

OFICIO N° 2689/

**ANT.:** Solicitud de Información del Sr. Gabriel Gatica Stambuk, de fecha 20 de junio de 2013. Ingreso CT001T0000081 (S296-2013)

**MAT.:** Responde Solicitud de Información.

SANTIAGO, 01 JUL. 2013

**A :** SR. GABRIEL GATICA STAMBUK

**DE :** RAÚL FERRADA CARRASCO, DIRECTOR GENERAL, CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA

Mediante la presente, me dirijo a usted con el objeto de dar respuesta a la solicitud de información pública que hizo llegar a este Consejo, el día 20 de junio 2013 en la que solicita: "... copia del informe en derecho denominado 'Aspectos procesales de la Ley N° 20. 285, Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la información de la Administración del Estado', elaborado por Andrés Bordalí, mencionado en Sesión N° 234, de 31.03.2011, del Consejo Directivo del CPLT."

Cumpliendo con vuestra solicitud de información adjunto documento solicitado.

Sin otro particular, se despide atentamente,

RAÚL FERRADA CARRASCO  
DIRECTOR GENERAL  
CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA



GAU/JLCH/PMT/dgp

**DISTRIBUCION:**

1. Sr. Gabriel Gatica Stambuk; correo [REDACTED]
2. Archivo UPC



INFORME EN DERECHO

**ASPECTOS PROCESALES DE LA LEY Nº 20. 285, LEY DE  
TRANSPARENCIA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA Y DE ACCESO A LA  
INFORMACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO**

ANDRÉS BORDALÍ SALAMANCA  
ABOGADO  
DOCTOR EN DERECHO  
PROFESOR DE DERECHO PROCESAL  
UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE

## INTRODUCCIÓN

Se ha solicitado al suscrito un Informe en Derecho relativo a esclarecer la naturaleza y alcances del reclamo de ilegalidad contenido en el artículo 28 de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, aprobada por el artículo primero de la Ley N° 20.285 (en adelante Ley de Transparencia o LT). Asimismo, se le ha solicitado establecer la naturaleza jurídica del Consejo para la Transparencia (en adelante también el Consejo), especialmente cuando conoce del recurso por denegación de la información solicitada a la Administración del Estado por cualquier persona.

El objetivo del presente informe consistirá, fundamentalmente, en analizar los aspectos procesales de la Ley de Transparencia, con especial énfasis en la normativa relativa a las facultades que dicha ley encomienda al Consejo para la Transparencia para conocer de las peticiones de las personas para acceder a información pública, y al reclamo de ilegalidad contra la decisión del Consejo, que es competencia de las Cortes de Apelaciones del país.

### I. CUESTIONES PRELIMINARES

Como sabemos, en nuestro país carecemos de tribunales que conozcan como tribunales especiales de lo contencioso administrativo. De hecho, ni siquiera la Constitución se refiere hoy en día a dichos tribunales, como lo hacía el artículo 87 de la Constitución Política de 1925 y, posteriormente, el artículo 38 de la Constitución Política de 1980 (en adelante CPR), en su redacción original previa a la reforma constitucional de 1989. De este modo, frente a la ausencia de tribunales de lo contencioso administrativo, ha surgido en Chile una amplia gama de leyes especiales que otorgan competencia para resolver de esos

conflictos administrativos tanto a tribunales que integran el Poder Judicial, como a otros que se encuentran fuera de él, o incluso a los propios órganos de la Administración involucrados en la resolución o acto que se pretende impugnar.

El legislador, desarrollando el principio de publicidad recogido en el artículo 8º CPR respecto de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como de sus fundamentos y los procedimientos que utilicen, contempló en la Ley de Transparencia la posibilidad de que los órganos de la Administración del Estado sometidos al deber de transparencia, se nieguen a entregar información solicitada por las personas. La regla general prevista en la Ley de Transparencia es que los órganos de la Administración deberán entregar la información solicitada por dichas personas (arts. 10 y 16 LT). Sólo podrán negar la entrega de la información cuando los ampare una causal de oposición del artículo 20 LT, o una causal de reserva o secreto dispuesta por la ley (art. 16 inc. 1º LT).

La autoridad administrativa tendrá un plazo de 20 días hábiles, que podrá prorrogarse por otros 10 días, contado desde la recepción de la solicitud presentada conforme a lo prescrito por la Ley de Transparencia, para contestar dicha solicitud, sea entregando la información requerida o bien negándose a ello (art. 14 LT). En esta última situación, o bien transcurridos los plazos señalados precedentemente sin que se haya dado respuesta, se genera un conflicto entre los que requieren la información y la Administración del Estado. Como consecuencia de ello, se contempla en la Ley de Transparencia un recurso ante el Consejo para la Transparencia, que deberá decidir si procede o no entregar la información requerida.

Igual reclamación podrá deducirse si los organismos de la Administración no cumplen con la obligación de Transparencia Activa que prescribe el art. 7º de la Ley de Transparencia (art. 8º LT).

De lo que resuelva el Consejo para la Transparencia se podrá reclamar ante la Corte de Apelaciones respectiva.

El recurso y la reclamación tienden a garantizar la plena eficacia del principio de publicidad de las actuaciones y el derecho de acceso a la información de los particulares.

Determinar si la naturaleza del recurso ante el Consejo es de índole jurisdiccional, o más bien corresponde a una función propiamente administrativa, es una cuestión de manifiesta relevancia, pues llevará a consecuencias jurídicas diversas. Asimismo, es relevante determinar la naturaleza del reclamo de ilegalidad ante las Cortes de Apelaciones, así como los aspectos esenciales de dicho procedimiento jurisdiccional.

## II. EL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA Y SU UBICACIÓN EN EL SISTEMA DE PODERES CONSTITUCIONALES

La Ley de Transparencia encomienda al Consejo, en su artículo 33, una serie de funciones y atribuciones. Para efectos de este informe, nos centraremos en la función contenida en la letra b) de dicho precepto: *Resolver, fundadamente, los reclamos por denegación de acceso a la información que le sean formulados de conformidad a esta ley.*

Las demás atribuciones encomendadas a este Consejo no suscitan mayores dudas en cuanto a su carácter eminentemente administrativo, ya que tienen por finalidad servir al interés general en los ámbitos de su competencia, donde el Consejo es llamado a cumplir funciones públicas con carácter permanente.

Sin embargo, se generan dudas con respecto a la facultad que tiene el Consejo de resolver reclamos o amparos, ya que podría entenderse que en este caso se trataría de un órgano de tipo administrativo, pero

que ejerce funciones jurisdiccionales. Algo similar a la situación de los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos cuando conocen de un reclamo tributario (art. 115 Código Tributario), en aquellas zonas del país donde aun no entran en funcionamiento los Tribunales Tributarios y Aduaneros, o cuando el Ministro de Transportes y Telecomunicaciones resuelve un asunto referido a concesiones (art. 36 A de la Ley General de Telecomunicaciones), o las funciones juzgadoras del Jefe del Departamento de Propiedad Industrial (art. 4 y ss. Del DFL 1/2006) o, finalmente, las del Consejo Nacional de Televisión (art. 34 Ley nº 18.838), entre otros casos.

Sin embargo, como veremos más adelante, ante el Consejo para la Transparencia, a diferencia de los órganos administrativos antes señalados, estamos ante un órgano independiente de la Administración del Estado y de todo otro poder público.

Analizaremos las funciones y características propias de la actividad jurisdiccional y de la actividad administrativa, con el fin de comparar esta función resolutoria del Consejo con dichas actuaciones, estableciendo a cuál de ellas es más próxima. Esto es importante ya que, como hemos mencionado en otros estudios<sup>1</sup>, si fuera el Consejo un órgano que ejerce funciones jurisdiccionales, es preciso que el mismo se estructure como un órgano jurisdiccional, especialmente en lo que respecta a su independencia e imparcialidad, conociendo de las competencias atribuidas bajo un procedimiento que respete íntegramente, en lo que corresponda, las garantías de un debido proceso. Determinará asimismo, una distinta fisonomía al recurso que se pueda deducir respecto a la resolución del Consejo ante la judicatura ordinaria.

---

<sup>1</sup> Vid. BORDALÍ, ANDRÉS, *La independencia judicial en el derecho chileno*, Abeledo Perrot, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2010, pp. 31-32.

Dicho lo anterior, aclararé que la determinación en el derecho chileno si un órgano ejerce jurisdicción o es un tribunal de justicia de carácter especial, es una cuestión especialmente compleja. Tal complejidad se deriva del hecho que en Chile no ejercen jurisdicción solo los tribunales que forman parte del Poder Judicial, ni siquiera exclusivamente órganos que son tribunales de justicia, sino en muchos casos es la propia Administración la que, conociendo de ciertos contenciosos, se transforma para esos efectos en un órgano que ejerce jurisdicción o, como veremos, para algunos, en un tribunal especial.

Es la propia Constitución Política de la República la que introdujo esta complejidad, pues se alejó de lo que otros ordenamientos constitucionales comparados regulan como jurisdicción, tribunales de justicia o Poder Judicial, introduciendo el concepto de *órgano que ejerce jurisdicción* (art. 19 n° 3 inc. 5° CPR), concepto poco preciso que ha llevado a la gran mayoría de nuestra doctrina y jurisprudencia constitucional, a considerar como tribunales de justicia a cualquier órgano que resuelva un litigio o determine o adjudique los derechos de una persona, sea que ese órgano pertenezca al Poder Judicial o a la Administración o inclusive al poder legislativo.

Recuérdese a estos efectos que pese a que gran parte de la doctrina de derecho tributario y alguna constitucional, señalaba que el sistema de justicia tributaria basado en una primera instancia ante el Director Regional del Servicio de Impuestos Internos, para luego pasar a una segunda fase ante una Corte de Apelaciones, era una justicia que carecía de imparcialidad, pues el funcionario del Servicio es juez y parte. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en sus votos de mayoría, hasta el día de hoy, nunca ha dudado que el Director Regional, cuando conocía y conoce todavía, de una reclamación tributaria de un contribuyente, lo hace como órgano que ejerce jurisdicción o bien, como un tribunal especial. Lo único que, en esta misma materia, ha declarado el Tribunal Constitucional como contrario a la Constitución, era la facultad que le otorgaba el artículo 116 del

Código Tributario al Director Regional del Servicio de Impuestos Internos, para delegar sus funciones en un funcionario del Servicio<sup>2</sup>.

Ha dicho en este punto el Tribunal Constitucional que [...] *la función jurisdiccional es genérica y omnicomprensiva respecto de todos aquellos órganos que resuelven conflictos que afectan bienes y derechos de las personas, aunque no sean propiamente “tribunales” e incluso no formen parte del Poder Judicial, sin perjuicio de que en definitiva se encuentren siempre sujetos a la superintendencia disciplinaria de la Corte Suprema. [...] de suerte tal que no sólo los tribunales, propiamente tales, formen o no parte del Poder Judicial, ejercen jurisdicción sino que también lo hacen otros órganos, como algunos que incluso integran la Administración del Estado, al resolver situaciones que afecten a las personas y sus bienes. Entre dichos órganos ciertamente se encuentra el Servicio de Impuestos Internos, particularmente sus Directores Regionales, al resolver las reclamaciones tributarias, a que aluden los artículos 115 y siguientes del Código Tributario, a cuya actuación jurisdiccional también se le aplican los principios del debido proceso [...]. De este modo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 77 de la Carta Fundamental y en la disposición cuarta transitoria de la misma, los tribunales que tienen atribución para conocer de las reclamaciones tributarias son los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos [...].*<sup>3</sup>

No sólo ha determinado el Tribunal Constitucional chileno que una autoridad que forma parte de la Administración del Estado ejerce válidamente jurisdicción o es un tribunal de justicia especial situado fuera del Poder Judicial, sino que hasta un Ministro de Estado, como es el caso del Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, cuando resuelve sobre una oposición a un otorgamiento de una concesión en las áreas de su competencia, actúa, a su juicio, como un tribunal

---

<sup>2</sup> Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 26 de marzo de 2007, rol nº 681.

<sup>3</sup> Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 6 de noviembre de 2007, rol nº 606.



especial situado fuera del Poder Judicial<sup>4</sup>. Vemos así que nuestro Tribunal Constitucional considera a estos órganos de la Administración y del Gobierno, no solo como órganos que ejercen jurisdicción, sino que derechamente los llama tribunales de justicia, cuando desarrollan esas funciones juzgadoras.

La jurisdicción por tanto, en Chile, no es atributo del Poder Judicial, como ocurre en países como España, donde todos los tribunales de justicia, salvo el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Cuentas, forman parte del Poder Judicial<sup>5</sup>. En nuestro país no hay una relación necesaria entre Poder Judicial y ejercicio de la jurisdicción, pues como he puesto de relieve en una investigación, hay igual o más tribunales de justicia situados fuera del Poder Judicial que dentro de él<sup>6</sup>.

De esta manera, para poder ejercer válidamente jurisdicción en nuestro país, no es necesario formar parte del Poder Judicial. Tampoco parece ser necesario ser formalmente un tribunal de justicia, pues tanto un sector importante de la doctrina constitucional como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, han reconocido que los órganos administrativos y políticos también pueden ejercer una función de carácter jurisdiccional, como tribunales especiales situados fuera del Poder Judicial.

---

<sup>4</sup> Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 22 de noviembre de 1993, rol nº 176.

<sup>5</sup> Vid. MORENO CATENA, VÍCTOR et.al., *Manual de Organización Judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 62 y ss.; REQUEJO, JUAN LUIS, *Jurisdicción e independencia judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 155; HERNANDO, FRANCISCO JOSÉ, "Poder Judicial y Constitución", en AA.VV. *Constitución y Poder Judicial, XXV Aniversario de la Constitución de 1978*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, p. 21.

<sup>6</sup> Vid. BORDALÍ, ANDRÉS, "Organización judicial en el derecho chileno: Un poder fragmentado", en *Revista Chilena de Derecho*, mayo-agosto 2009, Vol. 36 – nº 2, p. 225.

Tampoco se le ha exigido a los tribunales de justicia que sean independientes respecto del Gobierno y de la Administración del Estado, pues la Constitución, se ha dicho<sup>7</sup>, en su artículo 76, sólo prohíbe el ejercicio jurisdiccional al Presidente de la República, pero no a las personas ni funcionarios de la Administración del Estado ni colaboradores políticos del Presidente de la República, como los Ministros de Estado.

Como sostiene Eduardo Aldunate<sup>8</sup>, para nuestro Tribunal Constitucional, según se desprende de su jurisprudencia, en el concepto de función jurisdiccional, la imparcialidad no es un elemento esencial o constitutivo.

¿Qué es lo que hace entonces a un órgano tribunal de justicia? La respuesta en nuestra dogmática constitucional y procesal es de carácter funcional. Ha dicho en Chile Juan Colombo, asumiendo una postura similar a la que en sus días sostuvieron León Duguit<sup>9</sup> en Francia y Giuseppe Chiovenda<sup>10</sup> en Italia, pero que se puede entender hoy en día superada<sup>11</sup>, que *la función es la que determina al órgano y no el órgano a la*

---

<sup>7</sup> Vid. PANTOJA, ROLANDO, "Justicia administrativa: ¿Tribunales ordinarios, tribunales de jurisdicción general o tribunales especiales de lo contencioso administrativo?", en *La justicia administrativa*, Ferrada, Juan Carlos (coordinador), Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2005, pp. 105 y ss.

<sup>8</sup> Cfr. ALDUNATE, EDUARDO, *Jurisprudencia constitucional 2006 – 2008. Estudio selectivo*, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2009, p. 68.

<sup>9</sup> Vid. DUGUIT, LEÓN, *Manual de Derecho Constitucional*, Comares, Granada, 2005, pp. 79 y ss.

<sup>10</sup> Vid. CHIOVENDA, GIUSEPPE, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1971, p. 62.

<sup>11</sup> Por todos vid. PIZZORUSSO, ALESSANDRO, *L'organizzazione della giustizia in Italia. La Magistratura nel sistema politico e istituzionale*, Einaudi, Turín, 1990, p. 5; ANDRÉS IBÁÑEZ, PERFECTO, "Poder Judicial y juez en el Estado Constitucional de Derecho. El sistema del Consejo", en *La experiencia jurisdiccional: Del Estado Legislativo de Derecho al Estado Constitucional de Derecho*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 18.

*función; por ello [...] los órganos por medio de los cuales la jurisdicción se pone en movimiento pertenecen a veces al orden administrativo y otras, las más, al Poder Judicial, sin que ello altere la función que les ha sido encomendada*<sup>12</sup>.

Esta postura no puede ser compartida, pues de seguirse, la doctrina de la separación de poderes y el principio de independencia judicial dejan de tener operatividad. Los tribunales de justicia cumplen una función de garantía de los derechos de las personas frente al poder político, y en última instancia, cumplen estos tribunales una función de garantía de todo el sistema jurídico frente al sistema político<sup>13</sup>. Para que ello pueda ser así, importa especialmente la configuración del órgano que desarrollará la función jurisdiccional, pues si no hay independencia respecto de los poderes políticos, no puede haber ejercicio propiamente jurisdiccional. Y para que podamos determinar más concretamente si un órgano es independiente de los poderes políticos, importa determinar cómo se nombran a sus integrantes, si son o no inamovibles, cómo se los puede remover, entre los aspectos más relevantes.

Pasaré a continuación a revisar la configuración del Consejo para la Transparencia y de sus integrantes, para determinar en qué calidad conocen de la reclamación o amparo por denegación de información de parte de un órgano de la Administración del Estado.

Antes de entrar en ese análisis, agregaré que no basta con que la ley confiera la atribución a un órgano para conocer y resolver un litigio por medio de un proceso y con efectos de cosa juzgada, para entender que estamos frente a un tribunal de justicia. Ni siquiera ello es válido

---

<sup>12</sup> COLOMBO, JUAN, *La competencia*, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago, 2004, p. 20.

<sup>13</sup> Sobre la función de garantía que ejercen los tribunales de justicia remito a FERRAJOLI, LUIGI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 2. Teoria della democrazia*, Laterza, Roma –Bari, 2007, p. 216.

aunque la ley lo denomine derechamente tribunal de justicia, como sucede con el Director Regional del Servicio de Impuestos Internos (art. 115 y siguientes del Código Tributario). Al respecto, es indispensable, por mandato constitucional, determinar si ese órgano o “tribunal” que ejerce jurisdicción, es independiente del Poder Ejecutivo y del Legislativo (art. 76 CPR). También es relevante determinar si se respeta el derecho fundamental de todas las personas en Chile de ser juzgadas por un tribunal competente, independiente e imparcial (art. 19 n° 3 inc. 5° CPR en relación con el artículo 5° CPR y el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Si siguiésemos la postura asumida en múltiples casos por nuestro Tribunal Constitucional, rápidamente llegaríamos a la conclusión de que la función de *resolver, fundadamente, los reclamos por denegación de acceso a la información que le sean formulados de conformidad a esta ley*, que el artículo 33 b) LT entrega al Consejo, función que se desarrolla por medio del proceso que regulan los artículos 24 y siguientes de la misma ley, es claramente de tipo jurisdiccional, aunque tal función la desarrolle un órgano que en lo esencial es de tipo administrativo.

Sin embargo, creo necesario indagar un poco más en quiénes son los sujetos que conocen de esta reclamación (los consejeros) y de qué manera lo hacen (procedimiento).

### 1. *El Consejo para la Transparencia*

El artículo 31 LT establece que el Consejo es una *corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio*. Esa descripción poco o nada aporta para determinar el tipo de órgano que es. Lo único que se puede tener en claro de tal descripción, es que no es un órgano que se pueda adscribir sin más a los tres poderes tradicionales del Estado.

Para saber de qué tipo de órgano se trata, se debe recurrir a un análisis de las funciones y atribuciones que tiene, las que están precisadas en el artículo 33 LT. Si se observan esas funciones y atribuciones, la mayoría de ellas corresponden a funciones de tipo administrativas. De este modo, el Consejo es un órgano cuya función general podemos describirla como administrativa, aunque no pertenece a la Administración ni al Gobierno central.

Esto va a tener importancia para el análisis que se desarrollará más adelante, pues si tanto el Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, órgano que es de la exclusiva confianza del Presidente de la República, como el Director Regional del Servicio de Impuestos Internos, que depende jerárquicamente del Presidente de la República en una línea directa ascendente vía Director del Servicio de Impuestos Internos, Ministro de Hacienda, para llegar al Presidente, han sido considerados tribunales especiales de justicia por el Tribunal Constitucional y por gran parte de la doctrina constitucional del país, en este caso estamos frente a un órgano independiente del Gobierno y la Administración, lo que podría facilitar la conclusión de que en ciertos casos puede desarrollar una función jurisdiccional.

## *2. Sistema de nombramiento de los consejeros del Consejo para la Transparencia*

El artículo 36 de la Ley de Transparencia indica que *La dirección y administración superiores del Consejo corresponderán a un Consejo Directivo integrado por cuatro consejeros designados por el Presidente de la República, previo acuerdo del Senado, adoptado por los dos tercios de sus miembros en ejercicio. El Presidente hará la proposición en un solo acto y el Senado deberá pronunciarse respecto de la propuesta como una unidad.*

De acuerdo con esta disposición, podemos decir que en el nombramiento de los Consejeros intervienen dos de los tres poderes tradicionales del Estado, el Ejecutivo y el Legislativo. Se prescinde en el

nombramiento de la intervención del Poder Judicial o, si se quiere, de la Corte Suprema y de las Cortes de Apelaciones, que son los tribunales del Poder Judicial que concurren al procedimiento de designación de los jueces que forman parte de la organización judicial, según la previsión del artículo 78 CPR.

Hay aquí una primera dificultad para considerar al Consejo como tribunal y a los consejeros como jueces, pues la Constitución Política de la República exige en su artículo 78 que en la designación de los jueces siempre intervenga la Corte Suprema o las Cortes de Apelaciones. Si bien la Constitución se refiere en estos casos al nombramiento de los Ministros de la Corte Suprema y de las Cortes de Apelaciones y jueces de los juzgados de letras, podría entenderse que esta exigencia constitucional es aplicable a todo juez de la República, lo que, de conformidad con la Ley de Transparencia, no sucede con los consejeros del Consejo. Por lo tanto, el sistema de nombramiento de los consejeros impediría, de conformidad a la normativa constitucional vigente, considerarlos como verdaderos jueces.

Sin embargo, puede darse una interpretación diversa al artículo 78 CPR. Esa interpretación dirá que la Constitución Política de la República solo regula la designación de jueces con participación de la Corte Suprema o de las Cortes de Apelaciones, además de otros poderes del Estado, tratándose de ministros de la Corte Suprema, Cortes de Apelaciones y jueces de letras (art. 78 CPR). No hay exigencia constitucional en la designación de los miembros de otros tribunales de justicia, fuera de los que expresamente designa la Constitución, sea que éstos pertenezcan al Poder Judicial o estén situados fuera de éste.

Ahora bien, analizando esta última interpretación, señalaré que sin perjuicio de que sea plausible sostener que no existe exigencia constitucional para designar a los miembros de esos demás tribunales que pueda crear el legislador, éste debería regular la designación de

esos jueces bajo la vigencia del principio de independencia judicial y la doctrina de la separación de poderes. Ese principio y doctrina aconsejarán que el sistema de designación de los miembros del tribunal en cuestión, no sea realizado por un solo poder del Estado, con especial referencia al Poder Ejecutivo, pues ha sido históricamente éste el que más conculcaciones ha propinado a la independencia judicial<sup>14</sup>.

No debe ser un solo poder político del Estado el que designa a los jueces (Ejecutivo o Legislativo), pues es inevitable que se puedan producir ligazones o vínculos de dependencia entre quien designa y la persona designada.

De este modo, es menester señalar que los consejeros del Consejo para la Transparencia son designados de una manera tal que no se produce una dependencia ni vinculación directa entre ellos y el Presidente de la República ni el Senado. El sistema permite presuponer independencia del Consejo para un imparcial desarrollo de sus funciones.

En este mismo sentido, un sector de la doctrina nacional ha dicho que el sistema de nombramiento de los consejeros se asemeja al del Consejo Nacional de Televisión, el Directorio de Televisión Nacional de Chile y el Consejo de Alta Dirección Pública, pero a diferencia de aquéllos, no existe en este caso un integrante designado por el Presidente de la República, lo que transforma al Consejo para la Transparencia en una entidad todavía más autónoma<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Vid. BALBONI, ENZO, "Potere politico e funzione giurisdizionale: Il fondamento costituzionale", en *La riforma dell'ordinamento giudiziario tra indipendenza della magistratura e primato della politica*, Giuffrè, Milán, 2006, p. 56.

<sup>15</sup> Vid. RAJEVIC, ENRIQUE, "Una nueva vuelta de tuerca en materia de acceso a la información: La Ley 20.285 de 2008", en *Gaceta Jurídica*, n° 338, p. 9.

### *3. Duración en el cargo de los consejeros del Consejo para la Transparencia*

Sobre la duración en el cargo de los consejeros, hay que indicar que no existe respecto de ellos un régimen de inamovilidad equiparable al que ostentan los jueces de los tribunales que integran el Poder Judicial, de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 80 de la Constitución Política de la República. Los jueces chilenos, recordémoslo, permanecen en sus cargos mientras dure su buen comportamiento. Ahora bien, la Corte Suprema puede determinar que los jueces no han tenido buen comportamiento y removerlos (art. 80 inc. 3º CPR). Igual remoción puede hacer el Senado conociendo de una acusación constitucional por notable abandono de deberes, en el caso de los magistrados de los tribunales superiores de justicia (art. 53 nº 1 CPR). En este sentido, la inamovilidad judicial en nuestro país es bastante relativa.

En el caso que nos ocupa ahora, el inciso segundo del artículo 36 de la Ley de Transparencia prescribe que *Los consejeros durarán seis años en sus cargos pudiendo ser designados sólo para un nuevo período. Se renovarán por parcialidades de tres años.*

Dentro de los motivos por los cuales los consejeros cesan en el ejercicio de su cargo, el artículo 38 LT contempla:

- a) Expiración del plazo por el que fue designado.
- b) Renuncia ante el Presidente de la República.
- c) Postulación a un cargo de elección popular.
- d) Incompatibilidad sobreviniente, circunstancia que será calificada por la mayoría de los consejeros con exclusión del afectado.

Además de estos motivos de cesación en el cargo, se establece en el mismo precepto la posibilidad de que los consejeros sean removidos por la Corte Suprema, a requerimiento del Presidente de la República,



de la Cámara de Diputados mediante acuerdo adoptado por simple mayoría, o a petición de diez diputados, por incapacidad, mal comportamiento o negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones.

Esta es la única intervención que la Ley de Transparencia expresamente le atribuye al máximo tribunal del Poder Judicial respecto del Consejo para la Transparencia. Pongo énfasis en la idea de una atribución expresa de competencias, pues de preceptos constitucionales y legales, como se verá más adelante, la Corte Suprema puede tener otras atribuciones respecto al Consejo. Y en esta parte, hay que decir, los consejeros quedan en una situación similar a la del conjunto de los jueces de la República.

No deja de sorprender que, respecto de un órgano (Consejo para la Transparencia) que tiene una naturaleza en principio de tipo administrativa, la ley atribuya a la Corte Suprema la posibilidad de remover a sus integrantes. Algo indica que ante el Consejo no estamos frente a un típico órgano administrativo que responde solo ante las autoridades administrativas o de Gobierno. Esto es algo que debe tenerse presente en lo que sigue del análisis.

Ahora bien, hay que señalar que la designación de funcionarios por un período de tiempo determinado, dificulta, pero no impide, visualizar una naturaleza jurisdiccional en ellos.

La permanencia en el cargo de los jueces de manera indefinida, bajo la fórmula inglesa más que centenaria<sup>16</sup> del *during good behaviour* o mientras dure su buen comportamiento, es una garantía importante de independencia judicial, pues los jueces podrán desarrollar sus funciones sin preocuparse de cómo vivirán el día de mañana cuando dejen el cargo. La seguridad y estabilidad en el empleo, con la

---

<sup>16</sup> *Act of Settlement* de 1701.

significación económica que ello implica, es una de las garantías más importantes que tienen los jueces en un Estado de Derecho para poder desarrollar imparcialmente su función.

Sin embargo, el legislador chileno ha ido creando cada vez más cargos de jueces especiales nominados a plazo y no de manera permanente, en algunos casos con posibilidad de prorrogar el mandato y en otros no. No sólo los jueces del Tribunal Constitucional tienen un nombramiento a plazo (9 años), sino que también los que forman parte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (6 años) y los del Tribunal de la Contratación Pública (5 años), entre otros casos. Lo mismo sucederá, al parecer, con los miembros de los tribunales ambientales (6 años).

Hasta el momento, no hay ninguna declaración de inconstitucionalidad sobre la temporalidad del cargo de juez especial, por parte del Tribunal Constitucional.

#### *4. Carácter revocable o irrevocable de las decisiones del Consejo para la Transparencia*

De conformidad con el artículo 28 de la Ley de Transparencia, las resoluciones adoptadas por el Consejo para la Transparencia carecen de la irrevocabilidad propia de las decisiones jurisdiccionales, ya que pueden ser revisadas por la Corte de Apelaciones respectiva, a través del reclamo de ilegalidad. Cuando digo que las resoluciones del Consejo carecen de irrevocabilidad, me refiero al hecho que ellas siempre pueden ser controladas y, si procede, dejadas sin efecto por otro poder del Estado, como lo es la jurisdicción, si es que el afectado por ellas así lo requiere.

Este es un aspecto relevante, pues la irrevocabilidad es uno de los elementos esenciales de los actos jurisdiccionales. Lo que decide un

tribunal, agotados todos los recursos procesales que establezca la ley contra esa decisión, no puede ser cuestionado ni desobedecido por ningún otro poder del Estado, pudiendo el tribunal ordenar el cumplimiento de su decisión con el auxilio de la fuerza pública, si fuese necesario. En este sentido, la irrevocabilidad tiene estrecha relación con el concepto de cosa juzgada.

La cosa juzgada ha sido considerada por gran parte de la doctrina como requisito típicamente jurisdiccional. Puede entenderse que a eso se refiere nuestra Constitución cuando define la jurisdicción como la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas *y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley* (art. 76 CPR).

La cosa juzgada, en su dimensión activa, implica el derecho para pedir el cumplimiento forzado de una decisión judicial. Ello será así cuando esa decisión o sentencia judicial haya adquirido el carácter de irrevocable, o bien ejecutoriada o firme. Ello sucederá cuando no proceden recursos contra tal decisión judicial, o bien cuando existiendo tales recursos no se dedujeron dentro de plazo o en definitiva fueron rechazados por otro tribunal.

Dicho lo anterior, se debe señalar que lo que decide el Consejo puede ser revisado por otro poder del Estado -la jurisdicción-, lo que serviría para avalar la tesis que nos encontraríamos frente a una decisión de tipo administrativa y no jurisdiccional.

Sin embargo, también se puede considerar que, como estamos frente a un órgano independiente de los poderes políticos y, especialmente, de la Administración del Estado, que es el sujeto pasivo en este contencioso, la resolución que da el Consejo constituiría una primera instancia que puede ser impugnada, luego, ante una Corte de Apelaciones.

Es necesario recordar que parte de nuestra doctrina y jurisprudencia constitucional consideran que la actuación de la Administración que incide sobre un derecho de los particulares, es una decisión jurisdiccional de primera instancia, y que si la ley permite impugnar tal decisión ante un tribunal de justicia, esa intervención debe ser entendida como una impugnación de segunda instancia<sup>17</sup>.

Esta tesis no es aceptada por toda nuestra doctrina, pues cuando se reclama una decisión de la Administración ante un tribunal de justicia, debe entenderse -se dice-, que recién aquí comienza la fase jurisdiccional, pues antes se estaba en sede administrativa<sup>18</sup>.

Esta última parece ser a mi juicio la posición correcta. Cuando se impugna un acto de una autoridad administrativa ante un tribunal de justicia, la impugnación judicial da lugar a un proceso judicial de única o primera instancia, según sea el caso, pero nunca puede ser considerada una segunda instancia revisora de lo fallado por una autoridad administrativa.

---

<sup>17</sup> Enrique Evans sostiene que cuando la Administración impone sanciones, priva de bienes a sus dueños, desconoce el derecho de asociación negando arbitrariamente la personalidad jurídica, etc., esa Administración ejerce jurisdicción, y el reclamo ante la justicia ordinaria no es más que la continuación de ese proceso jurisdiccional que se inició ante la Administración, ahora ante un órgano judicial de superior jerarquía. De este modo, es perfectamente plausible sostener que respecto del Consejo para la Transparencia, que no es la Administración tradicional, sino un órgano autónomo, con funciones administrativas y jurisdiccionales, los reclamos que se hagan de sus decisiones jurisdiccionales ante la justicia ordinaria, en este caso ante las Cortes de Apelaciones, pueden ser consideradas como una segunda instancia revisora de la primera instancia desarrollada ante el Consejo. Para la tesis del autor citado, remito a EVANS, ENRIQUE, *Los derechos constitucionales, Tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, Santiago, 2004, p. 144.

<sup>18</sup> Vid. MUÑOZ, NATALIA, "Facultades de control jurisdiccional radicadas en entes ajenos al Poder Judicial. Consideraciones críticas acerca de estas competencias"; en *Derecho Administrativo chileno*, Pantoja, R. (coordinador), Editorial Porrúa, México D. F., 2007, p. 899.

No puede haber actividad jurisdiccional previa ante un órgano de la Administración que carece de independencia y, por lo tanto, de la debida imparcialidad en el caso concreto. Ello es contrario al artículo 76 CPR y al derecho fundamental de todas las personas al debido proceso que reconoce el art. 19 n° 3 inc. 5° CPR.

Cuando la Administración resuelve un asunto, imponiendo sanciones o determinando derechos de las personas, ejerce en ese caso una actividad administrativa sancionatoria o resolutoria que, de conformidad con nuestra Carta Constitucional (art. 38 inc. 2° CPR), puede ser revisada por un tribunal de justicia mediante un proceso de única o primera instancia, según lo determine el legislador.

La ley no puede entregar válidamente el conocimiento en primera instancia de una reclamación de una persona contra la Administración del Estado, a órganos que tengan vínculos de dependencia con esa Administración, pues tal ley, a mi juicio, es contraria a la Constitución.

Ahora bien, ante el Consejo nos encontramos en una situación distinta, pues se trata de un órgano independiente del Gobierno y de la Administración, situación que podría dar pie para entender que en este caso nos situaríamos ante un órgano que sí puede ejercer una función jurisdiccional como tercero imparcial, conociendo de un proceso judicial de primera instancia.

Una posible objeción a la tesis afirmada precedentemente, diría que el Consejo si bien puede conocer de la reclamación de manera imparcial, pues su independencia se lo permite, no lo hace de manera neutral, pues este órgano tiene por fin *promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y garantizar el derecho de acceso a la información* (art. 32 LT), por lo que no

se comportaría como un tribunal de justicia y sí como un órgano de tipo administrativo.

Respecto a este punto, hay que decir que la neutralidad tampoco es exigida para los jueces. A éstos sólo se les exige independencia e imparcialidad<sup>19</sup>, mas no neutralidad. No es posible en ningún ser humano, jueces incluidos, fallar con total desapego afectivo o ideológico respecto de los intereses en conflicto<sup>20</sup>. Es perfectamente lícito que el juez coincida afectiva o ideológicamente con la posición de una de las partes del proceso, pero lo que no se puede admitir es que la voluntad del juez o su ideología termine por prevalecer respecto del mandato general expresado en la ley.

De este modo, un juez que coincide con una de las partes del proceso, es decir, no es neutral respecto de los intereses en juego, puede perfectamente ser imparcial, si se sobrepone a su esfera subjetiva y decide en definitiva según la voluntad popular plasmada democrática y jurídicamente.

Aún más, de conformidad con nuestra carta constitucional, no se puede predicar neutralidad de ningún poder público, incluidos los jueces, pues todo órgano público debe respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana garantizados por la Constitución y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes (art. 5º CPR). Se puede sostener que existiendo un derecho fundamental involucrado en una controversia

---

<sup>19</sup> Vid. COMOGLIO, LUIGI PAOLO, *Etica e tecnica del "giusto processo"*, Giappichelli, Turín, 2004, p. 287; PICÓ I JUNOY, JOAN, *Las garantías constitucionales del proceso*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 133. En el contexto americano véase ABREU, ALIRIO, "Independencia judicial (jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 13, 2007, p. 643.

<sup>20</sup> Vid. PEDRAZ, ERNESTO, *Derecho procesal penal, tomo I, principios de derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 2000, p. 210.

jurídica, los jueces tienen el deber constitucional de velar para que ese derecho fundamental pueda ser ejercido por su titular.

De este modo, puede entenderse que el Consejo es independiente respecto de los poderes políticos, lo que posibilita que resuelva de manera imparcial los amparos sometidos a su conocimiento y decisión, aunque desarrolle tal función sin total neutralidad. Tiene de este modo una regulación orgánica, en lo esencial, parecida a todo tribunal de la República.

Ahora bien, además de no neutral, podría sostenerse que el Consejo nunca conocerá de los reclamos o amparos deducidos ante él de una manera imparcial, pues ante él se presenta siempre la satisfacción de un interés público para el cual ha sido creado el órgano<sup>21</sup>. Es decir, en este caso se señala que el Consejo carece de imparcialidad, concepto que se lo utiliza de un modo similar al de neutralidad, como se indicaba anteriormente. Ese interés público será la *promoción de la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y garantizar el derecho de acceso a la información* (art. 32 LT). Y sin imparcialidad, dirá Eduardo Aldunate, jamás podríamos estar frente a un órgano que ejerce jurisdicción, pues la *nota característica de la actuación jurisdiccional es la imparcialidad*<sup>22</sup>. Esta tesis dirá que la Administración del Estado jamás podrá resolver algún asunto con imparcialidad.

Lo anterior no se condice con la propia ley que regula la actuación de la Administración, pues el artículo 11 de la Ley nº 19.880

---

<sup>21</sup> Cfr. ALDUNATE, EDUARDO, "El concepto de jurisdicción en la Constitución Política. Notas sobre la importación de conceptos constitucionales hacia el procedimiento administrativo", en *Acto y procedimiento administrativo. Actas de las Segundas Jornadas de Derecho Administrativo*, AA.VV., Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2007, p. 17

<sup>22</sup> Vid. Ibid. p.16.

sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de la Administración del Estado (en adelante LBPA), establece que la Administración debe actuar bajo el principio de imparcialidad (art. 11).

Alguna doctrina precisará este fenómeno señalando que si bien la Administración no puede ser imparcial, en la medida que busca la satisfacción de intereses públicos, el funcionario en concreto que actúa debe ser imparcial<sup>23</sup>. Es el funcionario público el que debe ser imparcial, pues debe siempre actuar en el interés general del Estado y no por intereses privados o de terceros<sup>24</sup>.

De este modo, si bien podemos concordar en que la Administración no podrá ser imparcial, al mismo nivel que los jueces, en el caso del Consejo para la Transparencia la situación es distinta, pues tiene funciones que ejecuta directamente para la satisfacción de un interés público, pero tiene otras funciones (v. gr. art. 32 b) LT), en las que aparece como un tercero que media entre la pretensión de un sujeto que reclama y la resistencia de un sujeto pasivo, resolviendo tal controversia según lo que prescribe la ley.

Se comporta de este modo el Consejo en algunas de sus competencias, como un órgano de tipo administrativo que busca la satisfacción de determinados intereses que la ley ha puesto bajo su tutela, pero en otras, como es el caso de los reclamos o amparos que debe conocer y resolver, actúa como un tercero que media entre los intereses de dos partes, desarrollando así una función típicamente jurisdiccional.

Lo anterior trae aparejado como consecuencia que si la decisión del Consejo no es reclamada ante una Corte de Apelaciones, puede

---

<sup>23</sup> Vid. MONTERO AROCA, JUAN, ET. AL. *Derecho Jurisdiccional. I. Parte General*, Tirant lo Blanch, novena edición, Valencia, 1999, p. 137.

<sup>24</sup> Vid. RICCI, GIAN FRANCO, *Principi di Diritto Processuale Generale*, Giappichelli, Tercera Edición, Turín, 2001, p. 8.



entenderse que ella adquiere el carácter de decisión judicial irrevocable, ejecutoriada o firme (art. 46 LT), desde que transcurre el plazo de 15 días corridos que se tenía para reclamarla, contado desde la notificación de la misma (art. 28 inc. 4º LT).

Si la decisión del Consejo adquiere la calidad de irrevocable, ejecutoriada o firme, él mismo podría ordenar su cumplimiento forzoso. Creemos que para hacer ejecutar la decisión del Consejo no es necesario aplicar supletoriamente el artículo 238 CPC que dispone que *cuando se trate del cumplimiento de resoluciones no comprendidas en los artículos anteriores, corresponderá al juez de la causa [Consejo] dictar las medidas conducentes a dicho cumplimiento, pudiendo al efecto imponer multas que no excedan de una unidad tributaria mensual o arresto hasta de dos meses, determinados prudencialmente por el tribunal, sin perjuicio de repetir el apremio*. No es necesario aplicar esta normativa procesal, pues la Ley de Transparencia ya establece sanciones para el incumplimiento de lo ordenado por el Consejo por resolución firme, que puede consistir en multa de 20% a 50% de la remuneración correspondiente de la autoridad o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado requerido, que podrá duplicarse en el monto y agregarse una suspensión en el cargo por un lapso de cinco días, si persistiere en su actitud rebelde (art. 46 LT).

##### *5. Consejo para la Transparencia: Naturaleza similar a las agencias administrativas independientes anglosajonas*

El Consejo para la Transparencia presenta las características propias de las denominadas agencias independientes u órganos administrativos autónomos, típicamente del *common law* y especialmente del derecho estadounidense. Se trata de organismos que desarrollan funciones normativas, administrativas y jurisdiccionales, entrelazando funciones de los tres poderes del Estado. Así, estas agencias controlan, garantizan, y en algunos casos resuelven que las

reglas objetivas de ciertos sectores de la sociedad funcionen adecuadamente, lo que hace que el criterio para determinar su naturaleza se torne especialmente complejo.

Las *administrative agencies* estadounidenses se caracterizan por una elevada independencia respecto del control del Ejecutivo, dada la intervención del Senado en el nombramiento de los *commissioners* y su inamovilidad por el período fijo de duración de su cargo. Tienen potestades de creación de normas generales y abstractas (potestad de *rulemaking*), así como de adoptar decisiones destinadas a producir efectos vinculantes respecto de uno o más sujetos determinados, que resultan afectados individualmente por ellas (*adjudication*). Por ello, en esta última parte, esa función ha sido considerada de tipo cuasi-judicial<sup>25</sup>, lo que a ante los ojos de nuestra doctrina constitucional mayoritaria y jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es claramente jurisdiccional.

La existencia de estas facultades de tipo jurisdiccional en cabeza de órganos que no son formalmente cortes de justicia, ha generado un amplio debate en los Estados Unidos de Norteamérica. Una de las últimas decisiones más relevantes en esta materia es la recaída en *Commodity Futures Trading Commission v. Schor* (478 U.S. 835 [1986]), donde la Corte Suprema estadounidense define la función jurisdiccional, más que en aspectos formales, en propósitos sustantivos, como lo son la protección del rol de un poder judicial independiente en el esquema constitucional y el asegurar siempre a los ciudadanos que sus causas sean resueltas por jueces libres de una potencial dominación por los otros poderes.

En este sentido, para la Corte Suprema de los Estados Unidos, lo que decida una agencia autónoma será válido constitucionalmente, en

---

<sup>25</sup> Vid. PIERCE, RICHARD, *Administrative Law Treatise*, Aspen Law & Business, Nueva York, 2007, p. 116.

la medida que quien decida pueda ser considerado independiente de los poderes políticos y, además, que esa decisión pueda ser sometida a revisión judicial por parte de la misma Corte<sup>26</sup>. Esencial en todo ello será que se aseguren las garantías procesales y orgánicas previstas en los estatutos normativos de las agencias administrativas autónomas, para garantizar así un juicio imparcial<sup>27</sup>.

En este sentido, en los Estados Unidos de Norteamérica se ha considerado válido que las agencias administrativas autónomas desarrollen funciones del tipo jurisdiccional, aunque no se trate de auténticos tribunales de justicia. No habría nada contrario a la Constitución Política de la República en ello.

Nos parece que respecto del Consejo para la Transparencia, se pueden predicar precisamente esos rasgos distintivos de las agencias administrativas autónomas: Se trata de un ente encargado de promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y garantizar el derecho de acceso a la información. Dentro de la amplia gama de competencias que la ley de otorga, se incluye la facultad de resolver reclamaciones relacionadas con el acceso a la información pública de sujetos concretos y singulares (*adjudication*).

Si bien, como he sostenido, el Consejo puede ser comprendido como un órgano principalmente de tipo administrativo, se trata de un organismo autónomo consagrado como un ente políticamente independiente respecto del conjunto de los poderes públicos, sujeto únicamente a la autoridad de la ley, por lo que respecto de su atribución de resolver reclamaciones no podría predicarse parcialidad, o que se trate de un órgano que al mismo tiempo es juez y parte, como sí ocurre con otros procedimientos de resolución de casos efectuados

---

<sup>26</sup> Vid. PIERCE, RICHARD, op. cit. p. 122.

<sup>27</sup> Vid. VERKUIL, PAUL, "Separation of powers, the rule of law and the idea of independence", en *William and Mary Law Review*, Vol. 30, 1988, *passim*.

por órganos administrativos o de Gobierno. Este hecho lleva a que, tal como ocurre con otros órganos con las mismas características, el Consejo desarrolle en algunos casos funciones de tipo administrativo y, en otros casos, de tipo jurisdiccional.

Esta concepción de agencia administrativa autónoma consta, por lo demás, en la historia de la Ley. Al respecto, en el Informe de la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización del Senado, se indica que *el señor Pedro Anguita expresó que dentro de las propuestas, tal como ha sido la experiencia en el derecho comparado, la existencia de un órgano administrativo autónomo e independiente resulta esencial para la operatividad de la ley. Recientes leyes de acceso a la información dictadas en Gran Bretaña y México crean tal instancia administrativa. La omisión de un órgano administrativo dejaría sólo la instancia de revisión judicial, lo cual supone una barrera de entrada a un número significativo de ciudadanos. Dentro de las atribuciones del ente estatal debiera incluirse la competencia para conocer y resolver las negativas e impugnaciones de acceso a la información que dictaminen los órganos públicos requeridos. Una condición esencial para el adecuado funcionamiento de estos órganos, es la creación de un estatuto que le asegure autonomía de la Administración del Estado, y que debe estar integrada por personas independientes*<sup>28</sup>.

Entendiendo que estamos frente a un órgano o agencia independiente y si seguimos los criterios dados por la Corte Suprema estadounidense para valorar la actividad de estas agencias, que por cierto van más allá de nuestro Tribunal Constitucional, al preguntarse no sólo por la función que desarrolla el órgano para considerarla o no jurisdiccional, sino también por las garantías procesales y orgánicas que permitan asegurar la libertad de los sujetos frente al poder político, el Consejo para la Transparencia, al resolver, fundadamente y con

---

<sup>28</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la Ley nº 20. 285, Informe de la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización del Senado, p. 31.

independencia de los poderes políticos activos (Ejecutivo y Legislativo), los reclamos por denegación de acceso a la información que le sean formulados de conformidad a la Ley de Transparencia, desarrolla una función de tipo jurisdiccional.

Lo anterior no impide considerar que en las demás competencias reconocidas por el artículo 33 LT al Consejo, le sean aplicables directa o supletoriamente normas de carácter administrativo, pues pese a ser un ente autónomo, es posible considerar que su naturaleza más esencial sea la de un órgano de tipo administrativo.

Lo afirmado hasta aquí no debe entenderse como una situación que en lo personal considere satisfactoria. En otros trabajos he sido especialmente crítico respecto de la organización judicial chilena y de la interpretación que la doctrina y jurisprudencia constitucional han realizado sobre el concepto de jurisdicción y tribunales de justicia<sup>29</sup>. En todos esos trabajos he rechazado tajantemente que la Administración adquiera en algunos casos la fisonomía y cumpla una función jurisdiccional, pues aunque existan preceptos constitucionales que den a entender que existen *órganos que ejercen jurisdicción* (art. 19 n° 3 inc. 5° CPR), lo que podría entenderse como una categoría aplicable a cualquier órgano del Estado, esa disposición constitucional debe interpretarse lógica y sistemáticamente con otros preceptos

---

<sup>29</sup> Pueden verse mis críticas sobre estos puntos en BORDALÍ, ANDRÉS, “Análisis crítico de la función e independencia judicial en el derecho chileno”, en *La judicatura como organización*, Couso, J. / Atria, F. (coordinadores), Expansiva, Instituto de Estudios Judiciales, Santiago de Chile, 2007, pp. 57 a 82; BORDALÍ, ANDRÉS, “La doctrina de la separación de poderes y el Poder Judicial chileno”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXX – 2008, pp. 185 a 219; BORDALÍ, ANDRÉS, “Organización judicial en el derecho chileno: Un poder fragmentado”, en *Revista Chilena de Derecho*, mayo – agosto 2009, Vol. 36 – n° 2, pp. 215 a 244; BORDALÍ, ANDRÉS, “El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXIII – 2009, segundo semestre, pp. 263 a 302.

constitucionales. En efecto, el artículo 19 n° 3 inc. 5° CPR exige un debido proceso en la actuación de los órganos jurisdiccionales, lo que incluye el derecho a un tribunal independiente e imparcial, rasgo que nunca podrá predicarse de la Administración del Estado. Asimismo debe tenerse siempre presente el artículo 76 CPR, que consagra el principio de independencia judicial y de separación de poderes.

Sin embargo, frente al Consejo para la Transparencia no estamos frente a la Administración del Estado, sino ante un órgano o agencia administrativa independiente. La existencia de estas agencias autónomas en nuestro sistema jurídico, debería obligar al legislador a regular sus competencias de una manera tal que pudieran coordinarse con las funciones de otros poderes del Estado, cuestión que al día de hoy no ha realizado este poder del Estado. Por ello, no se puede pedir claridad extrema a cualquier intérprete en determinar las consecuencias jurídicas de sus funciones reguladas legalmente. Algunas de ellas serán de tipo administrativas y otras de tipo jurisdiccional, y es probable que se entremezclen las regulaciones de ambos tipos.

De este modo, no es de extrañar que se le entregue a la Corte Suprema la facultad de remover a los consejeros del Consejo para la Transparencia, como si fuesen jueces, pero también no es de extrañar que el Reglamento de la Ley de Transparencia contenido en el Decreto Supremo n° 13/2009, de la Secretaría General de la Presidencia, regule la reclamación o amparo ante el Consejo como *Procedimiento Administrativo del Derecho de Acceso a la Información* (art. 24 y Título III), como si de actos administrativos se tratase.

Ideal a mi juicio es que la función jurisdiccional la desarrollen exclusivamente tribunales que pertenezcan al Poder Judicial, como sucede en países como España. Pero en Chile estamos lejos de ello, pues los tribunales del Poder Judicial son solo una pequeña parte del conjunto de los tribunales de justicia que existen en el país.

De una manera bastante aislada en la dogmática constitucional y procesal chilena, me he manifestado en los trabajos citados precedentemente, contrario a que la Administración pueda ejercer la función jurisdiccional, por respeto del derecho fundamental de todas las personas a un tribunal independiente e imparcial y por respecto también de los principios constitucionales de independencia judicial y de separación de poderes. Sin embargo, no puedo negar que en el caso del Consejo para la Transparencia, esas objeciones constitucionales no rigen del mismo modo que respecto del poder administrativo y político, pues a diferencia de estos últimos, ante el Consejo existe autonomía o independencia.

Ahora bien, cuando llego a la conclusión que el Consejo para la Transparencia es un órgano que ejerce en algunos casos jurisdicción, no sigo la tesis sustentada por nuestro Tribunal Constitucional, en el entendido que estos órganos son tribunales especiales situados fuera del Poder Judicial. Órgano que ejerce jurisdicción y tribunal de justicia no son sinónimos.

Si el artículo 19 n° 3 inciso 5º CPR recoge la expresión *órgano que ejerce jurisdicción*, lo hace para aplicarle a todo tribunal, órgano político gubernamental o administrativo, las reglas de un debido o racional y justo proceso, lo que a mi modo de ver, como explicaré más adelante, significa simplemente una proscripción de la arbitrariedad en el trato que debe dar Estado a los ciudadanos.

Pero el que se le deba exigir a un órgano que ejerza jurisdicción una regulación que respete un debido proceso, ello no transforma a ese órgano en tribunal de justicia, ni hace exigible a él una aplicación íntegra y supletoria de la legislación procesal vigente.

Lo anterior quiere decir que los tribunales de justicia que forman parte del Poder Judicial, tendrán su propia organización y reglas

procesales dadas por el Código Orgánico de Tribunales y códigos procesales respectivos. Los tribunales especiales situados fuera del Poder Judicial, tendrán las reglas orgánicas y procesales que sus leyes especiales establezcan, y les serán aplicables supletoriamente las reglas orgánicas (art. 5º inc. 4º Código Orgánico de Tribunales) y las procesales (arts. 1º y 3º Código de Procedimiento Civil). Mientras que los órganos que ejerzan jurisdicción, se regirán por sus propias leyes especiales a las que se les aplicarán supletoriamente las leyes que correspondan, las que serán normalmente de Derecho Administrativo. En todo caso, esas leyes deberán respetar las garantías mínimas de un debido proceso a modo de proscribir la arbitrariedad en la actuación del órgano.

El concepto de debido proceso no está definido de manera precisa por nuestra Carta Fundamental, para no darle rigidez al término, permitiendo al contrario darle dinamismo y actualización vía desarrollo legislativo e interpretación judicial. El debido proceso puede entenderse como un principio constitucional<sup>30</sup> orientador de la actividad del legislador y de los tribunales de justicia del país.

El debido proceso ante todo tribunal de justicia y órgano que ejerce jurisdicción, sostuvo la Comisión de Estudio de una Nueva Constitución en sus sesiones 100 y siguientes, debe permitir el oportuno conocimiento de la acción, o más correctamente de la pretensión deducida por el actor, una adecuada defensa y libre producción de la prueba que corresponda, la publicidad de las actuaciones, el emplazamiento, el examen y objeción de la prueba rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad como regla general para interponer recursos, el pronunciamiento de los fallos dentro de los plazos previstos en la ley y la fundamentación de las sentencias con arreglo al sistema jurídico en vigor.

---

<sup>30</sup> Vid. ZAPATA, PATRICIO, *Justicia constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p. 568.



No se trata de requisitos mínimos ni los únicos de un debido proceso, sino solo de elementos que ejemplifican los requisitos de un proceso debido.

Esto quiere decir que un proceso ante un órgano que ejerce jurisdicción, podrá tener las reglas procedimentales que establezcan su respectiva ley o su organización o dirección interna, con tal que se respete en ese procedimiento y organización las reglas básicas de un proceso debido, en cuanto les sean aplicables.

En esta misma línea, ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que la cláusula del debido proceso que es la que regula el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, *no se aplica solamente a jueces y tribunales judiciales. Las garantías que establece esta norma deben ser observadas en los distintos procedimientos en que los órganos estatales adoptan decisiones sobre la determinación de los derechos de las personas, ya que el Estado también otorga a autoridades administrativas, colegiadas y unipersonales, la función de adoptar decisiones que determinen derechos [...] de esta forma, las garantías contempladas en el artículo 8.1. de la Convención son también aplicables al supuesto en que alguna autoridad pública adopte decisiones que determinen tales derechos, tomando en cuenta que no le son exigibles aquellas propias de un órgano jurisdiccional, pero sí debe cumplir con aquellas garantías destinadas a asegurar que la decisión no sea arbitraria*<sup>31</sup>.

De esta manera, la Corte Interamericana de Derechos Humanos asume un concepto sustantivo de debido proceso, aplicable a todo órgano público que tome decisiones que incidan sobre los derechos de las personas. En este caso, el órgano público chileno en cuestión era el Comité de Inversiones Extranjeras, vinculado a la Administración del

---

<sup>31</sup> Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 19 de septiembre de 2006, causa Claude Reyes y otros v/s Chile.

Estado. Considera la Corte Interamericana que en este caso no estamos frente a un tribunal de justicia y, por ello, no se le puede exigir todos los elementos de un debido proceso procesal propio de la actividad estrictamente judicial. Esto quiere decir que a la Administración del Estado, cuando decide sobre un derecho o interés de una persona, podremos exigirle que escuche a la parte afectada y que fundamente su decisión, entre otras cosas, pero no se le podrá exigir, obviamente, que desde el punto de vista orgánico sea un *tribunal de justicia independiente e imparcial*.

En relación a este punto, estoy de acuerdo con lo que sostiene Eduardo Aldunate<sup>32</sup>, en el sentido de lo inapropiado de la utilización del concepto de racional y justo procedimiento o debido proceso, a la Administración del Estado. En realidad, lo que corresponde exigir aquí es que el Estado, en sus diversas manifestaciones, funcione de una manera no arbitraria. Así, esa garantía de interdicción de la arbitrariedad de los tribunales de justicia, se encuentra consagrada bajo el principio del debido proceso. Pero para el poder legislativo y especialmente para el Ejecutivo, bastaría con asegurar, como lo hace la Constitución española en su artículo 9.3, un principio general de *interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*, sin que sea necesario recurrir a la idea de debido proceso, en su faceta sustantiva.

---

<sup>32</sup> Vid. ALDUNATE, EDUARDO, "El concepto de jurisdicción en la Constitución Política. Notas sobre la importación de conceptos constitucionales hacia el procedimiento administrativo", op. cit. p. 16.

## *6. El Consejo para la Transparencia como órgano que ejerce jurisdicción*

### *6.1. Reglas que rigen el procedimiento ante el Consejo para la Transparencia*

El procedimiento por el que se rige la reclamación ante el Consejo está regulado en los artículos 24, 25, 26 y 27 LT. Estos artículos de la Ley de Transparencia respetan en lo esencial un procedimiento respecto del cual se pueda decir que es racional y justo o debido. O bien, se puede decir que el legislador dispuso un procedimiento ante el Consejo para la Transparencia, donde está proscrita la arbitrariedad. En efecto, el reclamante puede deducir su pretensión ante el Consejo, debiendo acompañar junto a su presentación los medios de prueba de que disponga. La reclamación se notifica al órgano de la Administración del Estado correspondiente y a los terceros involucrados, quienes podrán presentar descargos para defenderse de la pretensión deducida en su contra. Pueden adjuntar los antecedentes y medios de prueba de que dispongan, pudiendo el Consejo de oficio o a petición de parte fijar audiencias para la recepción de las pruebas. El Consejo debe fallar sobre el reclamo deducido. En contra de la resolución del Consejo procede un recurso de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones competente.

Por otra parte el artículo 34 LT exige publicidad y fundamentación en todos sus actos y resoluciones.

Como se puede observar, cumple el procedimiento ante el Consejo para la Transparencia con los elementos necesarios de un debido proceso. En otros aspectos que escapen de una exigencia de debido proceso, como cómputo de los plazos, comparecencia con abogado o no, etcétera, hay que decir que habrá de estarse a lo que su ley disponga o, en su defecto, las leyes administrativas supletorias.

Puede entenderse de este modo, que ante el Consejo, los plazos de días se suspenden los días sábados, domingos y festivos, según lo prescrito por el artículo 25 LBPA.

Por otra parte, ante los órganos que no son propiamente tribunales de justicia, no le es exigible la obligación de comparecer con el patrocinio y poder de abogado o habilitado, que exige la ley nº 18.120.

Son estas algunas de las consecuencias de entender que estamos frente a un órgano que ejerce jurisdicción y no ante un tribunal de justicia.

*6.2. El Consejo para la Transparencia como eventual legitimado activo en el Recurso de Inaplicabilidad de las Leyes ante el Tribunal Constitucional*

Otra de las consecuencias que es posible deducir de la naturaleza de órgano jurisdiccional del Consejo, cuando conoce de un reclamo por denegación de acceso a la información o vulneración de las obligaciones de transparencia activa, es que eventualmente, podría deducir un Recurso de Inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional.

El estar legitimado activamente en este procedimiento constitucional dependerá si se lo considera o no tribunal de justicia.

Hay que tener presente que de conformidad con el artículo 93 inciso 28º CPR, pueden deducir un recurso o cuestión de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional, cualquiera de las partes o el juez que conoce del asunto.

En la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, artículo 79 inciso 1º, se hace referencia, como en el precepto

constitucional citado, al concepto de juez, mientras que el mismo artículo, en su inciso 3º y 4º, se refiere al tribunal, como sujeto legitimado activo.

Luego, tanto en el artículo 93 nº 6 CPR como en el artículo 81 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, se expresa que la inaplicabilidad puede interponerse respecto de cualquier gestión judicial en tramitación y en cualquier oportunidad procesal.

Al utilizar tanto la Constitución como la ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, expresiones tan abiertas y genéricas como “juez”, “tribunal” y “cualquier gestión judicial en tramitación”, no puede dudarse de que no es posible excluir a ningún juez o tribunal, en cualquier tipo de proceso o procedimiento, como legitimado activo en una cuestión de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional.

Lo que corresponde determinar, por lo tanto, es si el Consejo para la Transparencia, conociendo sobre las reclamaciones o amparos por denegación de acceso a la información, puede ser considerado como un juez o como un tribunal que conoce de gestiones judiciales.

El Tribunal Constitucional tiene un criterio bastante flexible para comprender la función jurisdiccional y el concepto de tribunal de justicia<sup>33</sup>, pues en algunos casos asimila órgano que ejerce jurisdicción con tribunal de justicia especial situado fuera del Poder Judicial.

De este modo, el Consejo para la Transparencia, cuando conoce de las reclamaciones que deducen las personas, puede ser comprendido, al menos para el Tribunal Constitucional, como un tribunal especial, por lo que podría legítimamente, en cualquier momento, antes de

---

<sup>33</sup> Vid. en igual sentido ALDUNATE, EDUARDO, *Jurisprudencia constitucional*, op. cit. p. 67.

resolver el asunto, deducir una cuestión de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional.

¿Cómo debería comparecer el Consejo ante el Tribunal Constitucional en una cuestión de inaplicabilidad?

La reglamentación sobre la comparecencia de los legitimados activos en la cuestión de inaplicabilidad es diferente, según se trate de las partes de una gestión judicial pendiente o del juez o tribunal que está conociendo de una gestión judicial cualquiera. En el primero caso, el artículo 42 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional exige, al presentarse la cuestión de inaplicabilidad, el patrocinio y representación de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión. En caso que la cuestión sea promovida por un juez o tribunal, no existe tal exigencia de patrocinio y representación. Pero del hecho que no sea exigible dicho patrocinio y poder, no debe colegirse necesariamente que esté prohibido para ese juez o tribunal comparecer con el patrocinio y el poder de un abogado.

¿Puede, de este modo, deducir el Consejo una cuestión de inaplicabilidad confiriendo patrocinio y poder a un abogado para que lo asesore y represente ante el Tribunal Constitucional?

Contestando tal pregunta, una primera respuesta dirá que mientras ello no esté prohibido, es legítimo que el Consejo lo pueda hacer. Sin embargo, creemos que una interpretación sistemática de la Constitución y las leyes, aconsejan que los jueces o tribunales que deducen una cuestión de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional, lo hagan sin el patrocinio y poder de un abogado.

Los abogados, como sostiene la ley, *son personas revestidas por la autoridad competente de la facultad de defender ante los Tribunales de Justicia los derechos de las partes litigantes* (art. 520 Código Orgánico de Tribunales). En el caso de un juez o tribunal que deduce una cuestión

de inaplicabilidad, hay que entender que no está solicitando la defensa de sus derechos ni de intereses que pudieran corresponderle, sino que lo hace para que se realice y afiance el principio de supremacía constitucional. Ni siquiera corresponde entender que los jueces tengan un “interés” en que rijan la supremacía constitucional, sino que es más apropiado entender que todo órgano público y todo juez, tienen el deber u obligación de velar por la supremacía de la Primera Norma.

Así lo ha entendido también el Tribunal Constitucional, cuando ha sostenido que la posición del juez que promueve la cuestión de inaplicabilidad es distinta a la de las partes, pues estos últimos procuran la tutela de un derecho subjetivo o interés legítimo, mientras que el juez sólo vela por la supremacía constitucional, dando cumplimiento al mandato del artículo 6º de la Constitución<sup>34</sup>.

Creemos de este modo que si un juez o tribunal deduce una cuestión de inaplicabilidad con el patrocinio y poder de un abogado habilitado, el Tribunal Constitucional está facultado para rechazar tal figura, proveyendo, por ejemplo, “no ha lugar por improcedente”.

Evidentemente, si se estimase que la función resolutoria del Consejo es de tipo administrativa antes que jurisdiccional, el Consejo carece de legitimación activa para deducir una cuestión de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional, pues tal legitimación sólo está reconocida a los jueces y tribunales.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado inadmisibles requerimientos de inaplicabilidad respecto de preceptos legales que se habían de aplicar en procedimientos seguidos ante órganos que no ha considerado tribunales de justicia, como sucedió en

---

<sup>34</sup> Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 24 de noviembre de 2008, rol nº 1029.

una gestión que estaba siendo conocida por la Superintendencia de Valores y Seguros<sup>35</sup>.

Pero tratándose de otros casos que son conocidos por superintendencias, el Tribunal Constitucional ha considerado que se trata de un tribunal de justicia y ha declarado admisibles requerimientos de inaplicabilidad<sup>36</sup>. Este es el caso del Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, quien como funcionario de la Superintendencia de Salud, conoce como árbitro arbitrador de los reclamos que deducen los afiliados contra una Isapre.

Como se puede ver, no hay un criterio muy claro en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para entender que estamos frente a un tribunal de justicia legitimado para deducir un requerimiento de inaplicabilidad.

Hay, sin embargo, dos cuestiones relevantes que se pueden extraer de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para entender que estamos frente a un tribunal de justicia: En primer lugar, que la ley denomine tribunal al órgano que resuelve un determinado asunto, como ocurre con los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos y el Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, pues en dichos casos la ley se refiere a ellos como tribunales y tribunal arbitral, respectivamente. En segundo lugar, que fallen un asunto como terceros, aunque no necesariamente imparciales, como ocurre con los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos.

En el caso del contencioso tributario se puede entender que las partes en conflicto son el Servicio de Impuestos Internos y el contribuyente, interviniendo como tercero el Director Regional del

---

<sup>35</sup> Vid. Resolución del Tribunal Constitucional de fecha 27 de junio de 2006, rol 514, considerando 6º.

<sup>36</sup> Existen muchos fallos en este sentido. Remito últimamente a la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 27 de enero de 2011, rol 1765-2010.



Servicio. En el caso del contencioso de salud previsional, el concepto de tercero en discordia es menos problemática, pues el funcionario de la Administración falla como tercero entre el afiliado y la Isapre.

El Consejo para la Transparencia no es denominado como tribunal por la Ley de Transparencia. Sin embargo, conoce como tercero imparcial de una controversia entre partes.

Es mi criterio que por mor de la vigencia del principio de supremacía constitucional, para efectos del artículo 93 n° 6 CPR, el Consejo para la Transparencia puede ser comprendido como una especie de *tribunal especial* legitimado activamente para deducir una cuestión de inaplicabilidad.

Para ello hay que tener presente además que la Constitución de 1980, tanto en su texto original de 1980 como en su reforma del año 2005, dispuso una extensión de la procedencia del Recurso de Inaplicabilidad respecto a su regulación en la Constitución de 1925, recurso que se puede deducir ahora en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial. Para efectos del artículo 93 n° 6 CPR, el procedimiento de reclamación o amparo ante el Consejo para la Transparencia puede ser considerada una gestión ante un *tribunal especial*.

### III. RECURSO DE RECLAMACIÓN O AMPARO ANTE EL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA

El artículo 24 de la Ley de Transparencia, en su inciso 1º, dispone que *Vencido el plazo previsto en el artículo 14 para la entrega de la documentación requerida [20 días hábiles, prorrogables por otros 10], o denegada la petición, el requirente tendrá derecho a recurrir ante el Consejo establecido en el Título V, solicitando amparo a su derecho de acceso a la información.*

Esta disposición además es aplicada para los casos en que los órganos de la Administración del Estado incumplan las normas relativas a transparencia activa, esto es, la obligación de publicar permanentemente ciertas informaciones por diferentes medios (artículo 8º LT).

### *1. Historia de la ley*

Es importante destacar que la norma contenida en el artículo 24 de la Ley de Transparencia fue modificada dentro de la discusión en el Congreso Nacional, ya que en un principio el precepto disponía que era competente para conocer de este amparo o reclamo del derecho de acceso a la información, el juez de letras en lo civil del domicilio del órgano o institución requerido, o del suyo propio.

Este cambio en la discusión legislativa puede interpretarse de dos maneras distintas. Una primera interpretación dirá que lo que se quiso al extraer estos amparos de la vía judicial y entregarlas al Consejo para la Transparencia, fue desjudicializar estos conflictos y facilitar el acceso a la información y publicidad de los actos de la Administración a los ciudadanos, evitándose la vía formal del proceso judicial y los costos que trae aparejado, como los honorarios de receptores judiciales y abogados, entre otros aspectos.

Otra interpretación posible dirá que lo que se quiso con el cambio legislativo, era garantizar la vía judicial a los ciudadanos, pero esta vez ante un órgano más especializado en garantizar el acceso a la información pública y con unos procedimientos más expeditos. Una especie de vía judicial ante un órgano administrativo, lo que en el derecho comparado la doctrina denomina función *cuasi jurisdiccional*, pues es una función de tipo jurisdiccional, pero no desarrollada por una corte de justicia sino por una agencia independiente. Sin embargo,

de conformidad con nuestra doctrina y jurisprudencia constitucional mayoritarias, esa función será considerada derechamente como jurisdiccional.

## *2. Opinión de la Corte Suprema*

Dentro de la discusión legislativa, se ofició a la Corte Suprema para solicitar su informe con respecto al proyecto de ley en discusión, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 77 de la Constitución Política de la República y 16 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.

La Corte Suprema, mediante Informe emitido por su Presidente, hizo presente su conformidad con el proyecto de ley, señalando que consideraba que resultaba evidente el fortalecimiento de la vía administrativa para solicitar el acceso a la información, reservando la vía jurisdiccional solamente para la segunda instancia (oficio N° 29, de 25 de enero de 2007). No obstante, dejó constancia del parecer de algunos Ministros en el sentido de mantener a la justicia civil como la primera instancia para el conocimiento de la solicitud de acceso a la información que fuere denegada por el órgano administrativo, y de otro de sus integrantes en cuanto a la necesidad de la creación de tribunales contencioso administrativos con competencia especial para el conocimiento de estos asuntos.

La opinión mayoritaria de la Corte Suprema parece seguir la tesis arraigada en nuestro derecho constitucional, propuesta entre otros autores por Enrique Evans, en el entendido que en este tipo de contencioso, participa en primer lugar la Administración y luego en

segunda instancia la justicia ordinaria, pero se trataría, según esta doctrina, de dos instancias jurisdiccionales<sup>37</sup>.

Esta tesis, como ya lo he señalado precedentemente, no puede ser compartida, en tanto la primera respuesta al ciudadano la dé la Administración, la que al carecer de independencia e imparcialidad, no podrá nunca hacer las veces de jurisdicción. No obstante, cobra más sentido cuando la primera respuesta la da un órgano que tiene independencia respecto de los poderes políticos y respecto del cual puede presumirse imparcialidad en el ejercicio de sus funciones, como ocurre con el Consejo para la Transparencia.

### *3. El procedimiento ante el Consejo para la Transparencia*

Además de garantizarse que el recurso de reclamación por denegación de acceso a la información pública será conocido por un órgano que debe ser considerado independiente de la Administración del Estado, que es el órgano que figura como sujeto pasivo en este contencioso, lo que permite presuponer una aplicación imparcial de la ley en el caso concreto, además, ante el Consejo se desarrolla un procedimiento que garantiza en sus aspectos más esenciales el respeto del debido proceso.

### *4. La resolución del Consejo para la Transparencia: Naturaleza y recursos que proceden contra ella*

Un aspecto importante a determinar, es la posibilidad de interponer recursos respecto de la resolución del Consejo por la que falla el reclamo. Al respecto, hay que entender que, si estimamos que conociendo y resolviendo este reclamo el Consejo se comporta como un órgano que ejerce jurisdicción, su resolución que falla el reclamo

---

<sup>37</sup> Vid. EVANS, ENRIQUE, op. cit. P. 144; también en un sentido similar VIVANCO, ÁNGELA, *Curso de Derecho Constitucional. Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980, tomo II*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2004, p. 319.

corresponde a una sentencia definitiva de primera instancia, pues mediante ella el Consejo pone fin a la instancia, resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio (art. 158 inc. 1º CPC).

¿Reconoce la Ley de Transparencia un recurso contra la resolución del Consejo? Sí, es el recurso de ilegalidad de competencia de la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante, que regula los artículos 28 y siguientes de la Ley de Transparencia. Si bien puede asumirse que corresponde a una segunda instancia, en cuanto permite revisar cuestiones fácticas y de derecho en relación a lo que falló el Consejo, este recurso no debe ser entendido como un recurso de apelación del modo en que tradicionalmente se entiende este recurso.

Hay varias cuestiones en el reclamo de ilegalidad que lo hacen diferente de un recurso de apelación. Desde luego, en este caso, el reclamo se deduce directamente ante la Corte de Apelaciones competente y no ante el órgano que dictó la resolución. Por otra parte, la regla de competencia aplicable acá no es la regla del grado, sino una regla especial de competencia, cual es la del domicilio del reclamante (art. 28 LT). Por otra parte, el recurso debe ser notificado por cédula al Consejo y al tercero interesado. Asimismo, en el recurso se puede abrir un término probatorio no residual, como sucede generalmente con el recurso de apelación, sino completo.

Es decir, hay varias disposiciones de la Ley de Transparencia que nos dan a entender que el reclamo que se puede deducir contra la resolución del Consejo no es propiamente un recurso de apelación. En esta parte, se asemeja más propiamente a un proceso impugnatorio de tipo autónomo de única instancia.

Esta regulación del reclamo como proceso judicial impugnatorio y no como recurso de apelación podría fortalecer, en principio, la tesis de que la decisión del Consejo es de tipo administrativa antes que jurisdiccional. Se trataría de una decisión administrativa que es posible

de revisar por un proceso judicial de única instancia. Sin embargo, hay que decir, no es ésta la tesis que asume nuestro Tribunal Constitucional ni un sector importante de la doctrina constitucional.

Tampoco puede ser aceptada la tesis de Enrique Evans<sup>38</sup> que sostendría que la primera instancia es la que se desarrolla ante el Consejo y la segunda instancia ante una Corte de Apelaciones, pues como ya he expresado, no hay propiamente una segunda instancia, salvo que se usen los términos apelación o segunda instancia en un sentido no técnico y sí como sinónimo de revisión amplia por otro tribunal.

Pero también puede entenderse que existen dos procesos judiciales autónomos distintos. Un proceso de única instancia ante el Consejo y un proceso de única instancia ante la Corte de Apelaciones competente.

¿Es válido sostener que en materia de acceso a la información pública el legislador haya previsto un proceso de tipo judicial ante el Consejo para la Transparencia y luego, no un recurso procesal, sino un proceso revisor o impugnatorio ante una Corte de Apelaciones?

En general, las experiencias comparadas demuestran que un proceso impugnatorio de tipo autónomo como competencia de la judicatura, contra una decisión previa, sólo procede contra actos o actuaciones de la Administración que actúa como tal. No es la regla entender que un proceso autónomo se utilice para impugnar las decisiones judiciales dictadas en otro proceso judicial.

En nuestro derecho, quizás la única excepción a esta regla sea el recurso de revisión (arts. 810 y ss. Código de Procedimiento Civil y 473 y ss. Código Procesal Penal), pues si bien la ley lo denomina como

---

<sup>38</sup> Vid. EVANS, ENRIQUE, op. cit. p. 144.

recurso, es técnicamente más cercano a un proceso autónomo de impugnación de una sentencia firme y del proceso en que se dictó ésta<sup>39</sup>.

Pero el hecho que no sea lo habitual que mediante un proceso autónomo se impugne lo resuelto en otro, ello no lo hace ilegítimo.

Desde luego, no hay ninguna norma constitucional del debido proceso infringida con una figura como la que estamos describiendo. Por una parte, el derecho al recurso solo es exigible perentoriamente en materia procesal penal en los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por el Estado chileno (art. 8º nº 2 letra h) de la Convención Americana de Derechos Humanos), no así en materias civiles, entendidas éstas latamente<sup>40</sup>. Pero aun así, nadie podrá objetar que una manera de tutelar adecuadamente los derechos e intereses de los justiciables, es permitir que otro tribunal de justicia (en este caso un Tribunal Superior de Justicia), revise de manera íntegra lo fallado por otro, conociendo tanto de cuestiones de hecho como de derecho, como sucedería en la especie.

De esta manera, es posible concluir que el reclamo contra la resolución del Consejo puede entenderse como un proceso autónomo revisor de la actividad de la Administración o bien, como un proceso autónomo revisor de una decisión jurisdiccional previa. La segunda alternativa está más acorde con nuestra doctrina constitucional y especialmente con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y cobra, a mi juicio, mayor plausibilidad, al entender que la revisión por la judicatura ordinaria no se da respecto de una decisión de un órgano

---

<sup>39</sup> Vid. PEREIRA, HUGO, *La cosa juzgada en el proceso civil*, Conosur, Santiago de Chile, 1997, pp. 244 y 245.

<sup>40</sup> Cosa distinta es sostener que el derecho fundamental a un racional y justo proceso (19 nº 3 inc. 5º CPR), aconseja al legislador regular que toda sentencia judicial que declara derechos de las personas, pueda ser revisada por un tribunal superior.

de la Administración, sino respecto de un ente autónomo e independiente de esa Administración.

¿Proceden otros recursos contra la resolución del Consejo? Todo depende de la naturaleza que se le reconozca al reclamo que se deduce ante el Consejo. Si se asume una naturaleza de carácter jurisdiccional, sólo procede el reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones competente. Sin embargo, es procedente preguntarse si el Recurso de Queja es procedente en este caso, como asimismo un Recurso de Protección, lo que examinaré en lo que sigue.

#### *4.1. La resolución del Consejo para la Transparencia y el Recurso de Queja*

Si se asume que el reclamo de ilegalidad ante las Cortes de Apelaciones no es técnicamente un recurso procesal sino un proceso de tipo autónomo, por lo que respecto de la resolución del Consejo, habría que concluir, no procede recurso procesal alguno, ello podría hacer procedente la interposición de un Recurso de Queja.

El Recurso de Queja solo procede contra sentencias interlocutorias que pongan término al juicio o hagan imposible su prosecución y contra sentencias definitivas, en ambos casos, no susceptibles de recurso alguno, ordinario o extraordinario, y que contengan una falta o abuso (art. 545 Código Orgánico de Tribunales). En este caso, la decisión del Consejo puede ser estimada como una sentencia definitiva respecto de la cual no procede recurso procesal alguno. Esta interpretación se basa en que técnicamente no hay recurso procesal alguno contra la decisión del Consejo, sino un proceso judicial revisor.

El Tribunal competente para conocer del Recurso de Queja será siempre la Corte de Apelaciones de Santiago.



El Recurso de Queja puede entenderse procedente aunque la Ley de Transparencia no haya dicho nada al respecto. ¿Por qué puede entenderse procedente? En primer lugar, puede entenderse procedente por lo que dispone el artículo 82 CPR: *La Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la Nación. Se exceptúan de esta norma el Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones y los tribunales electores regionales. Los tribunales superiores de justicia, en uso de sus facultades disciplinarias, sólo podrán invalidar resoluciones jurisdiccionales en los casos y forma que establezca la ley orgánica constitucional respectiva.*

La ley orgánica constitucional respectiva es el Código Orgánico de Tribunales (por aplicación de la disposición Cuarta transitoria de la Constitución Política de la República). El artículo 545 COT podría hacer aplicable a la resolución del Consejo un Recurso de Queja, pues puede entenderse que estamos frente a una sentencia definitiva que no es susceptible de recurso alguno, ordinario o extraordinario.

Por otra parte, debe tenerse presente lo que dispone expresamente el artículo 63 COT: Las Cortes de Apelaciones conocerán: 1º En única instancia: c) De los recursos de queja que se deduzcan en contra de jueces de letras, jueces de policía local, jueces árbitros y órganos que ejerzan jurisdicción, dentro de su territorio jurisdiccional.

Nuestra doctrina y jurisprudencia constitucional mayoritarias no dudarían en denominar al Consejo como un órgano que ejerce jurisdicción respecto de su competencia de resolución de conflictos, aunque en algunos casos irían más allá y lo llamarán derechamente un tribunal de justicia especial situado fuera del Poder Judicial.

¿Es posible y lógico concluir que la decisión del Consejo pueda ser impugnada vía reclamo de ilegalidad ante una Corte de Apelaciones y, además, vía Recurso de Queja ante esa misma Corte? La

respuesta positiva a esta pregunta pasa por considerar que ambos recursos son manifestaciones de diversa índole de la judicatura: las primeras propiamente jurisdiccionales y las segundas disciplinarias, no referidas al ejercicio de la jurisdicción, sino al gobierno judicial.

Por otra parte, el propio artículo 545 COT permite la conjunción de actividad jurisdiccional (recurso de casación en la forma) y disciplinaria (recurso de queja) respecto de una misma decisión jurisdiccional, cuando se trate de impugnar una sentencia definitiva de primera o única instancia dictada por árbitros arbitradores. Volveremos sobre el sentido del Recurso de Queja cuando analicemos los recursos contra la sentencia de la Corte de Apelaciones que conoce del reclamo de ilegalidad contra la decisión del Consejo para la Transparencia.

#### *4.2. La resolución del Consejo para la Transparencia y el Recurso de Protección*

Si se asume una tesis jurisdiccional respecto a la decisión del Consejo, no sería procedente un Recurso de Protección, pues la jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema, por regla general, no aceptan que a través de este procedimiento constitucional se puedan impugnar sentencias judiciales<sup>41</sup>.

Contra sentencias judiciales sólo deberían interponerse los recursos procesales que la ley haya dispuesto a tal efecto. Sólo en ausencia de tales recursos procesales se justificaría la procedencia de

---

<sup>41</sup> Un exhaustivo trabajo que analiza críticamente la procedencia del Recurso de Protección contra sentencias judiciales, y con buenos criterios para entender que no debería ser procedente como regla general, puede verse en PALOMO, DIEGO, "Violaciones de derechos fundamentales por los tribunales de justicia: Recurso de Protección y de amparo español. Un análisis comparado", en *Ius et Praxis*, Vol. 9 n<sup>o</sup> 2, Talca, 2003.

un Recurso de Protección, lo que, como se ha visto, no sucede en la especie.

#### *4.3. La resolución del Consejo para la Transparencia como órgano administrativo y los recursos que proceden en esa situación*

Por el contrario, si se asume una naturaleza administrativa en el reclamo del que conoce el Consejo, además del reclamo de ilegalidad que reconoce el artículo 28 LT, son procedentes, previamente, los recursos de reposición, revisión y aclaración ante el mismo Consejo (artículos 59, 60 y 62 LBPA).

Del mismo modo, la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, n° 18. 575 (en adelante LBGA), también consagra el recurso de reposición, el que se podrá siempre interponer ante el mismo órgano del que hubiere emanado el acto respectivo, sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales a que haya lugar (art. 10).

La procedencia de estos recursos administrativos internos contra la resolución del Consejo para la Transparencia, pasa por considerar que este órgano sea un *servicio público creado para el cumplimiento de la función administrativa* (art. 2° LBPA y artículo 1° inc. 2° LBGA).

Si consideramos las funciones del Consejo como administrativas, habría que concluir que son procedentes respecto de sus decisiones un recurso de reposición ante el propio Consejo, un reclamo de ilegalidad de conformidad con el artículo 28 LT ante la Corte de Apelaciones, así como un Recurso de Protección, en el caso que la resolución del Consejo, como acto administrativo, vulnere al reclamante un derecho fundamental de los que enumera el artículo 20 de la Constitución Política de la República.

#### 4.3.1. Recurso de reposición administrativa contra la decisión del Consejo para la Transparencia. Prohibición de reformatio in peius

En el caso que se considere que sea procedente un recurso de reposición ante el propio Consejo, la reconsideración del Consejo no puede empeorar la posición jurídica de quien reclama. Esto pasa por considerar que ante el Consejo, aun como entidad de tipo administrativa, debería respetarse, como señalan la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, el principio y derecho fundamental del debido proceso.

La doctrina nacional ha señalado que las exigencias del debido proceso no solo deben darse frente a los tribunales de justicia sino frente a todo tipo de autoridades<sup>42</sup> que afecten los derechos de las personas. En realidad esta doctrina no es siempre clara en el sentido que el debido proceso debe regir también respecto de la Administración cuando decide sobre derechos de las personas, pues para esta doctrina en esos casos la Administración pasa a desarrollar una función jurisdiccional, siendo por ello un órgano que ejerce jurisdicción o tribunal especial.

---

<sup>42</sup> Vid. EVANS, ENRIQUE, *Los derechos constitucionales, Tomo II*, op. cit. p. 143; SILVA BASCUÑÁN, ALEJANDRO, *Tratado de Derecho Constitucional, Tomo XI, De los derechos y deberes constitucionales*, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago, 2006, p. 143; VIVANCO, ÁNGELA, *Curso de Derecho Constitucional. Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980, Tomo II*, op. cit. p. 319; FERNÁNDEZ, MIGUEL ÁNGEL, *La nueva justicia penal frente a la Constitución*, Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2006, p. 319.

Más clara en este sentido es la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>43</sup>, pues entiende que el debido proceso debe aplicarse a todas las decisiones de los poderes del Estado, sean judiciales o administrativos. Se podrá hablar de un debido proceso procesal en el primero supuesto y de un debido proceso sustantivo en el segundo. La Corte Interamericana no confunde a la Administración con la Jurisdicción, sino que dice que a ambos poderes les rige la exigencia de respetar el debido proceso.

Como sea, es perfectamente defendible en nuestra dogmática constitucional, que ante el Consejo para la Transparencia debe regir, en lo que corresponda, un debido proceso, ya sea que consideremos que él desarrolla una función jurisdiccional o bien administrativa.

Las exigencias del debido proceso deben excluir la posibilidad de que quien recurra resulte empeorado respecto de su situación inicial, como consecuencia del recurso que ha interpuesto, es decir, sin que medie impugnación directa o incidental de la contraparte y sin que el empeoramiento sea debido a poderes de actuación de oficio del órgano estatal.

La prohibición de *reformatio in peius* se relaciona también con la necesidad de congruencia procesal. El órgano que decide no puede modificar de oficio, sin audiencia y en perjuicio de quien reclama, la resolución recurrida.

Congruente con esta argumentación es que el artículo 41 LBPA prohíbe expresamente la *reformatio in peius*.

---

<sup>43</sup> Vid. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recaída en la causa Claude Reyes y otros v/s Chile, de fecha 19 de septiembre de 2006. Y en igual sentido los casos Yatama, Ircher Bronstein y otros.

#### 4.3.2. *Recurso de Protección contra la decisión del Consejo para la Transparencia*

El Recurso de Protección es procedente en este caso inclusive conjuntamente con el reclamo de ilegalidad, y aun con el de reposición, pues su naturaleza cautelar lo hace compatible con un proceso de tipo declarativo como lo es el procedimiento de ilegalidad de los artículos 28 y siguientes de la Ley de Transparencia y, desde luego, con recursos de tipo administrativo.

Esta compatibilidad pasa por considerar que el Recurso de Protección efectivamente tiene una naturaleza cautelar, lo que quiere decir que no resuelve el fondo del asunto sometido a conocimiento y decisión de la Corte de Apelaciones, sino que solo debería mantener un *status quo* a fin de dar amparo a los derechos fundamentales del recurrente.

La compatibilidad del Recurso de Protección -en el entendido que se le dé un fin cautelar como el que definimos precedentemente y no declarativo-, con otros procesos judiciales y recursos administrativos, lo prevé expresamente la Constitución Política de la República en el su artículo 20, en la parte que dispone que se podrá recurrir a la Corte de Apelaciones respectiva, *sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer [el recurrente] ante la autoridad o los tribunales correspondientes.*

Ahora bien, esta compatibilidad del Recurso de Protección con el reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones competente, pasa por considerar que estamos ante el supuesto que el Consejo para la Transparencia haya denegado la información solicitada. En efecto, si estamos frente a una situación contraria, donde el Consejo ordena otorgar la información requerida, el fin perseguido por un Recurso de Protección se cumple de un mismo modo con la interposición de un

reclamo de ilegalidad, pues el artículo 29 LT dispone que en este caso, el mero hecho de interponer el reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones, suspende, de pleno derecho, la entrega de la información, no pudiendo esta Corte decretar medida que permita el conocimiento o acceso a esa información.

En este caso, el reclamo de ilegalidad ampararía un eventual derecho fundamental involucrado del reclamante, de un mismo modo como lo haría un procedimiento de protección. Por otra parte, estamos ante una tutela que será de conocimiento y decisión de una Corte de Apelaciones, igualmente como sería si se interpusiera un Recurso de Protección. Por todo ello, lo que se observa como más racional, es entender que en este caso sólo procede un Recurso de Protección si la resolución del Consejo para la Transparencia deniega la solicitud de información.

Obviamente, como veremos a continuación, procede siempre en estos casos el reclamo de ilegalidad contra la resolución del Consejo ante la Corte de Apelaciones competente.

#### IV. RECLAMO DE ILEGALIDAD ANTE LAS CORTES DE APELACIONES

Dentro de este punto abordaremos la naturaleza del reclamo de ilegalidad contenido en el artículo 28 y siguientes de la Ley de Transparencia, el cual dispone que:

*En contra de la resolución del Consejo que deniegue el acceso a la información, procederá el reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante.*

*Los órganos de la Administración del Estado no tendrán derecho a reclamar ante la Corte de Apelaciones de la resolución del Consejo que otorgue el acceso a la información que hubieren denegado, cuando la denegación se hubiere fundado en la causal del número 1 del artículo 21.*

*El afectado también podrá reclamar de la resolución del Consejo ante la Corte de Apelaciones respectiva, cuando la causal invocada hubiere sido la oposición oportunamente deducida por el titular de la información, de conformidad con el artículo 20.*

*El reclamo deberá interponerse en el plazo de quince días corridos, contado desde la notificación de la resolución reclamada, deberá contener los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya y las peticiones concretas que se formulan.*

El procedimiento de este reclamo está contenido en el artículo 30 LT, y presenta las siguientes características:

- i) En primer lugar, dispone que el reclamo de ilegalidad debe ser notificado tanto al Consejo como al tercero interesado.
- ii) Se abre un plazo de diez días para que los emplazados formulen observaciones o descargos, cuestión que podría perfectamente ser asimilada a la contestación de una demanda.
- iii) Se establece la facultad para la Corte de abrir un término probatorio que no podrá ser superior a siete días y oír alegatos.
- iv) Vencido dicho período de prueba, la Corte tiene un plazo de diez días para dictar sentencia, la cual no es susceptible de recurso alguno.

Atendidas estas características, es posible afirmar que esta reclamación de la cual conocen las Cortes de Apelaciones corresponde a un procedimiento contencioso administrativo especial, en donde un tribunal superior de justicia es competente para resolver una contienda existente entre el Consejo y un particular (u otro órgano del Estado, que habrá sido aquél a quién le requirieron la información en un comienzo). Esto avala la tesis de que, técnicamente, el reclamo de ilegalidad no sea un recurso procesal sino un proceso autónomo, pues el Consejo, en este proceso, figura como sujeto pasivo de la pretensión reclamatoria del sujeto afectado por la resolución sobre acceso a la



información pública; en otras palabras, debe entenderse que en el reclamo de ilegalidad no hay solo una mera revisión de los fallado por el Consejo, sino que éste, además, es el demandado ante la Corte de Apelaciones competente.

Lo que se impugna mediante el reclamo de ilegalidad es la resolución del Consejo, que resolvió previamente si el organismo público debía o no entregar determinada información a un ciudadano interesado en acceder a ella. La misión de la Corte de Apelaciones respectiva será determinar si efectivamente el Consejo actuó dentro del ámbito de su competencia, y en este entendido, si su resolución se ajustó o no a la legalidad vigente.

#### *1. Facultades de las Cortes de Apelaciones al decidir estos reclamos*

Las Cortes de Apelaciones tienen la atribución para acoger o rechazar los reclamos de ilegalidad presentados. Para llegar a tal decisión, se les concede además facultativamente la opción de abrir un término probatorio (artículo 30 inciso 3º LT).

Dentro de sus facultades, en caso de acoger el reclamo, la Corte debe señalar un plazo dentro del cual el órgano público requerido tiene la obligación de hacer entrega de la información solicitada.

Otra de las facultades que la ley contempla para este tribunal es la posibilidad de señalar que debe iniciarse un procedimiento disciplinario con el objeto de perseguir las eventuales responsabilidades funcionarias derivadas de la denegación de acceso a la información pública.

Siguiendo la línea de lo anteriormente dicho, reitero lo expresado en este informe, en el sentido que la facultad de la Corte de Apelaciones respectiva que conocerá del reclamo, no constituye una segunda

instancia de la cuestión debatida ante el Consejo, sino que revisa que la decisión del Consejo se ajuste a la ley.

La consecuencia práctica de que el reclamo de ilegalidad sea más cercano a un proceso y no un recurso de apelación o segunda instancia, es, en términos generales, una mayor amplitud en la formulación de la pretensión reclamatoria y en los medios de prueba que se pueden presentar, pues en apelación existe mayor restricción para aportar medios probatorios. Nótese la redacción del art. 207 inciso 1º Código de Procedimiento Civil: *En segunda instancia, salvo lo dispuesto en el inciso final del artículo 310 y en los artículos 348 y 385, no se admitirá prueba alguna.* Esa restricción no existe en el reclamo de ilegalidad.

Por otra parte, la Corte de Apelaciones no tiene ningún impedimento para dictar una sentencia que empeore la situación del reclamante. Dicho de otro modo, es procedente en el reclamo de ilegalidad la *reformatio in peius*.

No hay prohibición para la *reformatio in peius* debido a que no estamos frente a un recurso procesal y sí ante un proceso donde las partes podrán alegar y probar lo que corresponda según sus derechos. El tercero interesado podría intentar que se agrave la decisión adoptada por el Consejo, al momento de realizar sus descargos u observaciones.

Ahora bien, si el tercero no solicita el empeoramiento o agravación de la decisión adoptada previamente por el Consejo al reclamante, la Corte de Apelaciones no puede resolver de un modo tal que agrave la situación de éste. La Corte de Apelaciones tendría que tener reconocidos poderes oficiosos para poder proceder así, de los que actualmente carece. El empeoramiento de la situación del reclamante ante la Corte de Apelaciones sólo es posible si un recurrido, que no puede ser el Consejo (por exigirle el respeto de la doctrina de los actos propios), lo exige en el proceso.

## 2. Corte de Apelaciones competente

El artículo 28 de la Ley de Transparencia dispone que la Corte de Apelaciones competente para conocer del reclamo de ilegalidad es la del domicilio del reclamante. Sin embargo, puede suceder que deseen presentar el reclamo, como veremos, más de un sujeto legitimado activamente. En este caso podría darse la situación que ambos legitimados activos deduzcan conjuntamente la reclamación o que cada uno lo presente por separado, con domicilios diferentes.

La actuación conjunta en la misma reclamación la permite el artículo 18 del Código de Procedimiento Civil, que establece que *en un mismo juicio podrán intervenir como demandantes o demandados varias personas siempre que se deduzca la misma acción, o acciones que emanen directa e inmediatamente de un mismo hecho, o que se proceda conjuntamente por muchos o contra muchos en los casos que autoriza la ley.*

Si los demandantes en el reclamo de ilegalidad de la Ley de Transparencia son dos o más, y tienen distintos domicilios, puede aplicarse por analogía la regla del artículo 141 Código Orgánico de Tribunales, y la demanda podrá ser presentada en la Corte de Apelaciones correspondiente al domicilio de cualquiera de los demandantes, a elección de éstos.

Puede ocurrir, también, que cada demandante o reclamante presente su demanda por separado. En este caso, puede decretarse la acumulación de autos, por prescripción del artículo 92 del Código de Procedimiento Civil. Dicha acumulación de autos procede a petición de parte, pero si se están tramitando ante el mismo tribunal, éste de oficio puede proceder a la acumulación (art. 94 Código de Procedimiento Civil).

Puede darse el caso que las reclamaciones de ilegalidad se estén tramitando ante una misma Corte de Apelaciones o bien ante Cortes distintas. El criterio será siempre el mismo; el proceso más nuevo se acumulará al más antiguo (art. 96 Código de Procedimiento Civil). Si se han interpuesto en la misma fecha, cualquiera podrá acumularse al otro.

Si las partes no piden la acumulación o el tribunal no lo dispone de oficio, seguirán tramitándose los procesos, irremediablemente, por cuerda separada. Se deben seguir tramitando los procesos ante cada Corte de Apelaciones, sin que el conocimiento de una inhiba la de otra. Si esos procesos se han deducido ante una misma Corte de Apelaciones, ella continuará conociendo en forma separada de todos esos procesos.

La solicitud de acumulación de procesos se reconoce como una facultad de las partes, mas no como una obligación, por lo que no están obligadas a poner en conocimiento del tribunal tal situación.

### *3. Legitimación activa*

Del tenor del artículo 28 LT, se entiende que son legitimados activos para impetrar esta reclamación tanto el particular a quien se le denegó el acceso a la información, los órganos de la Administración del Estado que hubieren denegado la misma (a menos que la causal para negar el acceso a la información sea la contenida en el artículo 21 N°1), y el afectado, en caso que el titular de la información se hubiere negado a que ésta sea divulgada.

La jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones ha ampliado el ámbito de competencia que ellas tendrían para conocer de esta reclamación, señalando que no sólo son reclamables de ilegalidad aquellas resoluciones que deniegan el acceso a la información

requerida, sino también aquellas que se funden en el artículo 8° inciso segundo de la Carta Fundamental, que consagra diversas excepciones al principio de publicidad, entre ellas, la eventual vulneración de derechos de terceros, los cuales deben ser respetados y promovidos por todos los órganos del Estado, sin excepción, de acuerdo al artículo 5° de la Constitución<sup>44</sup>.

El fallo al que aludo, dictado recientemente por la Corte de Apelaciones de Santiago, acogió a tramitación el reclamo de ilegalidad presentado por un órgano público, aun cuándo dicho organismo invocó en su momento como causal de denegación la contenida en el número 1 del artículo 21 LT, numeral que se encuentra excluido de la posibilidad de que el órgano requerido presente esta reclamación. Sin embargo, y dado que se invocaban también otras causales de excepción al principio de transparencia -entre ellas una de las mencionadas en el artículo 8° de la Carta Fundamental- la Corte estimó que era procedente el reclamo, aunque en el fondo lo rechazó.

De este modo, es posible afirmar que si bien el artículo 28 LT impide accionar al órgano de la Administración del Estado cuando la denegación de acceso a la información se hubiere fundado en la causal del artículo 21 n° 1 LT, esto no obsta a que el corte pueda conocer del reclamo, si se encuentra fundado además en otras causales constitucionales o legales.

Si se invocan diversas causales por parte de un órgano público para denegar la información solicitada por un particular, incluida la del art. 21 n° 1 LT, ese órgano público, en el caso que el Consejo le ordene entregar la información, podría presentar un reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones competente.

---

<sup>44</sup> Cfr. Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 2080-2010, de 22 de Noviembre de 2010, considerando 3º.

Cuando el Consejo ordena entregar una información que el órgano público había denegado exclusivamente en virtud del artículo 21 n° 1 LT, la decisión del Consejo no puede ser reclamada por ese órgano. En ese caso, se puede decir que el órgano público carece de legitimación activa para incoar el procedimiento de reclamo ante la Corte de Apelaciones. O bien, puede decirse también que en este caso la decisión del Consejo se dicta en única instancia, no procediendo ningún recurso jurisdiccional en contra de ella.

Como se ha señalado, ello no obsta a que pueda reclamar, si conjuntamente con el art. 21 n° 1 LT, el órgano público ha invocado otras causales legales o constitucionales. En ese caso la Corte deberá conocer del reclamo deducido por el organismo público y podrá pronunciarse sobre las causales invocadas, incluida la del 21 n° 1 LT, pues dicho precepto sólo debe entenderse como una limitación del poder de impugnación para el órgano público, pero no puede limitar la competencia para conocer de la Corte de Apelaciones.

#### *4. Rol y posición del Consejo para la Transparencia en el procedimiento de reclamo de ilegalidad*

De acuerdo a lo preceptuado por el artículo 30 de la Ley de Transparencia, el reclamo de ilegalidad debe ser dirigido contra el Consejo, quien viene a ser el legitimado pasivo de este procedimiento. Dan cuenta del rol de sujeto pasivo del Consejo en la pretensión reclamatoria, el hecho de que debe ser notificado por cédula del reclamo y de que tenga un plazo para presentar sus descargos u observaciones. Además, el Consejo tiene la facultad de comparecer en la audiencia fijada con el objeto de rendir pruebas, o en los respectivos alegatos.

En esta parte el reclamo de ilegalidad de la Ley de Transparencia se asemeja a otras regulaciones similares, como el denominado recurso

de ilegalidad municipal que reconoce la Ley de Municipalidades en su art. 141. En materia municipal, es lógico pensar que el demandado sea el Alcalde, pues se trata claramente de un ente de tipo administrativo y sus actos son de esa naturaleza. En este caso es coherente que el Alcalde, como representante de la Municipalidad, pueda figurar como legitimado pasivo en el reclamo deducido ante la Corte de Apelaciones, y que pueda alegar y presentar pruebas en el contencioso. Es un clásico ejemplo de contencioso administrativo anulatorio.

Precisamente esta posición del Consejo en el reclamo de ilegalidad podría dar lugar a pensar que estamos frente a un órgano administrativo que cumple una función administrativa, como sucede con el contencioso municipal antes descrito. El Consejo asume así, se podría decir, una posición de sujeto pasivo porque es su decisión administrativa la impugnada.

Pero en el caso del reclamo de ilegalidad contra el Consejo, la situación es distinta del reclamo de ilegalidad municipal. En primer lugar, no se impugna un acto administrativo del municipio o del Alcalde, sino que una resolución o decisión de un órgano que, como hemos visto, resuelve como tercero independiente e imparcial respecto de lo que ha decidido previamente la Administración del Estado. Entre el Alcalde y los demás órganos del municipio hay una continuidad y dependencia de los sujetos involucrados, pues se trata de la misma persona jurídica, lo que no sucede respecto de la Administración y el Consejo, que son personas jurídicas y órganos completamente diferentes y plenamente independientes en la toma de sus decisiones.

Por otra parte, no se trata de un contencioso de nulidad, sino más bien de tipo revisor, determinando si el Consejo se ajustó o no a la legalidad al dictar su resolución.

En realidad, no aparece correcta la opción por la que optó el legislador en este contencioso de la Ley de Transparencia. Habría sido

más coherente darle una tramitación de recurso procesal, sin necesidad de hacer parte al Consejo ni, obviamente, de que éste conteste el reclamo ni aporte pruebas, pues éste resuelve los amparos deducidos como tercero imparcial y no como parte interesada.

O bien, podría haberse optado porque ante la Corte de Apelaciones figuren como partes el ciudadano que reclama la información y el órgano público que niega la información, pero no el Consejo.

Sin embargo, tenemos, al día de hoy, que en la Ley de Transparencia el Consejo figura como legitimado pasivo o demandado en el reclamo de ilegalidad, lo que permite asumir todos los derechos y facultades de parte procesal.

Avala esta posición de parte del Consejo en este contencioso el hecho de que tiene entre sus funciones el *promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y garantizar el derecho de acceso a la información*, finalidad que es coherente con su naturaleza de agencia administrativa autónoma que reúne en su seno múltiples funciones, incluidas las administrativas y, como hemos dicho, también jurisdiccionales.

Si fuese un exclusivo tribunal de justicia el Consejo, no sería procedente hacerlo participar en este contencioso como parte, pero su naturaleza compleja de órgano multifuncional (agencia administrativa autónoma) justifica en mayor medida esta situación.



*5. Mecanismos para instruir los eventuales sumarios que pueda decretar la Corte de Apelaciones según el artículo 30 inciso final de la Ley de Transparencia*

Existen dos mecanismos para instruir sumarios, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 49 LT:

- a) El primero es mediante las mismas reglas que se establecen para los funcionarios públicos dentro del Estatuto Administrativo (Ley N° 18. 834) Es decir, la Corte de Apelaciones podrá solicitar al Consejo que se dé inicio a una investigación sumaria o sumario administrativo, y dependiendo del resultado de ellos, podrán aplicarse multas y otro tipo de sanciones a los funcionarios que hubieren infringido las disposiciones relativas al acceso a la información pública.
- b) A solicitud del Consejo, cabe la posibilidad de que sea la Contraloría General de la República la que instruya un sumario, conforme a las reglas de su propia Ley Orgánica Constitucional (N° 10.336), tras el cual podrá establecer las sanciones que correspondan.

Cabe agregar que en virtud del convenio suscrito entre la Contraloría General de la República y el Consejo para la Transparencia, de fecha 3 de junio de 2009, sin perjuicio de que a solicitud del Consejo sea la Contraloría General de la República la que pueda realizar los sumarios administrativos respecto de las infracciones previstas en los artículos 45 a 47 LT, pudiendo establecer este organismo contralor las sanciones que correspondan, es el Consejo Directivo del Consejo el que finalmente ponderará prudencialmente los antecedentes remitidos por la Contraloría, decidiendo en definitiva este Consejo Directivo si aplica la sanción o sobresee la causa (art. 4º Convenio)

La duda interpretativa que surge con este literal b), es el rol de la Corte de Apelaciones respecto a este procedimiento. Una primera interpretación dirá que respecto a posibles sumarios ante la Contraloría General de la República, la Corte de Apelaciones no tiene facultad alguna, dependiendo íntegramente al Consejo solicitarlo. Una segunda interpretación dirá que la Corte de Apelaciones puede requerir al Consejo que pida a la Contraloría que dé inicio al sumario. Una tercera interpretación postulará que la Corte de Apelaciones está facultada para requerir directamente a la Contraloría General de la República que inicie el sumario respectivo.

De conformidad con el artículo 49 LT, parece correcto interpretar que la posibilidad de recurrir a la Contraloría General de la República es una facultad privativa del Consejo, por lo que dependerá exclusivamente de éste concurrir o no ante este órgano. El rol de las Cortes de Apelaciones se limitaría a pedir el inicio de los sumarios al Consejo.

#### *6. Vías de impugnación de lo resuelto por la Corte de Apelaciones*

El artículo 30 de la Ley de Transparencia, establece que contra la sentencia de la Corte de Apelaciones no procederá recurso alguno. Cuando se dice que no procede recurso alguno, debe entenderse que se refiere a recursos procesales, es decir, que tengan como fin impugnar el contenido de lo resuelto por la Corte como órgano jurisdiccional. Pero lo que disponga la Ley de Transparencia en materia de procedimientos judiciales, no puede ir contra las facultades disciplinarias que tiene la Corte Suprema respecto de todos los tribunales del país, incluidas por cierto las Cortes de Apelaciones (art. 82 CPR).

Coincido de esta manera con la prevención manifestada por los Ministros Venegas y Navarro en la sentencia del Tribunal Constitucional que declaró la constitucionalidad de la LT, quienes señalaron que *si bien se indica que contra la sentencia pronunciada no*

*procederá recurso alguno, ello ciertamente debe entenderse sin perjuicio de la superintendencia directiva y correccional de la Corte Suprema de Justicia, en los términos señalados en el artículo 82 de la Constitución Política de la República, como lo ha reiterado esta Magistratura (Rol N° 795-2007)*<sup>45</sup>.

Especial aplicación podrá tener el denominado Recurso de Queja regulado en los artículos 545 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales. Precisamente procede este recurso contra sentencias definitivas que no son susceptibles de recurso alguno, como ocurre en la especie.

La Corte Suprema, conociendo del recurso disciplinario de queja, puede dejar sin efecto o invalidar la sentencia de la Corte de Apelaciones por considerar que cometió en ella una falta o abuso, caso en el cual deberá aplicar la o las medidas disciplinarias que estime pertinentes (art. 545 inc. 3º Código Orgánico de Tribunales).

El Recurso de Queja es un recurso de tipo disciplinario y no jurisdiccional, pero tiene efectos en este último aspecto, pues puede comportar invalidar una resolución judicial.

La Corte Suprema, conociendo de los recursos de queja contra las sentencias de las Cortes de Apelaciones en el reclamo de ilegalidad, podrá invalidar éstas y dictar, acto seguido, una sentencia de reemplazo, como podría ser la de dar la orden de entregar la información que se solicitaba o de no entregarla.

Es ésta una extraña consecuencia de un recurso que no tiene finalidad jurisdiccional sino disciplinaria o administrativa<sup>46</sup> y que no constituye instancia.

---

<sup>45</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 10 de julio de 2008, rol n° 1051.

<sup>46</sup> Vid. PEREIRA, HUGO, *Curso de Derecho Procesal. Derecho Procesal Orgánico*, Conosur, Santiago de Chile, edición actualizada, 1996, p. 365.

El Recurso de Queja fue modificado sustancialmente el año 1995 con la ley n° 19.374, para evitar la distorsión que se producía hasta ese entonces, al entregar a los tribunales superiores de justicia y especialmente a la Corte Suprema, un recurso muy discrecional, que hacía de la Corte Suprema, en vez de un tribunal de casación (de derecho), un tribunal de equidad y muy similar a una tercera instancia<sup>47</sup>, debido a la amplitud que tenía para conocer.

El Recurso de Queja, antes del año 1995, venía a sustituir al recurso de casación, debido a que este último es un recurso extraordinario y de derecho estricto que procede solo por las causales establecidas por la ley, lo que hace más complejo y difícil su interposición. Para los abogados era más fácil interponer un Recurso de Queja, ya que la causal genérica para interponerlo -falta o abuso- equivalía en la práctica a una especie de agravio general donde todo podía ser invocado para dejar sin efecto una resolución judicial.

La ley n° 19.374 se dictó con el fin de poner atajo a esta situación, restringiendo sustancialmente el rango de resoluciones que podían ser impugnadas vía queja, negando su procedencia para sentencias respecto de las cuales procedan recursos ordinarios o extraordinarios. Se pretendía así que la Corte Suprema volviera a su rol de corte de casación en defensa de la ley y la uniformidad en la interpretación del derecho.

No obstante, aún persiste este recurso disciplinario para algunas resoluciones judiciales, como es el caso de aquella que puede dictar una Corte de Apelaciones conociendo de un reclamo de ilegalidad de la Ley de Transparencia.

---

<sup>47</sup> Sobre esta crítica al rol de la Corte Suprema como tribunal de equidad y como tercera instancia, remito a los trabajos de VALENZUELA, EUGENIO, *Proposiciones para la reforma judicial*, Centro de Estudios Públicos, Santiago de Chile, 1991, p. 32; CAROCCA, ALEX, "Reflexiones sobre las funciones de la Corte Suprema", en *Ius et Praxis*, año 4, 1998, p. 207, PEREIRA, HUGO, *Curso de Derecho Procesal*, op. cit. p. 367.

## *7. Paralelo entre el reclamo de ilegalidad de la Ley de Transparencia y otros reclamos de ilegalidad*

### *7.1. Reclamo de ilegalidad de la Ley de Transparencia y reclamo de ilegalidad municipal*

El recurso de ilegalidad municipal se encuentra regulado en los artículos 140 y siguientes de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades (Nº 18.695, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el DFL nº 1, de 2006, del Ministerio del Interior). En él se establece la posibilidad de que los ciudadanos que estiman que alguna resolución del Alcalde o de algún otro órgano o funcionario municipal, no se ajusta a la legalidad vigente, presenten esta reclamación precisamente ante el Alcalde respectivo. De lo que decida el Alcalde, o en silencio de éste, caso en el cual se considera que rechaza el recurso, se puede recurrir ante la Corte de Apelaciones competente, dentro de un plazo de quince días.

En este caso nos encontramos frente a una situación en que un órgano de la Administración del Estado (art. 1º inc. 2º Ley 19.653), resuelve un conflicto dentro del cual él mismo o el órgano al que representa, es parte. En el reclamo de ilegalidad municipal se advierten claramente dos etapas:

- a) La etapa propiamente administrativa, en virtud de la cual cualquier particular puede reclamar ante el Alcalde en contra de sus resoluciones u omisiones o las de sus funcionarios, que estime ilegales, cuando éstas afectan el interés general de la comuna; reclamo que también se hace extensivo a los particulares agraviados por toda resolución u omisión del Alcalde o de sus funcionarios, que estimen ilegales. La etapa administrativa termina cuando el Alcalde se pronuncia sobre el reclamo, ya sea aceptándolo o rechazándolo, y se entenderá que lo rechaza si no se

pronuncia dentro del término de quince días, contados desde la fecha de su recepción en la Municipalidad;

b) La etapa jurisdiccional, donde el particular afectado con la resolución u omisión del funcionario municipal o del Alcalde en la etapa administrativa, recurre contra la actuación del municipio ante la Corte de Apelaciones.

Desde la doctrina administrativista nacional resulta claro que la etapa ante el Alcalde corresponde a un verdadero recurso administrativo, de reposición o jerárquico, constitutivo de un agotamiento previo de la vía administrativa<sup>48</sup>, aunque como se ha visto, un sector de la doctrina constitucional<sup>49</sup> y el propio Tribunal Constitucional<sup>50</sup>, señalarían que ante el Alcalde se daría un proceso jurisdiccional de primera instancia, posición que no compartimos, pues no puede haber actividad propiamente jurisdiccional donde quien decide es juez y parte a la vez.

De este modo, es posible advertir una primera diferencia inicial entre ambos reclamos de ilegalidad, en el entendido de que el reclamo contenido en la Ley de Transparencia contempla dos instancias de carácter jurisdiccional, pues el órgano llamado a resolver la contienda en una primera etapa ostenta una autonomía e independencia, y por lo tanto se puede presumir la debida imparcialidad, de la cual carece el Alcalde dentro del reclamo de ilegalidad municipal.

Además, existe otra diferencia relativa a la competencia que tiene la Corte de Apelaciones en cada caso, ya que en el reclamo de ilegalidad municipal, la Corte de Apelaciones puede revisar la misma

---

<sup>48</sup>Vid. BERMÚDEZ, JORGE, *Derecho Administrativo General*, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2010, p. 275.

<sup>49</sup> Vid. EVANS, ENRIQUE, *Los derechos constitucionales*, Tomo II, op. cit. p. 144.

<sup>50</sup> Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 22 de noviembre de 1993, rol n° 176.

reclamación presentada ante el Alcalde, en tanto en el reclamo de ilegalidad de la Ley de Transparencia objeto de este informe, ya no se impugna lo mismo que se solicitó ante el Consejo, sino que se reclama de la resolución dictada por este último, a raíz de un requerimiento o amparo presentado por un particular.

Por otra parte, el reclamo de ilegalidad municipal es más amplio que el que consagra la Ley de Transparencia, puesto que permite impugnar cualquier actuación u omisión del Alcalde o de otros funcionarios que se estime ilegal, en tanto la reclamación objeto de este informe solo puede impugnar la resolución del Consejo que denegó u obligó a entregar información solicitada a un órgano público.

Otras diferencias entre ambos recursos, dicen relación con que en el reclamo de ilegalidad municipal se contempla un caso de silencio negativo, en donde transcurridos 15 días desde la presentación del reclamo ante el Alcalde, se entiende que éste lo ha rechazado. También en cuanto a la orden de no innovar contenida en la letra e) del artículo 140 de la Ley Orgánica de Municipalidades, la que claramente en el reclamo de la Ley de Transparencia no procede, pese a que podría entenderse que cumple el mismo rol la norma del artículo 29 LT, que dispone que en caso de haberse otorgado por el Consejo el acceso a la información denegada por el órgano administrativo, la interposición del reclamo suspende la entrega del documento solicitado; aunque esta disposición no es facultativa para la Corte de Apelaciones sino obligatoria.

Finalmente, cabe hacer presente que el reclamo de ilegalidad municipal contempla dos tipos de legitimación activa: una acción popular para el caso en que el acto u omisión que se considera ilegal afecte el interés de la comuna, y una legitimación activa ordinaria para el particular agraviado por la acción u omisión, en los demás casos. En el reclamo de ilegalidad ante el Consejo para la Transparencia, solo puede ser presentado por el órgano de la Administración del Estado a

quién se le solicitó información, o el particular que la requirió, y al cual le fue denegada, sin que existan hipótesis de acción popular.

Se entiende por tanto que el contencioso de la Ley de Transparencia es más restringido, y consagrado para resguardar una situación puntual, a diferencia de lo que ocurre con el reclamo de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.

### *7.2. Reclamo de ilegalidad de la Ley de Transparencia y reclamos de resoluciones de las Superintendencias*

Mencionaré aquí, a modo ejemplar, dos procedimientos contenciosos administrativos que impugnan resoluciones de diversas superintendencias:

El artículo 19 de la Ley 18.410, que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, señala que *Los afectados que estimen que las resoluciones de la Superintendencia no se ajustan a la ley, reglamentos o demás disposiciones que le corresponda aplicar, podrán reclamar de las mismas, dentro del plazo de diez días hábiles, contado desde la notificación, ante la Corte de Apelaciones correspondiente al domicilio del reclamante. Enseguida, se señala en la disposición que la Corte deberá notificar a la Superintendencia y conferirle un plazo para que evacue traslado. Además la Corte tiene la facultad de abrir un término probatorio si lo estima pertinente. Por otra parte, se establece la posibilidad de recurrir de apelación respecto de lo que resuelva la Corte de Apelaciones, recurso del que conoce la Corte Suprema.*

En segundo lugar, otro caso que se puede mencionar, es el de la Ley Orgánica Constitucional de la Superintendencia de Valores y Seguros. Al respecto el artículo 44 y siguientes del Decreto Ley 3.538, que contiene la referida Ley Orgánica Constitucional, contempla una serie de recursos para los casos en que personas o entidades estimen



que los actos administrativos que realice la Superintendencia o sus omisiones no se ajustan a la ley, reglamentos o normas que le compete aplicar, entre los que se cuenta el recurso de reposición y el recurso de ilegalidad. Este último se presenta ante la Corte de Apelaciones de Santiago y, por regla general, no suspende los efectos del acto reclamado. Se contempla la posibilidad de que la Superintendencia evacue traslado dentro del término de 6 días contados desde que es notificada. Transcurrido ese plazo, o en rebeldía de la Superintendencia, la Corte debe dictar sentencia dentro de los 15 días siguientes, y respecto de ella no procederá recurso alguno.

En ambos casos, nos encontramos frente a un procedimiento contencioso administrativo en el cual una Corte de Apelaciones -indeterminada en el primer ejemplo, o la Corte de Santiago en el segundo-, revisa la legalidad de la actuación de una Superintendencia. Se cumple en ambos casos con las reglas del debido emplazamiento de la parte recurrida, permitiéndole que formule sus descargos.

El recurso de la ley nº 18.410 es más completo y cumple de una mejor manera con las exigencias de un debido proceso que el procedimiento de la Superintendencia de Valores y Seguros, toda vez que permite presentar pruebas y contiene un recurso de apelación de la sentencia. Este último procedimiento se asemeja al reclamo del artículo 28 LT por el hecho de que no procede recurso alguno respecto de la sentencia, sin perjuicio de que nos remitimos a lo ya dicho en el sentido de que siempre cabe la posibilidad, en estos casos, de presentar un Recurso de Queja ante la Corte Suprema.

Como ya hemos visto en este informe, para algunos, la decisión de la Superintendencia de Valores y Seguros será una decisión jurisdiccional de primera instancia, mientras que el reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones será una apelación de lo resuelto previamente por el órgano administrativo. Para otros, entre los que me encuentro, al tratarse de un órgano administrativo, la

decisión de la Superintendencia sólo será reclamable judicialmente en un procedimiento de única instancia ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

La diferencia fundamental entre estos dos contenciosos y el de la Ley de Transparencia, dice relación con que en este último lo que se impugna no son actuaciones *estricto sensu*, sino más bien se reputa ilegal una decisión del Consejo, que se expresa formalmente en una resolución. Se advierte además otra nota distintiva, relacionada con que en estos procedimientos la legitimación activa corresponde siempre a un particular, siendo la Superintendencia respectiva la legitimada pasiva, mientras que en el reclamo de la Ley de Transparencia, pueden ser legitimados activos el particular afectado, el particular que solicitó información, o el órgano requerido; y como sujeto pasivo siempre encontramos al Consejo para la Transparencia, sin perjuicio de que puedan comparecer en el proceso todas las personas y órganos señalados.

Tal como mencioné a propósito del reclamo de ilegalidad municipal, estos procedimientos de reclamación contra actuaciones de las Superintendencias son más amplios, ya que pueden referirse a diferentes tipos de actos, y no necesariamente a una resolución, como en el caso de la Ley de Transparencia.

El contencioso ante el Consejo para la Transparencia, como se ha podido observar, se aparta de los caminos tradicionales que, en las últimas décadas, había dispuesto el legislador como vías de impugnación de los actos y actuaciones de la Administración del Estado. Ello se debe, en mi concepto, a su naturaleza de agencia administrativa autónoma.

*Andrés Bordalí Salamanca*