Contraloría General de la República, Santiago, 2012, pp. 17-18.

²⁵ VERGARA, cit. (n. 11), p. 54.

la misma Constitución, en la mayoría de los casos en forma expresa, señala que una ley (orgánica constitucional, de quórum calificado o simple) adoptará los resguardos estructurales adecuados para garantizar dicha autonomía. Es decir, en la misma, se precisarán las facultades específicas de cada órgano.

Constatamos así que los OAC no logran su propósito, de modo efectivo, sino hasta cuando interviene el legislador.²⁶ Y, a su vez, que el constituyente entregó expresamente al legislador la facultad de establecer otros órganos estatales autónomos, de rango legal, lo que nos permite decir, a su vez, que todas las autonomías que existen en nuestro sistema jurídico tienen un origen y un respaldo constitucional.

Si bien en esta primera parte del trabajo nos hemos referido a los distintos OAC en términos generales, ya que en la sección II revisamos su concepto, fundamentos y relación con los OAL, y en esta sección la forma en cómo están regulados en la Constitución, en adelante delimitaremos su estudio a aquellos cuyos regímenes de transparencia creemos más relevantes para efectos de demostrar el problema existente en la institucionalidad de la transparencia en Chile. La elección de ciertos OAC para estudiar sus regímenes de transparencia en detalle no solo responde a motivos de limitación de extensión y a la variedad orgánica, de integración y facultades que hay entre todos los OAC, sino también a enfocar el estudio en aquellos cuya autonomía ha servido para justificar una parcial o total falta de fiscalización de sus obligaciones de transparencia y que cumplen funciones muy relevantes para la ciudadanía. Así, nuestro estudio se enfocará en el TC, el BC y la CGR.

IV. AUTONOMÍA DE LOS OAC Y SU RELACIÓN CON LA JERARQUÍA DE LA NORMA QUE LOS CONSAGRA

Dotamos a un órgano del Estado de autonomía con un propósito de bien común. Que éste alcance o no tal objetivo es una realidad antes funcional que nominal.²⁷

La jerarquía de la norma utilizada para construirla, ya sea la Constitución o una ley, es una elección facultativa del soberano, realizada en buena medida por razones de pragmatismo político. El sólo hecho de estar o no la autonomía del órgano brevemente enunciado en una ley fundamental no asegura autonomía real.

Sabemos que cuando la autonomía del órgano está consagrada a nivel constitucional, sus competencias esenciales no pueden ser modificadas por una ley.

²⁶ CORDERO, cit. (n. 5), p. 2.

²⁷ VERGARA, cit. (n. 25), p. 54.

Esta primera diferencia de cuna entre OAC y OAL no toca la naturaleza misma de la autonomía, ni tampoco las facultades u obligaciones del órgano y se reduciría al quórum necesario para modificar su estatuto normativo.²⁸

Analizando los diferentes estatutos de cada OAC, veremos que no existe una técnica o criterio común para regularlos, y ni uno asegura por sí mismo una autonomía efectiva. Es decir, cada OAC puede soportar diferentes modalidades y niveles de autonomía, según se quiera o requiera, y todas son constitucionalmente legítimas.

Es así como podrían existir algunas autonomías constitucionales muy restringidas²⁹ y al mismo tiempo, OAL con una autonomía muy sólida y efectiva en cuanto a su estructura y operación, como el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) o el CPLT.³⁰ De hecho, el TC tiene su autonomía reconocida expresamente a nivel legal, no constitucional.³¹

En realidad, cada órgano será más o menos autónomo, según las facultades que le sean asignadas, los criterios de nombramiento y remoción de sus integrantes, su capacidad de auto regulación, su seguridad presupuestaria y los márgenes para ejecutarla, entre otras.³²

Avancemos en ese sentido respecto de los OAC que hemos seleccionado para estudiar en detalle. Un punto esencial para cualificar la autonomía de un órgano es atender a quién responde su jefe de servicio. En general, los jefes de servicio de los OAL son de exclusiva confianza del Presidente de la República, mientras que los OAC suelen tener una autonomía reforzada, generalmente caracterizada porque en el nombramiento de sus máximas autoridades participan autoridades de mayor peso institucional y legitimidad democrática.³³ Así, en el TC tres de sus ministros son designados por el Presidente de la República, otros cuatro elegidos por el Congreso Nacional y los últimos tres por la Corte Suprema (CS).³⁴ En el BC, sus cinco consejeros son designados por el Presidente de la República, previo

²⁸ En sentido similar, CORDERO, cit. (n. 26), pp. 31-32, al sostener que “La autonomía constitucional no se distingue mayormente respecto de la autonomía legal. La diferencia más importante está en que los órganos que gozan de autonomía legal se encuentran sujetos a la voluntad del legislador en su configuración, la cual bien puede cambiar o desaparecer. Esto no ocurre con la autonomía constitucional, ya que estas entidades gozan de una garantía institucional cuyo núcleo o contenido esencial debe ser respetado por el legislador”.

²⁹ UGALDE, cit. (n. 5), p. 255.

³⁰ VERGARA, cit. (n. 25), pp. 54-56.

³¹ TÓRTORA, Hugo, “La autonomía del TC”, *Revista de Derecho y Ciencias Penales Universidad San Sebastián*, 2009, N°13, p. 90.

³² En sentido similar, CORDERO, cit. (n. 26), pp. 24-26.

³³ ZÚÑIGA, cit. (n. 3), p. 241.

³⁴ Constitución Política de la República de Chile, 2005, artículo 92.

acuerdo del Senado.³⁵ En lo que respecta a la CGR, el Contralor es designado por el Presidente de la República, previo acuerdo del Senado.³⁶

Sin embargo, puede haber también OAL que tengan esta forma de nombramiento. Por ejemplo, en el nombramiento de los consejeros del CPLT interviene el Presidente de la República y el Senado, y la CS interviene en su remoción, generando una suerte de “autonomía reforzada”.³⁷

Otra característica para cualificar la autonomía de un órgano es atender a la duración de sus autoridades en el cargo. Si dicho mandato tiene una duración mayor a la del Presidente de la República y los miembros de la legislatura, y sus autoridades se renuevan en forma parcial, se deduce que son más independientes de la autoridad política de turno. Nuevamente, es ilustrador analizar que ocurre con los OAC que estudiamos en detalle. En el TC, sus ministros duran 9 años y se renuevan por parcialidades cada tres.³⁸ Los consejeros del BC duran diez años en sus cargos, con posibilidad de reelección, y se renuevan por parcialidades.³⁹ El Contralor de la República, en tanto, dura ocho años en su cargo, sin posibilidad de reelección.

No deja de llamar la atención que esta característica también se cumple respecto de los consejeros del CPLT, quienes duran en su cargo seis años, con posibilidad de una sola reelección, y se renuevan por parcialidades.⁴⁰

Finalmente, se señala como un atributo de la autonomía de los OAC cierta capacidad reglamentaria autónoma, es decir, la capacidad del órgano para poder dictarse sus propias normas. Al observar la regulación de las OAC en estudio, nos damos cuenta que el TC tiene la facultad de, mediante auto acordado, establecer “(...) sus sesiones ordinarias y horarios de audiencia”, así como regular “materias que no sean propias del dominio legal y que tengan como objetivo la buena administración y funcionamiento del Tribunal.”⁴¹ Asimismo, el Consejo del BC tiene la facultad de dictar “(...) los reglamentos internos necesarios para su adecuado funcionamiento y el del Banco”.⁴² Por su parte, el Contralor General de la República tiene la facultad de establecer “las normas que regularán la forma, el

³⁵ Ley N° 18.840, 1989, artículo 7.

³⁶ Constitución Política de la República de Chile, 2005, artículo 98.

³⁷ VIERA-GALLO, cit. (n. 9), p. 35.

³⁸ Constitución Política de la República de Chile, 2005, artículo 92.

³⁹ Ley N° 18.840, 1989, artículo 8.

⁴⁰ Ley N° 20.285, 2008, artículo 36.

⁴¹ DFL N° 5, 2010, artículos 19 inciso 2 y 29.

⁴² Ley N° 18.840, 1989, artículo 11.

plazo y las modalidades de las auditorías que le corresponda efectuar”.⁴³

Pero en todos estos casos, su autonomía normativa siempre será infra legal, por lo que el hecho de que su facultad reglamentaria tenga origen legal o constitucional, para efectos prácticos resulta irrelevante.⁴⁴

En suma, para alguien que adscribe a la vertiente finalista, un órgano será más o menos autónomo no en razón de la jerarquía de la norma que consagra su autonomía, sino en razón de los factores ya mencionados.

V. TODOS LOS ÓRGANOS DEL ESTADO EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA (INCLUYENDO LOS OAC) DEBEN SER FISCALIZADOS

El TC, el BC y la CGR son instituciones creadas para ser contra mayoritarias y no politizadas. Sus mandos superiores son designados por otros poderes, sustrayéndolos así – en la medida de lo posible – de las fluctuaciones de las mayorías políticas.⁴⁵

Ello tiene ventajas, pero debe reconocerse que ejercen importantes poderes, con autonomía, y con un escrutinio y legitimidad democrática en cierto modo menor.⁴⁶ Como contrapartida, ello exige que se los fiscalice y escrute por otras vías, a fin de evitar abusos y corrupción y generar confianza sobre su actuar.

Los tres OAC en estudio tienen un déficit de control, responsabilidad y escrutinio público en cuanto a sus obligaciones de transparencia, contrariando una de las bases fundamentales de cualquier orden político democrático.⁴⁷ La autonomía de los OAC se refiere a la gestión, y no a la ausencia de fiscalización y escrutinio público, lo que no puede entenderse como subordinación o pérdida de autonomía.⁴⁸

La necesidad de control y supervisión es un asunto de máxima relevancia, y muy anterior a la pregunta sobre el tipo de órgano que debiera llevar a cabo esta tarea. Y en esto la doctrina es clara. MARVÁN, por ejemplo, quien incluso cree que los OAC tienen la misma jerarquía que los tres clásicos poderes del Estado, señala que ello en ningún caso excluye el control.⁴⁹ FABIÁN RUIZ, quien sostiene que la autonomía es

⁴³ Decreto N° 2.421, 1964, artículo 21 A.

⁴⁴ ZÚÑIGA, cit. (n. 3), pp. 229-230.

⁴⁵ Los cuestionamientos a la autonomía del TC en el último tiempo son una buena prueba de que la autonomía es una cuestión factual más que de consagración constitucional o legal.

⁴⁶ FABIÁN cit. (n. 4), p. 117.

⁴⁷ ZÚÑIGA, cit. (n. 3), p. 244; SILVA, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El Servicio Público*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, pp.170-171.

⁴⁸ ZÚÑIGA, cit. (n. 3), p. 235.

⁴⁹ MARVÁN cit. (n. 4), p. 3.

una forma de división de poderes, dado que supone una distribución de funciones, agrega que esta autonomía es relativa, porque, aunque no estén subordinados a ellos, deben rendirles cuentas y están sujetos a su control.⁵⁰

Escapando también de posiciones formalistas, CORDERO, por ejemplo, señala que “llama profundamente la atención que en muchas ocasiones se identifique la autonomía con autarquía, esto es, con la capacidad que tiene una entidad de darse su propio derecho, o para sostener la ausencia de mecanismos de control sobre las actuaciones que realizan determinados órganos, creando una suerte de espacio libre de normas y de controles externos, lo que de partida no deja de plantear serios cuestionamientos (...)”.⁵¹ Una postura contraria, parece difícilmente compatible con las exigencias propias de una sociedad democrática.

Ahora bien, los conceptos de “fiscalización” o “escrutinio” que deben aplicarse a todos los órganos del Estado son amplios, por lo que deben delimitarse al ámbito de nuestro estudio. Para este trabajo nos estaremos refiriendo a aquel control que debe hacerse a los OAC en análisis respecto del cumplimiento de sus obligaciones de transparencia. Esta facultad comprende, al menos, las siguientes potestades referidas en la LT: dictar instrucciones generales en relación a dicha ley (artículo 33, letra d); conocer del reclamo sobre incumplimiento de obligaciones de transparencia activa (artículo 8); conocer del amparo de acceso a la información pública, es decir, el recurso relativo al incumplimiento de obligaciones de transparencia pasiva (artículo 24 y siguientes y 33 letra b); y, en general, la de fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones de la LT y aplicar las sanciones en caso de infracción a ellas (artículo 33, letra a).⁵²

VI. EL PROBLEMA DE LOS DISTINTOS REGÍMENES DE TRANSPARENCIA DE LOS OAC. PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

6.1. Aproximación al problema desde una postura finalista

Actualmente el régimen general de transparencia de la LT no rige para todos los OAC,⁵³ pese a los continuos llamados de la Comisión Engel⁵⁴ y diversos

⁵⁰ FABIÁN cit. (n. 4), p. 88.

⁵¹ CORDERO, cit. (n. 26), pp. 15 y 32.

⁵² Ley N° 20.285, 2008.

⁵³ ROJAS, Christian, “Empresas Públicas y Ley de Transparencia. Un intento por contener “la huida” del Derecho Administrativo”, en LETELIER, R.; RAJEVIC, E. (Eds.), *Transparencia en la Administración Pública*, Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 395; CAMACHO, cit. (n. 20), p. 35.

⁵⁴ Consejo Asesor Presidencial Contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción,

grupos académicos, centros de estudio y ONG's a incorporar en este a todos los OAC (incluyendo al Congreso Nacional y el Poder Judicial).⁵⁵ El texto legal vigente establece para la mayoría de ellos un sistema especial, engorroso, con menos exigencias y momentos de control, y, por tanto, más proclive a la opacidad y ocultamiento de información, o bien los excluye.

El tratamiento dado a casi todos los OAC (incluyendo al Congreso Nacional y el Poder Judicial) obedeció, en buena medida a razones políticas y de gradualidad en el sistema. Tratándose del debut de una institucionalidad nueva, que debía construirse, mostrar sus beneficios y probar su eficacia, la amplitud general y el análisis jurídico detenido de cada OAC prácticamente no existió.⁵⁶

Si bien la LT fue un gran avance institucional,⁵⁷ para lograr consensos y evitar fricciones, en un país todavía instalado en la lógica del secreto y la opacidad,⁵⁸ se optó por dejar a muchos órganos sensibles fuera del sistema general y con un régimen especial (como es el caso del TC, el BC, la CGR, entre otros).⁵⁹ Esta situación, transformada hoy en una cuestión jurídica,⁶⁰ es el principal tope para avanzar en la

“Informe Final”, 2015, <http://www.minsejpres.gob.cl/wp-content/uploads/2017/04/Informe-del-Consejo-AsesorPresidencial-Contra-los-Conflictos-de-Intereses-el-trafico-de-Influencias-la-Corrupcion.pdf>, consultada: 23 de marzo de 2021, p. 47.

⁵⁵ GARCÍA, José Francisco; GÓMEZ, Gastón, “Aspectos de derecho público y diseño institucional del proyecto de ley que modifica la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública (Boletín N°12.100-07)”, informe en derecho encargado por el Consejo para la Transparencia, Santiago, 2018, pp. 8-14.

⁵⁶ VIERA-GALLO, cit. (n. 9), pp. 49-50.

⁵⁷ CAMACHO, Gladys, “Constitución y Transparencia”, *Revista de Derecho Público*, 2014, Edición Especial, p. 149.

⁵⁸ HARASIC, DAVOR, “Historia de la consagración del Derecho Fundamental de Acceso a la Información Pública en Chile”, en LETELIER, R.; RAJEVIC, E. (Eds.), *Transparencia en la Administración Pública*, Legal Publishing, Santiago, 2010, pp. 8-9. El autor, citando a José Antonio Viera Gallo, señala que el primer proyecto de ley de transparencia de 1998 “no prosperó porque se consideraba que extremaba el principio de transparencia y publicidad” y recuerda que los principios de buena administración que se ven reflejados en el Decreto Supremo N° 26 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia del 2001 establecía el secreto como regla general en la administración pública.

⁵⁹ Historia de la Ley N° 20.285, 2008, pp.121 y 191. En la discusión en Sala el diputado Jorge Burgos señaló que “a mi juicio, la propuesta que hizo el Ejecutivo en la Comisión de Hacienda (Sobre la exclusión del Banco Central en la ley), no siendo la ideal, es mejor de lo que tenemos. Probablemente, vale la pena aprobarla como viene redactada de esa Comisión y no como viene en el informe de la Comisión de Constitución para poder acelerar el trámite, en el entendido de que es un avance importante”. En el mismo sentido, el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento y la indicación de la diputada Turres y otros, quienes sostuvieron que “lo que se buscaba era concebir en una forma más amplia la indicación sustitutiva, extendiéndola a otros órganos autónomos del Estado tales como el Congreso, el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, el Ministerio Público (...)”. Cerrado el debate, se rechazó la indicación.

⁶⁰ FERRADA, Juan Carlos, “El ámbito de aplicación de la Ley de Transparencia: la exclusión parcial de los

modernización y ampliación de la institucionalidad de la transparencia en Chile.

Corresponde entonces, analizar en detalle a qué nos estamos refiriendo cuando hablamos del “régimen general” y del “régimen especial” o “régimenes especiales” de transparencia. Al respecto, muy ilustrativo resulta atender a lo planteado por ROMÁN, quien – excluyendo a las empresas públicas – distingue los tres planos en que se aplica la LT, de conformidad con su artículo 2. El primero, es el que llamamos régimen general, pues los sujetos obligados que se encuentran incorporados en él, son aquellos a los cuales la LT aplica íntegra y plenamente. Aquí encontramos a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones, los gobiernos regionales, las municipalidades, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa. Nótese que dentro de este listado encontramos a las municipalidades y gobiernos regionales, que son OAC.

En un segundo plano, encontramos el régimen especial de la CGR y el BC, que son sujetos obligados parcialmente por la LT, pues deben ajustarse a sus disposiciones en lo que expresamente esta señale a su respecto, así como a las disposiciones de sus respectivas leyes orgánicas que se refieran a materias reguladas por dicha ley.

Y, en un tercer plano, se encuentra el régimen especial de los demás órganos del Estado, los cuales deben ajustarse a lo que sus respectivas leyes orgánicas disponen en relación a sus obligaciones de transparencia. En este grupo encontramos, entre otros OAC, al TC.⁶¹

Ahora bien, a fin de comprender cada uno de estos regímenes, y, en definitiva, el por qué significan una merma en la institucionalidad de la transparencia, no solo es necesario estarse a la LT, sino que además esta debe interpretarse a la luz de la STC 1051-08, dado que esta declara constitucionales muchas de sus disposiciones “en el entendido de”.

Adicionalmente, y para entender respecto de las tres OAC en estudio qué significa su permanencia en los regímenes especiales de transparencia, debemos analizar cómo quedan parados frente a cada una de las facultades que dijimos constituían la potestad de fiscalización o escrutinio en materia de transparencia (entregadas al CPLT en el régimen general). La siguiente tabla⁶² resulta ilustrativa al efecto:

órganos estatales y administrativos de la aplicación del régimen general”, en LETELIER, R.; RAJEVIC, E. (Eds.), *Transparencia en la Administración Pública*, Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 353. El autor señala que las circunstancias que llevaron a generar estas exclusiones parciales del régimen general de transparencia fueron extrajurídicas.

⁶¹ ROMÁN, Cristián, “Ley de Transparencia y órganos autónomos”, en LETELIER, R.; RAJEVIC, E., *Transparencia en la Administración Pública*, Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 364.

⁶² La tabla es de autoría propia, pero construida en buena medida a partir de lo señalado por ROMÁN, cit. (n. 61), pp. 365-367; y CAMACHO, cit. (n. 20), p. 36.

REGÍMENES ESPECIALES DE TRANSPARENCIA TC, BC Y CGR				
OAC	Facultades de Fiscalización del CplT			
	Dictar instrucciones generales (artículo 33, letra d) de la LT).	Conocer reclamos sobre transparencia activa (artículo 8 de la LT).	Conocer el amparo de acceso a la información pública: transparencia pasiva (artículo 24 y siguientes y 33 letra b) de la LT).	Fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones de la LT y aplicar las sanciones en caso de infracción a ellas (artículo 33 letra a) de la LT).
TC	<p>El artículo 9 de las disposiciones transitorias de la LT establece que el TC se rige en lo que fuera pertinente por los títulos II, III y artículos 10 al 22 del título IV de dicha ley y que el presidente del TC establecerá las demás normas e instrucciones necesarias para dar cumplimiento a dichas disposiciones, considerando para tal efecto las normas generales que dicte el CplT.</p> <p>Sin embargo, la STC 1051-08 estableció que este precepto era constitucional en el entendido que las normas generales que dicte el CplT no fueran vinculantes para el TC, en razón de su autonomía.</p>	<p>La STC 1051-08 estableció que el artículo 8 LT (perteneciente al título III) no aplicara al TC, puesto que de lo contrario su ámbito de acción se vería afectado por el CplT, el cual, se relaciona, aunque sea indirectamente en labores de gobierno y administración propias de la función ejecutiva.</p> <p>Por lo anterior, no puede interponerse reclamo ante el CplT por incumplimiento de obligaciones de transparencia activa del TC.</p>	<p>Dado lo que dispone el artículo 9 de las disposiciones transitorias de la LT, el artículo 24 y siguientes y el 33 letra b) de la LT no aplican al TC. Por lo anterior, no es posible interponer un recurso de amparo ante el CplT cuando el TC deniegue información pública.</p> <p>Ahora bien, dicho artículo da una alternativa, ya que dispone que este reclamo debe interponerse ante la Corte de Apelaciones respectiva.</p> <p>Sin embargo, la STC 1051-08 estableció que este precepto era constitucional en el entendido que no se aplicara al TC, por lo que en la práctica, el TC no es fiscalizado en cuanto a sus obligaciones de transparencia pasiva.</p>	<p>Dado lo que dispone el artículo 9 de las disposiciones transitorias de la LT, el artículo 33 letra a) de la LT no aplica al TC.</p> <p>Por lo anterior, el CplT no tiene esta facultad genérica de fiscalización respecto al TC.</p>

BC	<p>El artículo 65 bis de la LOC del BC incorporado por el artículo 7 de las disposiciones transitorias de la LT establece que el BC se rige en lo que fuera pertinente por los títulos II, III, a excepción del artículo 9, y artículos 10 al 22 del título IV de la LT y que su Consejo establecerá las demás normas e instrucciones necesarias para dar cumplimiento a dichas disposiciones, adoptando para tal efecto las normas generales que dicte el CpIT.</p> <p>Sin embargo, la STC 1051-08 estableció que la expresión “adoptando” era inconstitucional, y por consiguiente, que las normas generales que dicte el CpIT no eran vinculantes para el BC, en razón de su autonomía.</p>	<p>La STC 1051-08 estableció que el artículo 65 bis de la LOC del BC incorporado por el artículo 7 de las disposiciones transitorias de la LT era constitucional en el entendido que el artículo 8 de la LT (perteneciente al título III) no aplicara al BC, puesto que de lo contrario su ámbito de acción se vería afectado por el CpIT, el cual, se relaciona, aunque sea indirectamente en labores de gobierno y administración propias de la función ejecutiva.</p> <p>Por lo anterior, no puede interponerse reclamo ante el CpIT por incumplimiento de obligaciones de transparencia activa del BC.</p>	<p>Dado lo que dispone el artículo 65 bis de la LOC del BC, el artículo 24 y siguientes y el 33 letra b) de la LT no aplican al BC.</p> <p>Por lo anterior, no es posible interponer un recurso de amparo ante el CpIT cuando el BC deniegue información pública.</p> <p>Ahora bien, dicho artículo da una alternativa, ya que dispone que este reclamo debe interponerse ante la Corte de Apelaciones respectiva.</p>	<p>Dado lo que dispone el artículo 65 bis de la LOC del BC, el artículo 33 letra a) de la LT no aplica al BC.</p> <p>Por lo anterior, el CpIT no tiene esta facultad genérica de fiscalización respecto al BC.</p>
----	--	--	--	--

CGR	<p>El artículo 155 de la LOC de la CGR incorporado por el artículo 5 de las disposiciones transitorias de la LT establece que la CGR se rige en lo que fuera pertinente por los títulos II, III y artículos 10 al 22 del título IV de la LT y que el Contralor establecerá las demás normas e instrucciones necesarias para dar cumplimiento a dichas disposiciones, considerando para tal efecto las normas generales que dicte el CpIT.</p> <p>Sin embargo, la STC 1051-08 estableció que este precepto era constitucional en el entendido que las normas generales que dicte el CpIT no fueran vinculantes para la CGR, en razón de su autonomía.</p>	<p>La STC 1051-08 estableció que el artículo 155 de la LOC de la CGR incorporado por el artículo 5 de las disposiciones transitorias de la LT era constitucional en el entendido que el artículo 8 de la LT (perteneciente al título III) no aplicara a la CGR, puesto que de lo contrario su ámbito de acción se vería afectado por el CpIT, el cual, se relaciona, aunque sea indirectamente en labores de gobierno y administración propias de la función ejecutiva.</p> <p>Por lo anterior, no puede interponerse reclamo ante el CpIT por incumplimiento de obligaciones de transparencia activa de la CGR.</p>	<p>Dado lo que dispone el artículo 155 de la LOC de la CGR, el artículo 24 y siguientes y el 33 letra b) de la LT no aplican a la CGR.</p> <p>Por lo anterior, no es posible interponer un recurso de amparo ante el CpIT cuando la CGR deniegue información pública.</p> <p>Ahora bien, dicho artículo da una alternativa, ya que dispone que este reclamo debe interponerse ante la Corte de Apelaciones respectiva.</p>	<p>Dado lo que dispone el artículo 155 de la LOC de la CGR, el artículo 33 letra a) de la LT no aplica a la CGR.</p> <p>Por lo anterior, el CpIT no tiene esta facultad genérica de fiscalización respecto de la CGR.</p>
-----	--	--	--	---

Como puede observarse en la tabla, para la corriente formalista respaldada por la STC 1051-08, no sería posible que un órgano autónomo creado por ley, como el CPLT, pueda fiscalizar el cumplimiento de obligaciones de transparencia de órganos que fueron creados por la Constitución, como el TC, el BC o la CGR, por lo que estos últimos no pueden quedar como sujetos plenamente obligado por la LT, quedando sujetos a la fiscalización del órgano creado para ello, ya que gozan de una especie de “estatus o dignidad especial” respecto de los demás órganos del Estado.⁶³

La STC 1051-08 contiene una serie de afirmaciones de las que se sigue esta lógica.⁶⁴ Así, por ejemplo, se destaca lo señalado por el ministro Fernández Baeza, quien sostiene que “la jerarquía y naturaleza de los órganos del Estado, tanto de aquellos denominados clásicamente “poderes públicos” como los otros de carácter autónomo que la Constitución contempla, exigen, para su control, un nivel institucional correspondiente a su rango, que no altere ni desnaturalice las relaciones verticales y horizontales entre sus normas que todo ordenamiento jurídico supone”.⁶⁵ Lo anterior, es confirmado también por la opinión de ROMÁN, quien señala que “esta desconfianza en relación al Consejo para la Transparencia, que subyace a mi juicio en el fallo (...)” tiene por causa, entre otras, que el CPLT “(...) carece de rango constitucional, lo que sería óbice para que sea conforme a la Constitución la atribución legal de la facultad de control en materia de transparencia en relación a órganos dotados de autonomía, en especial si estos tienen ese rango”.⁶⁶

Esta posición ha debilitado el derecho de acceso a la información, afectando uno de los principales principios ordenadores de la vida pública señalados por la propia Constitución y no es coherente con una lectura finalista de nuestro Derecho.

Tanto la ley como la Constitución son claras expresiones de la voluntad soberana y ambas obligan del mismo modo. Postular que nuestra propia Constitución establezca diferencias de cuna, en perjuicio de otros valores constitucionales fundamentales, y sin ningún beneficio para el orden social, no parece razonable.

Cuando se dictó la STC 1051-08, el voto de mayoría se inclinó por un concepto de autonomía amplio.⁶⁷ Sin detenernos en que de alguna manera era parte directamente interesada en el resultado (el proyecto de ley incluía inicialmente al

⁶³ CEA, cit. (n. 7), p. 69; FERNÁNDEZ, cit. (n.15), pp. 179-200.

⁶⁴ Tribunal Constitucional, 10 de julio de 2008, Rol N° 1051-08, Considerandos 38°, 37°, 44°, 46°, 48° y 54°.

⁶⁵ Tribunal Constitucional, 10 de julio de 2008, Rol N° 1051-08, Considerando 9° del voto disidente del ministro Mario Fernández Baeza.

⁶⁶ ROMÁN, cit. (n. 61), p. 371.

⁶⁷ ROMÁN, cit. (n. 61), p.373.

TC como sujeto plenamente obligado⁶⁸), dicha sentencia trazó una línea divisoria entre OAC y OAL.

Concretamente, pese a que no consideró todos los OAC en sus exclusiones,⁶⁹ sostuvo que “la referida autonomía implica, precisamente, que cada uno de estos ámbitos de acción no puede estar supeditado, en su ejercicio, a órganos que se relacionen, aunque sea en forma indirecta, con las labores de gobierno y administración propias de la función ejecutiva”.⁷⁰

Sin precisar qué significa “relacionarse en forma indirecta” o señalar si acaso existe algún órgano que no se relacione con otro “en forma indirecta”, concluyó que esta autonomía constitucional, era un elemento absoluto, que pesaba más que el control de sus obligaciones de transparencia.

RAJEVIC nos recuerda que “la Contraloría participó activamente en la discusión de este proyecto de ley y sostuvo, al igual que el Banco Central, que no podían quedar sujetos a la tuición del Consejo, posición que terminó por prevalecer, llevando a excluirlos”.⁷¹ Puede observarse del tenor de los registros y de lo indagado con actores relevantes de la época, que su exclusión fue más bien fruto de una negociación política que de una necesidad jurídicamente insalvable.

La tesis contraria se encuentra sólidamente expresada en el voto de minoría de los ministros Correa y Vodanovic. En lo que nos interesa, este voto distingue entre facultades esenciales y exclusivas de los OAC, de aquellas periféricas, administrativas o meramente funcionales.

Las facultades esenciales y exclusivas, bajo ningún respecto podrían ser afectadas mediante disposiciones que limiten o entorpezcan, en cualquier aspecto, su autonomía. Pero no habría problema en que las facultades administrativas fuesen objeto de cierto control externo, armonizando así su necesaria autonomía, con otros valores constitucionales también muy relevantes, como la publicidad de la función

⁶⁸ Historia de la Ley N° 20.285, 2008, p 404. Ministros del TC participaron en la discusión del referido proyecto de ley, señalando que “no resulta constitucionalmente aconsejable que potestades ciertamente jurisdiccionales sean entregadas a órganos que no tengan el carácter de tribunales de justicia y que, por el contrario, forman parte de la Administración del Estado a la que precisamente deben juzgar, como sucede en la especie con el Consejo para la Transparencia”. En el mismo sentido, FERRADA, cit. (n. 60), p. 351, que crítica que el TC haya decidido su propia exclusión del ámbito de aplicación de la LT, dejando prácticamente sin efecto el artículo 8 de dicha ley.

⁶⁹ Los gobiernos regionales y municipalidades se rigen por el régimen general de transparencia.

⁷⁰ Tribunal Constitucional, 10 de julio de 2008, Rol N° 1051-08, Considerando 37°.

⁷¹ RAJEVIC, cit. (n. 20), p. 2. Ver también Historia de la Ley No 20.285, 2008, Informe Comisión Mixta, p. 283. En el “Memorando con comentarios y sugerencias al proyecto de ley” hecho por CGR, se expresó que debía suprimirse la mención que hacía el artículo 2 del texto aprobado por la Cámara de Diputados a la CGR, “puesto que mantenerlo vulneraría la independencia del órgano contralor”, al quedar éste supervisado por el CPLT.

pública, consagrado expresamente como una de las bases de la institucionalidad.⁷²

Dichos ministros señalan respecto de los OAC excluidos del régimen general que estos controles “no les afecta en el cumplimiento de aquellas funciones que les son propias y que la Carta Fundamental les encarga. La autonomía constitucional exige que estos órganos estén en condiciones de ejercer sus funciones constitucionales con plena independencia y libres de injerencias de terceros. En esas materias, cualquier sometimiento a la superintendencia de otro poder sería inconstitucional. Sin embargo, tal autonomía no equivale a una autarquía absoluta en todas sus decisiones y ciertamente no se contrapone a que la Constitución y la ley puedan establecer, dentro de límites, un control inter-órganos, en materias que no sean las propias de su competencia constitucional o esencial. A juicio de estos disidentes, ninguno de estos órganos constitucionalmente autónomos verá afectada su autonomía para resolver en las materias de su exclusiva competencia, por la instauración de un control heterónomo en materia de publicidad de sus actos”.⁷³

La línea argumental del voto de minoría nos parece acorde con las exigencias propias de una sociedad democrática. La pregunta por el tipo de autonomía, legal o constitucional, debiera ser secundaria, y dependerá del momento y circunstancias de cada país.⁷⁴ Ello es confirmado por FERRADA, quien señala que pensar que cualquier relación orgánica entre OAC y OAL puede poner en entredicho la autonomía de los primeros o afecta el funcionamiento del sistema político es a todas luces exagerado y es una visión jurídica limitada, pues todos los órganos del Estado deben ser controlados. Además, agrega que los problemas de competencia que se podrían generar deben resolverse con una adecuada regulación y no con exenciones.⁷⁵

6.2. Solución propuesta

6.2.1. Los OAC están regidos por el principio de publicidad y tienen obligaciones de transparencia

Antes de proponer una solución al problema, es relevante remarcar que existe amplio consenso en que ningún órgano público puede estar exento de control social ni eximirse de asumir obligaciones de publicidad y transparencia.⁷⁶ Ni siquiera los

⁷² ROMÁN, cit. (n. 61), pp. 374, recalca lo señalado, sosteniendo que no existen autonomías absolutas y que “nada obsta para que el legislador pueda limitar la autonomía de un órgano en pos de la realización de un valor constitucionalmente relevante”, siempre que con ello no se lesione su núcleo esencial.

⁷³ Tribunal Constitucional, 10 de julio de 2008, Rol N° 1051-08, Considerando 5° del voto disidente.

⁷⁴ VIERA-GALLO, cit. (n. 9), p. 47.

⁷⁵ FERRADA, cit. (n. 60), pp. 352-353.

⁷⁶ Tribunal Constitucional, 21 de junio de 2011, Rol N° 1732-10, Considerandos 12° y 14°; 18 de agosto

OAC.⁷⁷

Relevar este punto es muy importante, pues invierte la lógica con que se ha abordado el problema, que pone como prioridad respetar la coherencia de un supuesto sistema de fuentes y la investidura de los OAC, poniendo en segundo lugar valores constitucionales fundamentales.⁷⁸

Si bien en Chile el principio de publicidad de las actuaciones de todos los órganos del Estado recién fue incorporado expresamente al texto constitucional el 2005, ello no permite justificar la asimetría de regímenes existente.⁷⁹ Hay consenso en que con anterioridad a esa reforma este principio y el derecho de acceso a la información pública formaban parte de nuestro ordenamiento implícitamente en la libertad de expresión, el establecimiento de Chile como un república democrática y otros derechos,⁸⁰ junto con el principio de máxima divulgación y facilitación al acceso, porque ello es una de las exigencias primordiales de una sociedad democrática.⁸¹

Con la referida reforma del 2005 esta exigencia se hace aún más explícita, ya que el artículo 8 de la Constitución se refiere a los “órganos del Estado”, sin distinción alguna,⁸² lo cual –según DÍAZ DE VALDÉS– “es la posición dominante en la doctrina chilena revisada”.⁸³ FERNÁNDEZ lo reafirma al señalar que este artículo “fue una de las innovaciones relevantes de la reforma constitucional, ya que mientras

de 2011, Rol N° 1812-10, Considerando 48°; 31 de enero de 2013, Rol N° 2246-12, Considerando 22°; 15 de enero de 2015, Rol N° 2558-13, Considerando 13°. En el mismo sentido, FERRADA, cit. (n. 60), p. 350; HELFMANN, Carolina, “Probidad y Transparencia”, en SOTO, S.; HUBE, C., *Conceptos Fundamentales para el Debate Constitucional*, Ediciones UC, Santiago, 2021, p. 121.

⁷⁷ GARCÍA y GÓMEZ, cit. (n. 55), p. 40.

⁷⁸ FERRADA, cit. (n. 60), p. 350, señala que el principio constitucional de transparencia es un mandato general de la Constitución que no se puede restringir ni limitar, si no que a lo más reglamentar, pero en ningún caso para hacerlo ineficaz, que es lo que actualmente sucede con muchos de los órganos de relevancia constitucional.

⁷⁹ VIERA-GALLO, José Antonio, “El TC y el Derecho de Acceso a la Información Pública”, *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae*, 2013, Vol. 1, N° 1, p.176.

⁸⁰ CONTRERAS, Pablo, “Transparencia y leyes secretas en Chile”, *Estudios Constitucionales*, 2010, Vol. 8, N° 2, p. 92; VIERA-GALLO, cit. (n. 79), p. 177. En el mismo sentido, Tribunal Constitucional, 12 de septiembre de 2012, Rol N° 2153-11, Considerando 15°; 31 de enero de 2013, Rol N° 2246-12, Considerando 22°; 9 de agosto de 2007, Rol N° 634-06, Considerando 9°; 21 de junio de 2011, Rol N° 1732-10, Considerando 12°; 15 de enero de 2015, Rol N° 2558-13, Considerando 13°.

⁸¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Sentencia de 19 de septiembre de 2006, Caso Claude Reyes y otros vs Chile (Fondo, Reparaciones y Costas), Párrafos 92 y 163.

⁸² Tribunal Constitucional, 5 de junio de 2012, Rol N° 1990-11, Considerandos 18° y 19°; 15 de enero de 2015, Rol N° 2558-13, Considerando 13°.

⁸³ DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel, “El derecho de acceso a la información pública: Su reconocimiento por el Tribunal Constitucional”, *Sentencias Destacadas 2007*, Ediciones LyD, 2008, p. 97.

en la Ley N° 18.575, los sujetos obligados por el principio de publicidad eran sólo los órganos integrantes de la Administración Pública, ahora se extiende a todos los entes estatales, alcanzando también al Congreso Nacional, al Poder Judicial, al TC, a los tribunales de la Justicia Electoral y a los entes constitucionalmente autónomos”.⁸⁴

Además, tanto la CS como el TC han hecho extensiva la transparencia a ciertos OAC como la CGR, específicamente respecto de la publicidad de los fundamentos del trámite de toma de razón, lo que viene a confirmar lo planteado.⁸⁵

En el ámbito internacional, la Organización de Estados Americanos (OEA) aprobó la Ley Modelo sobre Acceso a la Información Pública 2.0. que en su artículo 2 establece que aplica a “toda autoridad pública perteneciente a todas las ramas del gobierno (Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial) y a todos los niveles de la estructura gubernamental (...); a los órganos, organismos o entidades independientes o autónomos de propiedad del gobierno o controlados por el mismo, bien actuando por facultades otorgadas por la Constitución o por otras leyes”.⁸⁶ Agrega que se basa en el principio de máxima publicidad y que la información pública está “sujeta a un claro y preciso régimen de excepciones que deberán estar definidas por ley y ser además legítimas y estrictamente necesarias en una sociedad democrática”.

En la misma línea, el Comité Jurídico Interamericano ha dicho que “el derecho de acceso a la información se extiende a todos los órganos públicos en todos los niveles de gobierno, incluyendo a los pertenecientes al poder ejecutivo, al legislativo y al poder judicial, a los órganos creados por las constituciones o por otras leyes (...)”.⁸⁷

Ello se justifica en la necesidad de potenciar una ciudadanía activa y consolidar los sistemas democráticos. El conocimiento y participación ciudadana

⁸⁴ FERNÁNDEZ, Miguel Ángel, “El principio constitucional de publicidad”, *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae*, 2013, Segunda Época Año I, N° 1, pp. 257-258.

⁸⁵ Corte Suprema, 22 de enero 2018, Rol N° 36.587-2017, Considerando 2. En el mismo sentido, Tribunal Constitucional, 21 de junio de 2011, Rol N° 1732-10, Considerando 8°; 17 de noviembre de 2011, Rol N° 1892-11, Considerando 9°; y 18 de agosto de 2011, Rol N° 1812-10, Considerando 47°.

⁸⁶ OEA, Asamblea General, AG/RES. 2905 (XLVII-O/17) sobre “Fortalecimiento de la Democracia”, 2017, en relación a la sesión ordinaria de 21 de octubre de 2020, http://www.oas.org/es/sla/ddi/boletines_informativos_DDI_Asamblea_general_OEA_aprueba_Ley_Modelo_Interamericana_sobre_Acceso_Informacion_Publica_Octubre-2020.html, consultada: 11 de junio de 2021. En el mismo sentido, Corte IDH, Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Párrafo 230.

⁸⁷ OEA, Comité Jurídico Interamericano, RES.147 (LXXIII-O/08): “Principios Sobre el Derecho de Acceso a la Información”, 2008, http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/CJI-RES_147_LXXIII-O-08.pdf, consultada: 06 de octubre de 2020.

en los asuntos de interés público previene abusos, dificulta la corrupción, protege y facilita el ejercicio de otros derechos, entre muchos otros beneficios, los que compensan con creces las molestias y exigencias que hacen que sean resistidos por ciertos OAC.⁸⁸

No deben establecerse mayores distingos en las obligaciones de transparencia de los órganos del Estado, menos cuando hacerlo implicaría, como ocurre en Chile, un régimen de excepciones y privilegios que se traducen en un entorpecimiento del derecho de acceso y del principio de publicidad.⁸⁹

6.2.2. Inclusión de los OAC al régimen general de transparencia, CPLT como órgano de control y reforzamiento de la transparencia activa

Como ya se señaló, los OAC están sujetos al principio de publicidad y ello los obliga a dar acceso a la información pública que permita su evaluación por la comunidad, aún sin una ley que expresamente lo establezca.⁹⁰ Sin embargo, es evidente que este mandato podrá ser cumplido de mucho mejor modo si la obligación está correctamente regulada en una norma legal que precise su contenido y facilite su ejercicio en términos de procedimientos, plazos y costos.

También es evidente que allí donde existe una regulación que establezca deberes conviene que exista un órgano que fiscalice su cumplimiento,⁹¹ especialmente cuando ellos se relacionan con la garantía de buen gobierno, la calidad de la democracia y el ejercicio de muchos otros derechos constitucionales.⁹² Y huelga decir que un órgano de control interno, dependiente del mismo ente que es controlado, no generará la confianza buscada respecto de una fiscalización

⁸⁸ OEA, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, “Informe Anual”, Capítulo III: Marco Jurídico Interamericano del Derecho a la Libertad de Expresión, 2008, <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anales/Informe%20Anual%202008%201%20ESP.pdf>, consultada: 22 de octubre de 2020.

⁸⁹ OEA, CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, “El Derecho de Acceso a la Información en el Marco Jurídico Interamericano”, 2009, <http://www.cidh.org/pdf%20files/RELEacceso.pdf>, consultada: 06 de octubre de 2020.

⁹⁰ GARCÍA, Gonzalo; CONTRERAS, Pablo, *Diccionario Constitucional Chileno*, Cuadernos del TC, Santiago, 2014, p. 774; BERMÚDEZ, Jorge, *Derecho Administrativo General*, LegalPublishing, Santiago, 2014, p. 657.

⁹¹ El mensaje de la reforma constitucional que otorga autonomía constitucional al Servicio Electoral, Boletín N° 10.055-07, hoy Ley N° 20.860, 2015, pp. 3-4, señala que “las autonomías constitucionales son aquellas consideradas por la misma Constitución e imponen una garantía institucional que sustrae de la competencia del legislador la facultad de eliminar la institución, aunque sin privarlo de la facultad de regularla”.

⁹² Tribunal Constitucional, 18 de diciembre de 2017, Rol N° 995-07, Considerando 10°.

efectiva.⁹³

Los sistemas de controles cruzados son habituales en cualquier sistema político, y bien implementados pueden aportar sin interferir con las funciones esenciales de cada órgano.⁹⁴ Así, por ejemplo, no hay problemas con que se garantice y controle la publicación de las actas del BC en la forma en que la ley señale, como tampoco habría problema en que se fiscalice la correcta administración de los bienes y recursos fiscales. Pero sería impropio que un órgano de control administrativo pretendiera intervenir en la toma de decisiones sobre política monetaria.

En relación a la fiscalización del cumplimiento de las obligaciones de transparencia de los OAC, creemos que no habría impedimento para que fuera el CPLT quien lo realizara. Como hemos visto, su autonomía es robusta y cuenta, además, con un sustento normativo constitucional expreso (artículo 8 de la Constitución).⁹⁵

Tiene poco sentido multiplicar la existencia de micro órganos fiscalizadores. Aparte de generar burocracia y gastos públicos innecesarios, podrían causar jurisprudencias contradictorias y, sobretodo, dificultar el derecho de acceso, cuando ya se cuenta con un organismo especializado, autónomo y valorado por su labor.

VERGARA sostiene que el CPLT es uno de los órganos “verdaderamente autónomos” de nuestro sistema jurídico, comparables a las autoridades administrativas independientes del derecho comparado.⁹⁶ VIERA-GALLO, por su parte, sostiene que goza de una “autonomía constitucional reforzada”, aunque forme parte de la administración central del Estado, constituyendo una repartición pública sui generis.⁹⁷

A la hora de analizar los tipos de OAC que podrían ser fiscalizados por el CPLT, GARCÍA y GÓMEZ señalan que no resulta necesario hacer prevenciones.⁹⁸ RAJEVIC es ligeramente más cauto y distingue entre OAC que cumplen funciones administrativas, donde no ve problemas; aquellos que cumplen funciones no administrativas, como el Congreso o el TC, donde admite la posibilidad de controlar las actividades administrativas. Finalmente, se refiere los que cumplen

⁹³ UGALDE, cit. (n. 5), p. 258.

⁹⁴ CÁRDENAS, Jaime, *Una Constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, UNAM, México, 1996, p. 244.

⁹⁵ ZÚÑIGA, cit. (n. 3), pp. 229. Creemos que el CPLT tiene un haz de “propios poderes” de naturaleza constitucional, cuya fuente directa es la Constitución (al modo de lo señalado por Zúñiga).

⁹⁶ VERGARA, cit. (n. 11), p. 46. En el mismo sentido, Historia de la Ley N° 20.285, 2008, p. 347, en que se señala que “el Consejo es un órgano con una autonomía reforzada, tanto del Ejecutivo como de otros órganos, como la Contraloría General de la República”.

⁹⁷ VIERA-GALLO, cit. (n. 9), p.35.

⁹⁸ GARCÍA y GÓMEZ, cit. (n. 55), p. 40. Aunque los autores admiten que pueden presentarse dudas respecto del Congreso y los órganos jurisdiccionales.

funciones jurisdiccionales, donde es más reticente, dado que con el diseño actual, la CS puede remover a los consejeros del CPLT, y además corresponde a las Cortes de Apelaciones resolver los reclamos de ilegalidad interpuestos contra sus decisiones.⁹⁹

En el caso del Poder Judicial, RAJEVIC tiene un punto. Sin embargo, esta distinción entre materias administrativas y asuntos jurisdiccionales, es mayoritariamente pacífica en el derecho comparado,¹⁰⁰ entre otras cosas, porque la actividad propiamente jurisdiccional tiene, en materias de publicidad, un desarrollo mucho más antiguo, exigente y completo que la administrativa. Por lo demás, se han planteado soluciones como la creación de un Consejo General de la Magistratura (CGM) que debiera evaluarse seriamente. Con este órgano la administración de recursos humanos y materiales, y, en general, la realización de tareas administrativas pasarían a ser de su competencia, sustrayéndose de la CS, de manera que esta se aboque a su función jurisdiccional y no tenga injerencia en tareas administrativas como la ejecución de presupuesto, la capacitación y selección de personal, el fortalecimiento de la carrera judicial, etc.¹⁰¹ De esta forma, sería el CGM el encargado del cumplimiento de las obligaciones de transparencia del Poder Judicial, por lo que el hecho de que la CS pudiera remover integrantes del CPLT no significará un conflicto de interés para este último.¹⁰²

Finalmente, convendría recordar que una herramienta que ayudaría mucho a conciliar todos estos intereses es la transparencia activa aplicada a todos los OAC. Convertida en la regla general y no en la excepción, como es actualmente. Ella permitiría establecer un listado sólido de materias a publicar en forma obligatoria y periódica, reduciendo significativamente la necesidad de solicitudes de acceso de información (transparencia pasiva).

Esta idea no es nueva, pero ahora su implementación es mucho más factible. Ya en el año 2004 los relatores para la libertad de expresión de la Organización de Naciones Unidas (ONU), la OEA y la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) señalaban, en forma conjunta que “las autoridades públicas deberán tener la obligación de publicar de forma dinámica, incluso en la

⁹⁹ RAJEVIC, cit. (n. 20), p. 12

¹⁰⁰ GARCÍA y GÓMEZ, cit. (n. 55), p 45.

¹⁰¹ REBOLLAR, Yuridia; ROSALES, Carlos Manuel, “La experiencia europea del Consejo de la Magistratura como órgano de gobierno del Poder Judicial”, *Revista de la Facultad de Derecho*, 2016, N° 40, p 242.

¹⁰² BRAVO, Rosario, “Un Consejo Judicial para Chile: ¿Soluciona la Problemática que Enfrenta Nuestro Poder Judicial?”, 2012, <https://repositorio.uahurtado.cl/bitstream/handle/11242/7035/DERBravo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, consultada: 31 de mayo de 2021, p. 40, aboga por esta solución, señalando que “(...) se demuestra que un Consejo Judicial es una opción plausible y esencial para mejorar la probidad y transparencia como garantía del ejercicio al derecho de acceso a la información pública en el Poder Judicial (...)”.

ausencia de una solicitud, toda una gama de información de interés público”.¹⁰³

En suma, el problema ya enunciado relativo a los regímenes especiales de transparencia de la mayoría de los OAC y su fiscalización, tiene soluciones factibles y coherentes con una interpretación finalista de nuestro sistema constitucional.

Específicamente, creemos que todos los OAC deben incorporarse al régimen general de transparencia aplicable a los órganos de la Administración del Estado, modificando el actual proyecto de reforma a la LT, boletín N° 12.100-07, que se encuentra en segundo trámite constitucional en el Senado,¹⁰⁴ por medio de una indicación que explicita esta incorporación sin matices. Así se facilitaría el ejercicio del derecho de acceso a la información pública en manos de los OAC en términos de procedimientos, plazos y costos, debiendo incluirse, además, el reforzamiento de la transparencia activa en los términos señalados.

Bajo la vigencia de la actual Constitución, y de aprobarse este proyecto de ley con la indicación señalada, previo a su promulgación, y de conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 93 de la Constitución,¹⁰⁵ deberá sujetarse a un nuevo control preventivo del TC, puesto que modificaría normas orgánicas constitucionales de los OAC (paso de regímenes especiales de transparencia al régimen general). Este nuevo fallo que deberá dictar el TC es una oportunidad para romper el precedente sentado el 2008 y decantar por una interpretación finalista del Derecho que fortalezca la transparencia y el derecho de acceso a la información pública.

Sin perjuicio de lo anterior, existe una solución complementaria, que se trata a continuación.

6.2.3. ¿Conviene el reconocimiento constitucional al CPLT?

Hemos sido claros al señalar que utilizar una norma u otra para crear un órgano estatal, es algo secundario, pues no genera diferencias en su capacidad operativa ni en sus facultades. Desde esa mirada, puede afirmarse que ningún órgano debe tener necesariamente reconocimiento constitucional.

Hay autores como VIERA GALLO que señalan que el constituyente debe evitar la proliferación inorgánica de entes autónomos que limiten los poderes emanados de la soberanía popular.¹⁰⁶ CÁRDENAS respalda esta opinión, reconociendo los

¹⁰³ Relatores Especiales de Libertad de Expresión de la ONU y la OEA y representante de la OSCE, “Declaración Conjunta”, 2004, <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=319&IID=2>, consultada: 15 de febrero de 2021.

¹⁰⁴ Proyecto de Ley que modifica la Ley N° 20.28, 2008, Boletín N° 12.100-07.

¹⁰⁵ Constitución Política de la República de Chile, 2005, artículo 93, número 2.

¹⁰⁶ VIERA-GALLO, cit. (n. 9), p. 42.

riesgos de la “inflación constitucional”. Sostiene que solo deben ser incorporados a la Constitución aquellos órganos esenciales y frente a quienes resguardar su autonomía e independencia es especialmente relevante.¹⁰⁷ Desde esa lógica, ello favorecería la existencia de un texto constitucional sobrio y realmente fundamental.

Pero, por otro lado, también sabemos que siempre habrá quienes resistan integrar a todos los OAC al sistema general de transparencia. Y sabemos que dicha postura todavía cuenta con algún apoyo político y doctrinario, y con un fallo del TC que la respalda.

Ante ese escenario, si el único escollo para el ingreso al sistema general de transparencia de buena parte del Estado es incorporar a la Constitución una frase que hiciera referencia al CPLT como órgano autónomo y de control, creemos positivo que se avance en ese sentido.¹⁰⁸ Así, cuando el objetivo de aumentar los estándares de transparencia en Chile es claro y compartido, el asunto de la técnica a utilizar es secundario.

Por lo anterior, miramos con buenos ojos lo recientemente ocurrido en el proceso constituyente en curso. Específicamente lo aprobado por el pleno de la Convención Constitucional, pasando previamente por la Comisión sobre Sistema Político, Gobierno, Poder Legislativo y Sistema Electoral, en orden a regular el CPLT como un órgano autónomo que tendrá por función fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos del Estado y garantizar el derecho de acceso a la información pública. Todo ello, lógicamente, formará parte del borrador de texto constitucional cuya aprobación será sometida a plebiscito en septiembre de este año.

VII. CONCLUSIONES

Los OAC nacen de una necesidad práctica: algunos órganos estatales cumplen mejor la función para la que han sido creados si se les dota de autonomía. Garantizarlo en una norma de rango legal o constitucional, es sólo un asunto circunstancial y más vinculado a momentos políticos que a necesidades intrínsecas del sistema de fuentes, por lo que no debiera tener mayores efectos en otros planos.

La autonomía reconocida a nivel constitucional permite garantizar la excepción a la regla general de dependencia presidencial de los órganos de la

¹⁰⁷ CÁRDENAS, Jaime, “Soberanía popular vs. Órganos constitucionales autónomos”, en LÓPEZ OLVERA, M. (coord.), *Poderes tradicionales y órganos constitucionales autónomos*, UNAM, México, 2020, pp. 7, 15 y 24.

¹⁰⁸ CAMACHO, cit. (n. 57), p. 153, aconseja reconocer la autonomía del CPLT a nivel constitucional, ya que lo dotaría de una garantía institucional.

administración, y se funda en criterios de eficiencia y buen servicio. En ningún caso puede significar ausencia de fiscalización.

Pese a ello, siguiendo la doctrina de una posición que hemos llamado formalista, el TC ha sostenido, en votación dividida, que la mayoría de los OAC tienen una situación de privilegio respecto de los OAL, que impide, en la práctica, que los primeros sean fiscalizados por los segundos. Los regímenes especiales de transparencia, interpretados a la luz de esta postura, constituyen una flexibilización relevante del principio de probidad y del acceso a la información pública, llegando a hacerlos prácticamente inoperante en ciertos ámbitos.¹⁰⁹

En el derecho comparado la tendencia dominante es que todos los órganos del Estado deben estar sujetos a principios de publicidad y transparencia. Y no se ve motivo para dar un tratamiento diferenciado a la mayoría de los OAC, en perjuicio del escrutinio público y de los derechos de información de la ciudadanía. El voto disidente de la STC 1051-08 ya referido acierta al pronunciarse en este sentido, sosteniendo que en las actividades no esenciales (por ejemplo, las administrativas, como lo es el cumplimiento de las obligaciones de transparencia), no existiría problema para permitir el control inter-órganos.

Por tal motivo, postulamos – con una inspiración más pragmática y finalista – reformar la LT, introduciendo una indicación al actual proyecto de ley que la modifica, a fin de incorporar a todos los OAC (incluyendo al Congreso y al Poder Judicial) al régimen general de transparencia (los cuales pasarían a ser fiscalizados por el CPLT) y establecer un listado amplio y claro de materias de transparencia activa.

Finalmente, señalamos que si para algunos el único obstáculo para que todos los OAC se incorporen al régimen general de transparencia es el reconocimiento constitucional al CPLT, creemos positivo que en el proceso constitucional en curso se haya avanzado en esa dirección.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

a) Doctrina

ACKERMAN, John, “Organismos autónomos y la nueva división de poderes en México y América Latina”, en CARPIZO, J.; ARRIAGADA, C., *Homenaje a Emilio Rabasa*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Ciudad de México, 2010, pp. 3-21.

¹⁰⁹ FERRADA, cit. (n. 60), p. 361; ROMÁN, cit. (n. 61), p.368.

BERMÚDEZ, Jorge, *Derecho Administrativo General*, LegalPublishing, Santiago, 2014.

BRAVO, Rosario, “Un Consejo Judicial para Chile: ¿Soluciona la Problemática que Enfrenta Nuestro Poder Judicial?”, 2012, disponible en línea: <https://repositorio.uahurtado.cl/bitstream/handle/11242/7035/DERBravo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, consultada: 31 de mayo de 2021.

CAMACHO, Gladys, “La Contraloría General de la República y Transparencia”, *Revista de Derecho Público*, 2013, N° 78, pp. 27-50.

CAMACHO, Gladys, “Constitución y Transparencia”, *Revista de Derecho Público*, 2014, Edición Especial, pp. 149-157.

CÁRDENAS, Jaime, *Una Constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, UNAM, Ciudad de México, 1996.

CÁRDENAS, Jaime, “Soberanía popular vs. Órganos constitucionales autónomos”, en LÓPEZ OLVERA, M. (coord.), *Poderes tradicionales y órganos constitucionales autónomos*, UNAM, Ciudad de México, 2020, pp. 3-26.

CEA, José Luis, “Autonomía constitucional del Banco Central”, *Revista de Derecho Público*, 2000, N° 62, pp. 66-79;

CEA, José Luis, *Teoría del Gobierno, Derecho chileno y comparado*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2000.

CEA, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno*, Editorial Universidad Católica, Santiago, 2004.

CONTRERAS, Pablo, “Transparencia y leyes secretas en Chile”, *Estudios Constitucionales*, 2010, Vol. 8, N° 2, pp. 87-124.

CORDERO, Eduardo, “La administración del Estado en Chile y el concepto de autonomía”, en CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, *La Contraloría General de la República, 85 años de vida institucional (1927-2012)*, Contraloría General de la República, Santiago, 2012, pp. 15-33.

CORDERO, Luis, “La autonomía constitucional”, *La Semana Jurídica*, 2001, N° 34, pp. 1-8.

DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel, “El derecho de acceso a la información pública: Su reconocimiento por el Tribunal Constitucional”, *Sentencias Destacadas 2007, Ediciones LyD*, 2008, pp. 61-102.

FABIÁN, José, “Los órganos constitucionales autónomos en México: una visión integradora”, *Revista Cuestiones Constitucionales*, 2017, N°37, pp. 85-120.

FERNÁNDEZ, Miguel Ángel, “Improcedencia de la fiscalización parlamentaria y otras consecuencias respecto de los órganos constitucionalmente autónomos”, *Revista de Derecho Público*, 2003, N° 65, pp. 217-232.

FERNÁNDEZ, Miguel Ángel, *La nueva Justicia Penal frente a la Constitución*, Lexis Nexis, Santiago, 2006.

FERNÁNDEZ, Miguel Ángel, “El principio constitucional de publicidad”, *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae*, 2013, Segunda Época Año I, N° 1, pp. 257-258.

FERRADA, Juan Carlos, “El ámbito de aplicación de la Ley de Transparencia: la exclusión parcial de los órganos estatales y administrativos de la aplicación del régimen general”, en LETELIER, R.; RAJEVIC, E. (Eds.), *Transparencia en la Administración Pública*, Legal Publishing, Santiago, 2010, pp. 347-362.

GARCÍA, Manuel, “El “status” del TC”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1981, N° 1, p. 11-34.

GARCÍA, Gonzalo; CONTRERAS, Pablo, *Diccionario Constitucional Chileno*, Cuadernos del Tribunal Constitucional de Chile N° 55, Santiago, 2014.

GARCÍA, José Francisco; GÓMEZ, Gastón, “Aspectos de derecho público y diseño institucional del proyecto de ley que modifica la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública (Boletín N°12.100-07)”, informe en derecho encargado por el Consejo para la Transparencia, Santiago, 2018.

HARASIC, Davor, “Historia de la consagración del Derecho Fundamental de Acceso a la Información Pública en Chile”, en LETELIER, R.; RAJEVIC, E. (Eds.), *Transparencia en la Administración Pública*, Legal Publishing, Santiago, 2010, pp. 7-12.

HELFMANN, Carolina, “Probidad y Transparencia”, en SOTO, S.; HUBE, C., *Conceptos Fundamentales para el Debate Constitucional*, Ediciones UC, Santiago, 2021, pp. 121-123.

MARVÁN, María, “Transparencia en los Órganos Constitucionales Autónomos”, en PESCHARD, J. (coord.), *Hacia el Sistema Nacional de Transparencia*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Seminario Universitario de Transparencia, Ciudad de México, 2016, pp. 201-219.

MONTECINOS, Alejandro, “Cuestiones orgánicas de la Constitución. Autonomías constitucionales”, informe en derecho encargado por el diputado Jaime Bellolio Aravia, Santiago, 2020.

PANTOJA, Rolando, *Derecho Administrativo: concepto, características, sistematización, prospección*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996.

PANTOJA, Rolando, *La Organización Administrativa del Estado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998.

RAJEVIC, Enrique, “El Consejo para la Transparencia como Administración Independiente”, en LETELIER, R.; RAJEVIC, E. (Eds.), *Transparencia en la Administración Pública*, Legal Publishing, Santiago, 2010, pp. 230-248.

RAJEVIC, Enrique, “Factibilidad de otorgar a un organismo administrativo autónomo por ley potestades para fiscalizar deberes de transparencia por parte de órganos constitucionales autónomos”, informe en derecho encargado por el Consejo para la Transparencia, Santiago, 2018.

REBOLLAR, Yuridia; ROSALES, Carlos Manuel, “La experiencia europea del Consejo de la Magistratura como órgano de gobierno del Poder Judicial”, *Revista de la Facultad de Derecho*, 2016, N° 40, pp. 209-244.

ROJAS, Christian, “Empresas Públicas y Ley de Transparencia. Un intento por contener “la huida” del Derecho Administrativo”, en LETELIER, R.; RAJEVIC, E. (Eds.), *Transparencia en la Administración Pública*, Legal Publishing, Santiago, 2010, pp. 391 y ss.

ROMÁN, Cristián, “Ley de Transparencia y órganos autónomos”, en LETELIER, R.; RAJEVIC, E., *Transparencia en la Administración Pública*, Legal Publishing, Santiago, 2010, pp. 363-390.

SILVA, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El Servicio Público*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995.

TÓRTORA, Hugo, “La autonomía del TC”, *Revista de Derecho y Ciencias Penales*

Universidad San Sebastián, 2009, N°13, pp. 83-96.

UGALDE, Filiberto, “Órganos Constitucionales Autónomos”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, 2010, N° 29, pp. 253-264.

VERGARA, Alejandro, “Autoridades administrativas independientes (agencias): mito y realidad de un modelo conveniente para Chile”, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 2017, N° 25, pp. 45-58.

VIERA-GALLO, José Antonio, “El TC y el Derecho de Acceso a la Información Pública”, *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae*, 2013, Vol. 1, N° 1, pp. 173-209.

VIERA-GALLO, José Antonio, “El principio de transparencia, el derecho de acceso a la información pública y el Consejo para la Transparencia ante el desafío de la nueva Constitución”, informe en derecho encargado por el Consejo para la Transparencia, Santiago, 2021.

ZÚÑIGA, Francisco, “Autonomías constitucionales e instituciones contramayoritarias (a propósito de las aporías de la “democracia constitucional”)”, *Revista Ius et Praxis*, 2007, Vol. 13, N° 2, pp. 223-244.

b) Jurisprudencia citada

Corte Suprema de Chile

Corte Suprema, 22 de enero 2018, Rol 36.587-2017.

Tribunal Constitucional de Chile

Tribunal Constitucional, 21 de junio de 2001, Rol N° 1732-10.

Tribunal Constitucional, de 9 de agosto de 2007, Rol N° 634-06.

Tribunal Constitucional, 18 de diciembre de 2007, Rol N° 995-07.

Tribunal Constitucional, 10 de julio de 2008, Rol N° 1051-08.

Tribunal Constitucional, 18 de agosto de 2011, Rol N° 1812-10.

Tribunal Constitucional, 17 de noviembre de 2011, Rol N° 1892-11.

Tribunal Constitucional, de 5 de junio de 2012, Rol N° 1990-11.

Tribunal Constitucional, 12 de septiembre de 2012, Rol N° 2153-11.

Tribunal Constitucional, 31 de enero de 2013, Rol N° 2246-12.

Tribunal Constitucional, 15 de enero de 2015, Rol N° 2558-13.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)

Corte IDH, Sentencia de 19 de septiembre de 2006, Caso Claude Reyes y otros vs Chile (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte IDH, Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

c) Normativa citada

Decreto N° 2.421, Fija el Texto Refundido de la Ley N° 10.336 de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, 1964.

Ley N° 18.840, Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile, 1989.

Constitución Política de la República de Chile. Diario Oficial 22 de septiembre de 2005.

Ley N° 20.285, Sobre Acceso a la Información Pública, 2008.

DFL N° 5, Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, 2010.

Ley N° 21.200, Modifica el Capítulo XV de la Constitución Política de la República, 2019.

d) Otros instrumentos citados

Chile

Historia de la Ley N° 20.285 Sobre Acceso a la Información Pública, 2008.

Consejo Asesor Presidencial Contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción, “Informe Final”, 2015, en línea: <http://www.minsepres.gob.cl/wp-content/uploads/2017/04/Informe-del-Consejo-AsesorPresidencial-Contra-los-Conflictos-de-Intereses-el-trafico-de-Influencias-la-Corrupcion.pdf>, consultada: 23 de marzo de 2021

Proyecto de reforma constitucional que otorga autonomía constitucional al Servicio Electoral, Boletín N° 10.055-07, fecha de ingreso: 19 de mayo de 2015. Hoy Ley N° 20.860, 2015.

Proyecto de Ley que modifica la Ley N° 20.285 Sobre Acceso a la Información Pública, Boletín N° 12.100-07, fecha de ingreso: 12 de septiembre de 2018.

Internacionales

Relatores Especiales de Libertad de Expresión de la ONU y la OEA y representante de la OSCE, “Declaración Conjunta”, 2004, en línea: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=319&IID=2>, consultada: 15 de febrero de 2021.

OEA, Comité Jurídico Interamericano, RES.147 (LXXIII-O/08): “Principios Sobre el Derecho de Acceso a la Información”, 2008, en línea: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/CJI-RES_147_LXXIII-O-08.pdf, consultada: 06 de octubre de 2020.

OEA, CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, “Informe 2008”, Capítulo III: Marco Jurídico Interamericano del Derecho a la Libertad de Expresión, 2008, en línea: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/Informe%20Anual%202008%201%20ESP.pdf>, consultada: 22 de octubre de 2020.

OEA, CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, “El Derecho de Acceso a la Información en el Marco Jurídico Interamericano”, 2009, en línea: <http://www.cidh.org/pdf%20files/RELEacceso.pdf>, consultada: 06 de octubre de 2020.

OEA, Asamblea General, AG/RES. 2905 (XLVII-O/17) sobre “Fortalecimiento de la Democracia”, 2017, en relación a la sesión ordinaria de 21 de octubre de 2020, en línea: http://www.oas.org/es/sla/ddi/boletines_informativos_DDI_Asamblea_general_OEA_aprueba_Ley_Modelo_Interamericana_sobre_Acceso_Informacion_Publica_Octubre-2020.html, consultada: 11 de junio de 2021.