Oficio N° 41-2013

INFORME PROYECTO DE LEY 3-2013

Antecedente: Boletín N° 7686-07

Santiago, 26 de marzo de 2013.

Por Oficio N° 10.51/, de 16 de enero del año en curso, el señor Presidente del Cámara de Diputados ha recabado la opinión de esta Corte Suprema respecto del proyecto de ley que modifica la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, al tenor de lo dispuesto en los artículo 77 de la Constitución Política de la República y 16 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.

Impuesto el Tribunal Pleno del proyecto en sesión del día 15 del mes en curso, presidida por el subrogante señor Milton Juica Arancibia y con la asistencia del suscrito y de los Ministros señores Sergio Muñoz Gajardo, Hugo Dolmestch Urra, Juan Araya Elizalde, Patricio Valdés Aldunte, Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, Carlos Künsemüller Loebenfelder, Haroldo Brito Cruz y Guillermo Silva Gundelach, señoras Rosa María Maggi Ducommun, Rosa Egnem Saldías y María Eugenia Sandoval, señores Juan Eduardo Fuentes Belmar y Lamberto Cisternas Rocha y suplente señor Alfredo Pfeiffer Richter, acordó informarlo al tenor de la resolución que se transcribe a continuación:

AL **SEÑOR PRESIDENTE**
**:COLÁS MONCKEBERG**
**H. CÁMARA DE DIPUTAD**
**VAL. 'ARMO**

"Santiago, veinticinco de marzo de dos mil trece.

**Vistas y teniendo presente:**

**Primero:** Que por Oficio N° 10.517, de 16 de enero del año en curso, el señor Presidente del Cámara de Diputados ha recabado la opinión de esta Corte Suprema respecto del proyecto de ley que modifica la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, al tenor de lo dispuesto en los artículo 77 de la Constitución Política de la República y 16 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.

El proyecto de ley, de acuerdo a lo señalado en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara, tiene por finalidad introducir diversas modificaciones en la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información del Estado, con el objeto de perfeccionar las falencias o debilidades que se han detectado y reforzar la institucionalidad que regula el Consejo para la Transparencia y consta de nueve artículos.

El artículo 1° introduce treinta y dos modificaciones a la señalada ley; el artículo 2° elimina parte del inciso segundo del artículo 14 del Decreto con Fuerza de Ley N° 5.200 de 1929; el artículo 3° incorpora cuatro incisos (quinto al octavo) al articulo 155 de la Ley N° 10.336, Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República; el artículo 4° agrega una frase al inciso primero del artículo sexto de la Ley N° 20.285; el artículo 5° incorpora cuatro incisos (cuarto al séptimo) al artículo 65 bis de la Ley N° 18.840, Orgánica Constitucional del Banco Central; el artículo 6° incorpora cinco incisos (quinto al noveno) al artículo octavo de la Ley N° 20.285; el artículo 7° incorpora tres incisos (cuarto al sexto) al artículo noveno de la Ley N° 20.285; el artículo 8° incorpora tres incisos (quinto, sexto y séptimo) al artículo cuarto de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, y el artículo 9° incorpora un artículo duodécimo a la Ley N° 20.285.

**Segundo:** Que el Oficio N° 10.517 no indica de manera clara y precisa cuál es el aspecto sometido a consulta de esta Corte Suprema, limitándose a indicar que en el proyecto "se contienen normas atinentes a la organización y atribución de los tribunales que han sido Introducidas en el trámite de Comisión".

Ahora bien, las modificaciones contenidas en el proyecto apuntan a perfeccionar tanto el sistema recursivo contemplado en la Ley de Transparencia, como a la inclusión del Poder Judicial dentro de los órganos a los cuales se aplica el derecho de acceso a la información pública contenida en correos electrónicos.

**Tercero:** Que en cuanto al primen tópico, se estima inadecuada la incorporación de un recurso especial de reposición, pues no se justifica la creación de uno distinto de aquel contemplado en el artículo 59 de la Ley de Bases de Procedimientos Administrativos. Además, pueden generarse dudas respecto de los efectos de la interposición de este nuevo recurso en el cómputo del plazo para recurrir de ilegalidad, en cuanto a si el día sábado es o no hábil. No se divisa, por otra parte, la razón de excluir el recurso de reposición contemplado en la Ley de Procedimiento Administrativo y también, lo que no se indica y puede prestarse a problemas de interpretación, en el artículo 10 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado.

Se amplía la hipótesis de procedencia del reclamo de ilegalidad, incluyéndose tanto la resolución del Consejo para la Transparencia que accede como la que deniega el acceso a la información pública, cuestión que se estima adecuada. Por otra parte, de la modificación al inciso primero del artículo 30 se desprende claramente que las funciones del Consejo para la Transparencia no tienen carácter jurisdiccional, lo cual resulta acertado y se vería reafirmado por el inciso séptimo del artículo 30 bis, precepto incorporado por el proyecto que se informa, en cuanto faculta a dicho órgano para hacerse parte en la vista el recurso de unificación de jurisprudencia ante la Corte Suprema.

Respecto del mismo articulo 30 de la Ley de Transparencia se reemplaza la obligación de la Corte de Apelaciones de notificar del reclamo al Consejo y al tercero interesado, por la de solicitar informe al Consejo y a los terceros interesados.

En relación con la vista de la causa, se dispone que la Corte ordene traer los autos en relación y la agregación extraordinaria de la causa a la audiencia más próxima, previo sorteo de la sala, una vez evacuado el informe por las partes o vencido el plazo que tienen para ello. Se hace presente que existe multiplicidad de procedimientos en que se da preferencia a diversas materias para la vista de los asuntos, lo que distorsiona todo el sistema recursivo, imponiéndose al respecto una solución definitiva.

También se incorpora el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, tomado de la legislación laboral, cuyo conocimiento corresponderá a la Corte Suprema. La incorporación de dicho recurso obedece a una indicación del Ejecutivo, cuyo objetivo sería evitar disparidad de criterios ocurridos en las Cortes, lo que

generaría incertidumbre.

Al respecto resulta oportuno tener a la vista la opinión contraria al recurso de unificación consignada por esta Corte al informar el proyecto de ley que modifica el Código del Trabajo para incorporar el recurso de apelación respecto de las sentencias definitivas de primera instancia. El referido proyecto consta en el Boletín N° 8672-13 y fue informado por esta Corte mediante Oficio N° 153-2012.

Sin perjuicio de lo anterior, se hacen notar errores de técnica legislativa existente en la redacción del articulo 30 bis, pues no es adecuada la procedencia del recurso cuando exista un solo fallo, ya que no es posible sostener a su respecto que existen distintas interpretaciones jurídicas, así como tampoco el uso de la expresión "reclamo" en el inciso final.

En cuanto a la vista del recurso, el conocimiento y decisión del mismo se entrega a la sala especializada de la Corte Suprema, pero solamente puede ser declarado inadmisible por la unanimidad de los ministros integrantes de la respectiva Sala. Además, cabe tener presente que el artículo 780 del Código de Procedimiento Civil establece la posibilidad que sea el Pleno quien resuelva un recurso de casación en el fondo cuando se invoquen decisiones contradictorias y así lo soliciten las partes, circunstancia que no se contempla en el recurso que se analiza.

Conviene también destacar los efectos de la sentencia que resuelve el recurso de unificación y, en tal sentido, el fallo que lo acoge impone la exigencia de dictar "sentencia de reemplazo en unificación de jurisprudencia", pero sus alcances son limitados por cuanto el inciso décimo del artículo 30 bis dispone que "el fallo que se pronuncie sobre el recurso sólo tendrá efecto respecto de la causa que se pronuncie, y en ningún caso afectará a las situaciones jurídicas fijadas en las sentencias que se le sirven de antecedente", de lo cual se colige que el objeto pretendido por el Ejecutivo con la incorporación de este recurso puede alcanzarse con el recurso de casación en el'fondo, según ya se indicó en el referido Oficio N° 153-2012.

Finalmente, las modificaciones contempladas en los artículos 3°, 5° y 7° del proyecto comentado, respecto de la Leyes Orgánicas Constitucionales de la Contraloría General de la República y del Banco Central, y de la Ley N° 20285 sobre Acceso a la Información Pública, junto con hacer aplicables a los órganos que señalan dichos preceptos -esto es, a la Contraloría General de la República, al Banco Central, al Ministerio Público, al Tribunal Constitucional y a la Justicia Electoral- el derecho de acceso a la información contenida en correos electrónicos

institucionales, establecen normas procedimentales para el conocimiento y resolución de fas reclamaciones que sobre dicha materia deban conocer las Corte de Apelaciones o la Corte de Apelaciones de Santiago, en su caso.

Actualmente, según lo dispuesto en los artículos 155 de la Ley N° 10.336 sobre Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República y noveno de la Ley N° 20.285, son aplicables a éstos órganos las normas sobre el reclamo de ilegalidad contenidas en los artículo 28, 29 y 30 de la Ley de Transparencia, cuando no entreguen la información solicitada dentro de plazo o denieguen la entrega de la misma, dado que en este caso no resulta aplicable a su respecto el amparo ante el Consejo para la Transparencia, de acuerdo con la remisión que hacen a la Ley de Transparencia tanto el citado artículo 155 como el aludido artículo noveno de la Ley N° 20.285.

Ahora bien, conforme a la modificación comentada, también será posible recurrir a través de esa vía cuando dichos órganos nieguen o no entreguen dentro del plazo legal la información contenida en correos electrónicos institucionales, lo cual viene a constituir una especificación innecesaria de la hipótesis de procedencia del reclamo.

Asimismo, se constata una inconsistencia entre la modificación realizada al artículo 30 de la Ley de Transparencia y la contenida en los artículo 3° y 7° del proyecto en análisis, pues esta última dispone que frente al reclamo la Corte de Apelaciones "procederá a dar traslado a éste de acuerdo al artículo 30 de la Ley de Transparencia...", en circunstancia que la modificación aludida establece que "Admitido a tramitación el reclamo, la Corte de Apelaciones ordenará que informen, por la vía que estimen más expedita y rápida, las partes...".

Continuando con el procedimiento, la Corte de Apelaciones, en caso de existir oposición a la publicidad de la información por parte de los titulares de dichos correos o de las terceros emisores o que no ella no se deduzca dentro de plazo, deberá solicitar al Contralor General o al Contralor Regional la remisión de la información a que se refiere la reclamación. Aquí se destaca otra inconsistencia en el proyecto, ya que en la modificación al articulo noveno de la Ley N° 20.285, contenida en el articulo 7° del proyecto, establece como facultativo para la Corte requerir del Fiscal Nacional o Regional, del Presidente del Tribunal Constitucional o del Presidente del Tribunal Calificador de Elecciones o Electoral Regional respectivo, la entrega de la

información objeto de la reclamación.

Siguiendo en esta línea, una vez "apreciados" (sic) los descargos la Corte dará traslado a las autoridades antes referidas sólo "respecto de los correos que estime que no dicen relación con la vida privada del titular o de los terceros" para que aquellas se pronuncien sobre la concurrencia de alguna causal de reserva o secreto, o bien, en el caso que los titulares o terceros accedan a la publicidad de los correos. Al respecto, se deja sentado que la Corte de Apelaciones decidirá, con el sólo mérito de los descargos en su caso, sobre cuáles de los correos están tutelados por constituir parte de la vida privada del titular o del tercero, sin que resulte claro que se pueda recurrir de la misma por alguna vía. Además, no se establece ningún mecanismo de suspensión de entrega de la información -similar al contemplado en el actual artículo 29 de la Ley de Transparencia- en el caso que los titulares o terceros accedan a la entrega información, lo que podría considerarse entre las medidas de resguardo y reserva que la Corte puede adoptar en tanto no se encuentre firme la decisión sobre la publicidad.

A continuación se faculta a la Corte y a las autoridades respectivas para conocer la información que no dice relación con la vida privada del titular o de los terceros, con el fin de declararla secreta o reservada, o bien, acceder a su entrega y mientras no exista decisión firme respecto de la publicidad, estableciéndose la obligación de adoptar las medidas de seguridad y reserva de la información conocida durante la tramitación del reclamo. Al respecto, junto con entregar facultades oficiosas de cautela a las Cortes de Apelaciones, se hace presente que la norma analizada es contradictoria, pues la Corte ya conoció de dicha información para determinar cuál de ella forma parte de la vida privada del titular o de los terceros, según se indicó precedentemente.

Por otra parte, genera duda la procedencia del recurso de unificación de jurisprudencia respecto de la decisión de la Corte de Apelaciones que declara la información como secreta o reservada, o bien, accede a su entrega, ya que, no obstante la reforma que realiza el proyecto comentado al artículo 30 de la Ley de Transparencia, no se incluye en la redacción de los citados artículos 155 de la Ley Orgánica de la Contraloría y noveno de la Ley N° 20.285 una referencia expresa al nuevo artículo 30 bis.

Mención aparte merece el Banco Central, pues de acuerdo al artículo 65 bis de su Ley Orgánica, el reclamo por la no entrega de la información solicitada dentro de plazo o la negativa a la entrega de la misma es conocido por la Corte de Apelaciones de Santiago, en

conformidad al procedimiento contemplado en el

artículo 69 de dicha ley, y no según aquel contemplado en los artículo 28, 29 y 30 de la Ley de Transparencia.

El proyecto en análisis introduce a este procedimiento contencioso especial modificaciones similares a las ya analizadas respecto de la Contraloría General de la República y demás órganos señalados. Conforme a lo anterior, y a fin de evitar reiteraciones, se dan por reproducidas las observaciones formuladas a las modificaciones introducidas al procedimiento de reclamo respecto de la Contraloría General de la República y demás órganos que se indicaron, incluida aquella relativa al aumento de la carga de trabajo -en este caso, de la Corte de Apelaciones de Santiago-.

**Cuarto:** Que en cuanto a la inclusión del Poder Judicial dentro de los órganos a los cuales se aplica el derecho de acceso a la información pública contenida en correos electrónicos se formulan las siguientes observaciones.

El artículo 6 del proyecto incorpora cinco nuevos incisos al artículo octavo de la referida ley, lo cuales dicen relación con la aplicación del derecho de acceso a la información pública contenida en correos electrónicos al Poder Judicial, así como los procedimientos necesarios para el acceso a dicha información y de reclamo, en su caso.

En este sentido, se hace presente que revisada la discusión al interior de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, consta que en todo momento el tema de la divulgación de correos electrónicos institucionales estuvo referido a la Administración del Estado y que la inclusión del Poder Judicial obedeció a una indicación del Ejecutivo, la cual fue aprobada sin discusión.

El inciso tercero que se agrega por el proyecto al artículo 10 de la Ley de Transparencia se refiere a correos electrónicos que, en el ejercicio de sus funciones, las autoridades, funcionarios y servidores públicos hayan enviado o recibido a través de sus casillas electrónica institucionales siempre que se trate de actos o resoluciones finales, de sus fundamentos o de aquéllos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y siempre que la divulgación de estos últimos no implique dar publicidad a deliberaciones, sin perjuicio de las demás excepciones legales.

Cabe recordar que durante la tramitación del proyecto de ley que dio origen a la Ley N° 20.285, se consultó en variadas oportunidades a la

Corte Suprema, la que en relación a la aplicación de la referida Ley al Poder Judicial, mediante Oficio

N° 254 de 26 de julio de 2007, expresó: "Dando respuesta a lo solicitado corresponde comunicar a dicha Comisión que, en opinión de esta Corte, el Poder Judicial debe proporcionar la información a que se hace referencia sólo al tenor del artículo 506 del Código Orgánico de Tribunales, y que tal información no puede extenderse a la actividad jurisdiccional propia de los Tribunales de Justicia."

Además, la labor de los tribunales de justicia es la de deliberar en los asuntos que le son sometidos a su conocimiento y, por tanto, no se vislumbra de qué manera pudiera dicha norma aplicarse al Poder Judicial. Ahora bien, en el caso de aplicarse, se estima que ello puede afectar lo dispuesto en el artículo 81 del Código Orgánico de Tribunales, norma que establece el carácter privado de los acuerdos de los tribunales colegiados. Sin embargo, tal aspecto estaría cubierto por la frase "siempre que la divulgación de estos últimos no implique dar publicidad a deliberaciones" contenida en el nuevo inciso tercero del referido artículo 10.

Por otra parte, el acceso a los correos electrónicos que contempla el proyecto está referido únicamente a los "actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, todos éstos finales, de sus fundamentos o de aquellos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial".

Los actos y resoluciones finales dictados por la Administración del Estado son los "actos administrativos", definidos en el artículo tercero de la Ley de Procedimiento Administrativo. Al hacer aplicable esta norma al Poder Judicial debe entenderse necesariamente que se refiere a los "actos y resoluciones" dictados por los órganos del Poder Judicial, con exclusión evidentemente de las resoluciones judiciales. Ahora bien, debe señalarse en primer término que no todos los miembros de una institución tienen competencia para dictar actos administrativos y en el caso de los miembros del escalafón primario del Poder Judicial, salvo algunas atribuciones en materia disciplinaria de quienes ejercen determinados cargos, esta atribución es casi inexistente.

Sin perjuicio de lo anterior, la falta de una definición que nunca se ha aclarado, respecto a lo que podría denominarse "actos administrativos del Poder Judicial" así como la simple referencia a la aplicación del artículo 10 de la Ley de Transparencia al Poder Judicial, sin que se haya propuesto una norma específica para este Poder del Estado, permite vislumbrar que, salvo en lo referente a la Corporación Administrativa del Poder Judicial, que para estos efectos, puede

entenderse que funciona en forma similar a la Administración del Estado, se presentarán múltiples dificultades para su aplicación.

En la actualidad, a propuesta de la Comisión de Transparencia del Poder Judicial, se aprobó por esta Corte Suprema, el 3 de julio de 2009, las materias que deben agregarse a la página web del Poder Judicial en el vínculo transparencia (Acta N° 146-2009).

**Quinto:** Que el articulo 6° del proyecto de ley entrega a la Comisión de Transparencia y Acceso a la Información del Poder Judicial la facultad para requerir al titular de los correos que remita la información a que se refiere la solicitud. Señala también que sólo los miembros de dicha Comisión podrán conocer el contenido de la información, para declararla secreta ó reservada o acceder a su entrega, "mientras no exista decisión firme a su respecto o que establezca su publicidad".

Establece, por último, que la Corte Suprema regulará en un auto acordado "los procedimientos necesarios de acceso a la información y de reclamo, de acuerdo a los incisos precedentes".

Ahora bien, la Comisión de Transparencia y Acceso a la Información del Poder Judicial fue creada por auto acordado de 30 de octubre de 2008 (Acta N° 253-2008), en cumplimiento a lo resuelto en las Jornadas de Reflexión de ese mismo año. Dicha Comisión está integrada por dos Ministros de la Corte Suprema y uno de Corte de Apelaciones, todos designados por la Corte Suprema, el Director de la Corporación Administrativa del Poder Judicial y la Directora -sic- de la Academia Judicial.

La redacción de esta modificación deja dudas respecto de a quién debe solicitarse la información contenida en un correo electrónico. Parece claro que no es a la Comisión de Transparencia y Acceso a la Información del Poder Judicial, pues a ella toca resolver la reclamación por la negativa o falta de procedimiento, por lo que esta interrogante debería ser resuelta. Además, se hace notar un vacío en cuanto a cuál sería el órgano que conocería del reclamo relativo a la negativa o a la omisión de respuesta respecto de la exhibición de los correos electrónicos de los órganos que ejercen jurisdicción y que no están enumerados en el artículo 5° del Código Orgánico de Tribunales. En efecto, nada dice el proyecto en relación por ejemplo, al Tribunal de Contratación Pública, de la Libre Competencia, Tribunales Tributarios y Aduaneros, Ambientales, Tribunal de Propiedad Industrial, todos órganos que ejercen jurisdicción. Tal como están redactados los incisos que

se incorporan al artículo octavo de la Ley N° 20.285, pudiera entenderse que la Comisión de Transparencia del Poder Judicial tendría que ser la entidad a cargo de requerir al titular de los correos que remita la información.

Atendido que el proyecto de ley señala que los procedimientos de reclamo serán regulados por la Corte Suprema de acuerdo "a los incisos precedentes" que se refieren a la Comisión, ha de entenderse que ella deberá conocer precisamente de los reclamos que se interpongan frente a la negativa o falta de pronunciamiento de la solicitud de acceso a la información contenida en correos institucionales.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 16 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, se **acuerda informar** el proyecto de ley que modifica **la** Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, en los términos precedentemente expuestos.

Ofíciese.

PE-3-2013."

Saluda atentamente a V.S.



Nibald,a Segur Peña
Presidente sub ro

Rosa María Pinto Egusquiza
Secretaria