



EN LO PRINCIPAL: INTERPONE REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD; PRIMER OTROSÍ: SOLICITA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO QUE INDICA OFICIÁNDOSE AL EFECTO Y PROVIDENCIA URGENTE; SEGUNDO OTROSÍ: ACOMPAÑA DOCUMENTOS; TERCER OTROSÍ: NOTIFICACIONES; CUARTO OTROSÍ PATROCINIO Y PODER.

EXCMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

JAN AESCHLIMANN MEULI, abogado, en representación de la I. Municipalidad de Maipú, domiciliada para estos efectos en Av. Primera Transversal N°1940, segundo piso, comuna de Maipú, a US. Iltma. respetuosamente digo:

Que en la representación que invisto, vengo en interponer la presente acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad solicitando se declare la inaplicabilidad del **artículo 28 inciso segundo de la Ley 20.285, sobre Acceso a la Información pública**; por ser dicha norma contraria al artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, en atención a las siguientes razones de hecho y de derecho que a continuación paso a exponer:

I. ANTECEDENTES DE HECHO:**1. Precepto legal impugnado:**

Mediante el presente requerimiento, esta parte viene a impugnar la norma contenida en el artículo 28 inciso segundo de la Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública.

Dicho precepto legal señala:

"Artículo 28.- 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 destacado es nuestro)

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.”

Por su parte el artículo 21 N°1 de la Ley 20.285 señala:

"Artículo 21.- Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes:

1. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente:

a) Si es en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito o se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales.

b) Tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sean adoptadas.

c) Tratándose de requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales.”

2. Gestión pendiente:

2.1.- Con fecha 04 de mayo de 2020, se recibió la solicitud de información pública realizada por don Nicolas Martínez Gaete. El requerimiento recibió el número de solicitud MU163T0005961, por medio de los cuales se solicitaba textualmente:

"Junto con saludar, me gustaría solicitar la información sobre las luminarias viales de la comuna de Maipú actuales, tales como la cantidad según tipo de luminaria, su consumo eléctrico mensual durante los periodos 2019 al 2020 (kWh), las especificaciones técnicas de las luminarias instaladas, los gastos monetarios (pesos chilenos) para la municipalidad de Maipú. De ante mano muchas gracias, estaré a la espera de sus comentarios."(sic)

Dicha solicitud fue analizada por la Oficina de Transparencia Municipal para dar respuesta.

2.2.- Que, con fecha 29 de mayo de 2020, mediante resolución N° 566, emitida y suscrita por la Sra. Ericka Farías Guerra, Directora de Asesoría Jurídica de la I. Municipalidad de Maipú, se respondió a la solicitud del Sr. Nicolás Martínez Gaete, informando que deniega la entrega de información solicitada, en atención a que incurre una causal de secreto o reserva establecida en la ley. Por lo anterior, se determinó que la información solicitada denegarse fundado principalmente en que la solicitud de acceso a la información que dice relación con un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes, cuya

respuesta implicaría distraer indebidamente funcionarios municipales del cumplimiento de sus labores habituales, particularmente aquellos que corresponden a la Dirección de Operaciones, la que ha señalado mediante Memorándum N° 475 el detalle de cuanto esfuerzo implica la entrega de dicha información, a saber, estamos hablando de un funcionario con dedicación exclusiva por tres semanas, lo que para ser digitalizadas implicaría a lo menos un mes de un funcionario con dedicación exclusiva.

2.3.- Con motivo de la respuesta evacuada por la Directora de Asesoría Jurídica de la I. Municipalidad de Maipú, el día 08 de junio de 2020, don Nicolas Martínez Gaete, dedujo ante el Consejo para la Transparencia Amparo Rol C3074-20, fundando en la denegación parcial de la solicitud de información.

2.4.- En sesión ordinaria N° 1119, de fecha 7 de agosto de 2020, el Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia acordó acoger el amparo del Sr. Nicolas Martínez Gaete y requerir a la Municipalidad de Maipú a entregar al reclamante "*información sobre las luminarias viales de la comuna de Maipú, en la actualidad, tales como: la cantidad según tipo de luminaria, su consumo eléctrico mensual durante los periodos 2019 al 2020 (kWh), las especificaciones técnicas de las luminarias instaladas y los gastos monetarios (pesos chilenos)*" dentro del plazo de 15 días hábiles contados desde que la referida decisión se encuentre ejecutoriada.

Finalmente, mediante oficio N° E13225, ingresado a la Municipalidad de Maipú, mediante correo electrónico, el día 12 de agosto de 2020, el Director Jurídico del

Consejo notifica a este Servicio la decisión adoptada, del amparo C3074-20.

2.5 Con motivo de la secuencia de actuaciones señaladas, a juicio de este Corporación Edilicia, el Consejo para la Transparencia ha resuelto el amparo apartándose a lo establecido en la Ley N° 20.285, por lo que con fecha 25 de agosto de 2020, esta entidad edilicia interpuso reclamo de ilegalidad en contra de la decisión señalada, por estimar que la decisión del Consejo para la Transparencia, adolecía de claros vicios de ilegalidad, que irrogan a esta parte graves perjuicios. **Este reclamo constituye la gestión pendiente del presente requerimiento, siendo su número de ingreso el rol N° 464-2020, de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago.**

Cabe señalar que los vicios denunciados en el reclamo de ilegalidad, dicen relación con el hecho que el Consejo para la Transparencia al pronunciarse sobre el amparo C3074-20 y resolver acoger totalmente el amparo, referido a las luminarias viales de la comuna de Maipú actuales, tales como la cantidad según tipo de luminaria, su consumo eléctrico mensual durante los periodos 2019 al 2020 (kWh), las especificaciones técnicas de las luminarias instaladas, los gastos monetarios (pesos chilenos) para la municipalidad de Maipú, ha incurrido en vicios que a continuación se indican y que son parte integrante del reclamo de ilegalidad.

El Consejo para la Transparencia al acoger el amparo deducido por el solicitante, ha hecho caso omiso al contexto en que se realiza la solicitud de acceso a la información pública, correspondiente a la Ley 20.285 la cual contempla expresas causales de reserva de la información, las cuales se invocaron por este ente edilicio

para denegar el acceso a la información y que no fueron debidamente consideradas al momento de resolver la petición de información, cuestión que a consideración de este ente edilicio, si era procedente por las razones que se indicarán a continuación:

En primer lugar, es necesario mencionar que en la historia de la Ley N° 20.285 y al momento de debatir sobre el secreto o reserva establecido en el artículo 21, se señala expresamente que la autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado requerido, estará obligado a proporcionar la información que se le solicite, **salvo** que concurra la oposición regulada en el artículo 20 o alguna de las causales de secreto o reserva que establece la ley.

En este orden de ideas, cabe señalar que en la discusión en sala de la Ley N° 20.285, y a propósito de la reforma constitucional del año 2005 al artículo 8° de la Constitución Política de la República, es que se discute el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por el que Chile fue condenado como Estado por la Corte Interamericana, al negarse el Comité de Inversiones Extranjeras a entregar información requerida por algunos ciudadanos respecto de un proyecto de inversión en la Región de Magallanes.

Dentro de ese contexto, el entonces Ministro Secretario General de la Presidencia, Señaló que *"es muy importante ese fallo, porque ahí se fija una doctrina sobre este punto. la Corte señala que el fundamento de este derecho es hacer 'posible que las personas ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un*

adecuado cumplimiento de las funciones públicas’.” Más adelante agrega “al permitir el ejercicio de ese control democrático se fomenta una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad”.

De esta forma, se infiere que, para la Corte Interamericana, el principio básico es la máxima divulgación, es decir, la mayor transparencia, la cual sólo debe estar limitada por razones de bien superior; o sea, como dice la Corte, las restricciones que *“se impongan deben ser necesarias en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar este objetivo, debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ser conducente para alcanzar el logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efecto del ejercicio del derecho”.*

Así y en atención a la filosofía que inspiró la Ley N° 20.285, si consideramos que la restricción al acceso a la información debe ser proporcional al interés que se intenta proteger, debemos proceder a evaluar en primer lugar la procedencia del secreto o reserva y en segundo lugar ponderar si la restricción aplicada al acceso a la información se encuentra justificada en relación al interés protegido.

Que, conforme a lo anterior, la Ley 20.285 en su artículo 21° establece causales de secreto o reserva, en virtud de las cuales se pondrá denegar total o parcialmente el acceso a la información pública solicitada. Para estos efectos, el ente edilicio

consideró que la causal aplicable al caso concreto corresponde a la del artículo 21 N° 1 letra c), la cual faculta la denegación de la información cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente: Tratándose de requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales.

Con fecha 31 de agosto de 2020 la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, tuvo por interpuesto el reclamo de ilegalidad individualizado, dando traslado del mismo al Consejo para la Transparencia y al solicitante con el objeto de que pudieran presentar sus descargos u observaciones.

Con fecha 11 de septiembre de 2020 el Consejo para la Transparencia presentó su informe, en el cual desde la página 4 a la 10 alega la inadmisibilidad del reclamo de ilegalidad por estar basado en la causal de secreto o reserva del artículo 21 N° 1 de la ley 20.285, en virtud de lo dispuesto en el artículo 28 del mismo cuerpo legal, concretamente señala que:

“Por lo tanto, S.S. Iltma., conforme al claro tenor del inciso 2° del Art. 28 de la LT y a la jurisprudencia judicial precedentemente citada, este Iltmo. Tribunal no puede adentrarse al conocimiento e invocación de la causal del Art. 21 N°1, letra c), de la LT, y cualquier alegación formulada en la línea de la afectación al debido cumplimiento de las funciones de la Municipalidad de Maipú, por carecer de legitimación activa el órgano reclamante, para invocar tal causal de reserva como

fundamento de su reclamo de ilegalidad, ya que, conforme a la limitación legal mencionada, esta Iltma. Corte no tiene competencia para conocer de dicha causal, pues a este respecto basta la ponderación que efectúa este Consejo, tal como S.S. Iltma., y la Excma. Corte Suprema lo han resuelto en las sentencias citadas precedentemente."

De esta forma US Excma. Podrá apreciar que, a pesar de que la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago declaró admisible el reclamo de ilegalidad interpuesto, en el que se invoca como fundamento de denegación de acceso a la información pública solicitada la causal contemplada en la letra c) del N° 1 de la ley 20.285, de estimar procedente los argumentos planteados por el Consejo para la Transparencia en su informe, no va a aplicar dicha causal de reserva, a pesar de ser procedente, por ser una de las que el artículo 28 de la citada norma establece como limitación a los órganos de la administración del Estado para interponer su reclamo.

Así las cosas, la aplicación del precepto legal impugnado **claramente resulta decisivo en la resolución de la gestión pendiente de autos**; por cuanto ésta va a impedir que la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago se pronuncie respecto de una de las causales de reserva o secreto invocadas por esta parte en el reclamo de ilegalidad respectivo.

3) legitimación activa:

En relación con la legitimación activa para requerir de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, el artículo 79 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

prescribe que el órgano legitimado, el juez que conoce de una gestión pendiente en que deba aplicarse el precepto legal impugnado y, son personas legitimadas las partes en dicha gestión.

En el presente caso, la Ilustre Municipalidad de Maipú ha sido parte tanto en el procedimiento tramitado ante el Consejo para la Transparencia, como en el procedimiento judicial de ilegalidad interpuesto ante la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago. Lo anterior, consta en los documentos que acompaño en el presente escrito, por lo que se encuentra plenamente legitimado para la interposición de este requerimiento.

4) forma en que los preceptos impugnados resultan decisivos en la resolución del asunto:

La aplicación de la norma impugnada resulta decisiva en el reclamo de ilegalidad pendiente ante la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago bajo el Rol 464-2020, ya que es precisamente esta disposición legal la que impide a este organismo interponer reclamo ilegalidad en contra de la resolución del Consejo para la Transparencia 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 de la Ley N° 20.285.

En efecto, si el artículo 28 inciso 2 de la Ley 20.285 permitiera reclamar de ilegalidad por la reserva establecida en el artículo 21 N°1 de la misma ley,

evidentemente la Iltma. Corte de Apelaciones no tendría ningún inconveniente para revisar la causal de secreto o reserva invocada y, en definitiva, denegar la entrega de información solicitada, atendido a que es información cuyo conocimiento afecta las funciones del ente edilicio, tal como se señaló en el reclamo de ilegalidad presentado, el que constituye la gestión pendiente de autos.

5) Razonablemente fundado.

Como vuestra SS Excma. Podrá notar, este último requisito exigido por la ley para la correcta interposición de un requerimiento de inaplicabilidad por Inconstitucionalidad, ya se encuentra fundado según se desprende de la exposición de los hechos ya efectuada y de las fundamentaciones que se expondrán a continuación, entendiéndose así por satisfecha la exigencia antes mencionada.

II. ANTECEDENTES DE DERECHO.

1. Normas Constitucionales infringidas por la norma legal impugnada.

En virtud del caso expuesto, estimamos que la limitación que el legislador estableció para que todos los órganos de la Administración del Estado pudieran recurrir de ilegalidad cuando han denegado la información solicitada en virtud de la causal de secreto o reserva contemplada en el artículo 21 N° 1 de la Ley 20.285, Vulnera los derechos Establecidos en el artículo 19 N° 3, de la Constitución Política de la República que señala:

"Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

3º.- La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos.

La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos. La ley señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes.

Toda persona imputada de delito tiene derecho irrenunciable a ser asistida por un abogado defensor proporcionado por el Estado si no nombrare uno en la oportunidad establecida por la ley.

Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho.

Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

La ley no podrá presumir derecho la responsabilidad penal.

Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.

Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella;

“*toda persona tiene derecho a defensa en la forma que señale la ley...*” así las cosas, jamás podría oponer reclamo de ilegalidad ningún órgano de la Administración del Estado, en efecto en dicha norma se contempla la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos y lo que se denomina el “debido proceso”, obligando al legislador a establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

Como bien señala la doctrina en este punto, La defensa jurídica a que se tiene derecho es a una defensa letrada y además “*La debida intervención del letrado no puede ser impedida, privada o perturbada por autoridad o individuo alguno.*”¹

Ahora, ¿qué pasaría si efectivamente existe una causal de secreto o reserva aplicable a la solicitud y esta no debiese ser entregada? ¿podrá este ente edilicio reclamar la ilegalidad de dicha decisión del Consejo para la Transparencia? ¿Para qué fundar en una causal de secreto o reserva la entrega de determinada información, si el Consejo

¹ VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela, Curso de Derecho Constitucional, Tomo II, Ediciones Universidad Católica, segunda edición 2006, p 344.

para la Transparencia sabiendo que puede transgredir la legalidad de la Ley con sus decisiones, el órgano se verá indefenso de reclamar la ilegalidad de la misma decisión debido a lo establecido en el ya señalado artículo 28 de la Ley 20.285? Podríamos desgastar todas aquellas posibilidades que Excma. US ya debe conocer en materia administrativa, dando cabida para todo tipo de arbitrariedades, llegando a situaciones aberrantes y del todo injustas o mejor dicho contrarias a la Constitución, quedando en la más absoluta indefensión, ya que como queda de manifiesto, las normas recurridas no contemplan posibilidad de defensa o reclamo alguno.

A todas luces el Consejo para la Transparencia, al pedir la aplicación del artículo 28 inciso 2 de la ley 20.285, viene en impedir, privar o perturbar dicha garantía, sujetándose en estas normas del todo transgresoras de nuestra Carta Magna.

El artículo 19° N° 3 en su inciso quinto dispone que *“toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un proceso y una investigación racionales y justos.”* La doctrina ha venido a señalar que *“con arreglo al derecho natural y escrito, a nadie se puede juzgar sin oírsele”*² además han dicho que *“es irregular la medida disciplinaria impuesta al recurrente por no haber sido escuchado ni tener la posibilidad de defenderse”*³

² Corte Suprema, 7 de diciembre de 1918. Gaceta de los Tribunales, año 1918, segunda semana, N° 624, p. 1950.

³ Fallos de la Corte de Apelaciones de Valparaíso (13 de septiembre de 1993) y Punta Arenas (21 de septiembre de 1993) citados en Pfeffer Urquiaga, Emilio: *Constitución Política de la República de Chile. Concordancias, antecedentes y jurisprudencia (citado)*. p. 98.

Eduardo Couture resume estas ideas señalando que *"en el proceso jurisdiccional debe existir la Bilateralidad de la audiencia, con garantía de ser escuchadas ambas partes y con posibilidades eficaces de probar la verdad de sus proposiciones de hecho"*⁴; por otra parte don José Luis Cea Egaña agrega, junto a todo lo antes expuesto, la facultad, por regla general para interponer recursos para impugnar lo resuelto.⁵

2. Respecto a la gestión pendiente.

De lo anterior podemos advertir que el inciso 2 del artículo 28 de la Ley 20.285, se encuentra completamente en contra del sentido, alcance y función que tiene el debido proceso en nuestra historia jurídica. Podemos advertir que la norma que se impugna es inconstitucional, toda vez que el artículo 28 inciso segundo de la Ley de Transparencia, infringe el principio de igual protección ante la ley y los elementos del debido proceso. Lo anterior por cuanto realiza una diferencia arbitraria ante la posibilidad de recurrir, de reclamar, de ejercer las acciones legales que se estimen pertinentes, que poseen los particulares y los Órganos de la Administración del Estado.

Se hace presente que esta infracción del precepto legal impugnado a la Constitución se efectúa de dos formas: en primer lugar, la norma hace una clara distinción entre los posibles sujetos activos del reclamo y, en segundo lugar, establece una diferencia

⁴ COUTURE, Eduardo; Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1966, p. 42

⁵ CEA EGAÑA, José Luis; Tratado de la Constitución de 1980; p. 276

entre las causales de reserva o secreto de fondo que se pueden esgrimir para su interposición, todo carente de fundamento alguno.

Lo anterior genera una asimetría entre el derecho a reclamar que posee el solicitante de información y el derecho que posee el Órgano de la Administración el Estado obligado a entregar la información, como asimismo se produce una diferencia respecto de las causales por las cuales se puede reclamar.

Al respecto, cabe recordar, que el artículo 28 de la Ley 20.285 establece como regla general una legitimación para reclamar de carácter amplia. Sin embargo, la norma impugnada instituye las siguientes excepciones a esta regla: En primer lugar, mientras todo afectado puede reclamar ante la Corte de Apelaciones, el Órgano de la Administración de Estado no puede hacerlo si el Servicio negó la información requerida porque su publicidad afecta el debido cumplimiento de las funciones del órgano respectivo y, no obstante ello, el Consejo la otorga; y, en segundo lugar, mientras todos los órganos pueden reclamar por la decisión del Consejo cuando lo que se invoque es otra causal distinta a la del artículo 21 N° 1 de la Ley 20.285, no pueden hacerlo si la causal consiste en que la publicidad afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano.

Lo anterior, no parece coherente ni consistente con la garantía al debido proceso, por cuanto, si bien la Ley N° 20.285 permite interponer amparo por denegación de acceso a la información pública cuando los Órganos de la Administración del Estado han invocado la causal de secreto o reserva del artículo 21 N°1 de la Ley 20.285, como así también cuando se invocan el resto de las causales señaladas en dicho

cuerpo legal, la norma impugnada sólo limita o excluye la interposición del reclamo de ilegalidad respecto de la causal señalada, cuando el reclamo es interpuesto por el órgano administrativo (no ocurriendo lo mismo si lo interpone el solicitante de la información). En este sentido la norma no refiere ninguna razón que justifique lo anterior, esto es, por qué la Iltma. Corte de Apelaciones si puede revisar lo que el Consejo para la Transparencia en esta materia cuando el reclamo es interpuesto por el requirente de información o el tercero interesado, más no cuando lo interpone el órgano afectado.

Cabe señalar que la denegación de la entrega de la información en base a una causal de reserva o secreto relativa al hecho de que la publicidad de la misma pudiere afectar el debido cumplimiento de las funciones de los órganos de la Administración, tiene el rango de constitucional y es el órgano de la Administración que lo invocó para negar la información requerida, el único que va a velar realmente por ese bien jurídico. Más aún, si consideramos que Consejo para la Transparencia tiene por misión "*promover la transparencia*" y *garantizar el derecho de acceso a la información* (artículo 32 de la Ley N° 20.285). Lo anterior implica que este organismo claramente tiene un interés encontrado con el del Órgano de la Administración. Pero mientras la decisión del órgano es revisable, administrativa o jurisdiccionalmente, no sucede lo mismo con la decisión del Consejo para la Transparencia. La norma parte de la base que si el Consejo revocó la decisión de la Administración, que había denegado el acceso a una determinada información, esa decisión es correcta y no admite equívocos, toda vez que la margen de toda impugnación judicial, lo que claramente es cuestionable.

Lo señalado anteriormente, se ve respaldado por el hecho de que si se revisa la Historia Fidedigna de la Ley N° 20.285, se puede percatar que no existe ninguna mención acerca del fundamento de esta medida, no constatando motivo o razón alguna que justifique la existencia de esta diferencia, lo que claramente la Transforma en arbitraria.

En efecto, sólo podemos advertir en la discusión parlamentaria, lo señalado por el Honorable Diputado Sr. Jorge Burgos quien comentó⁶:

"En consecuencia, el particular, el ciudadano afectado, siempre podrá apelar ante los órganos jurisdiccionales de alguna resolución del Consejo que deniegue el acceso a la información. La Administración, en cambio, sólo puede apelar en las situaciones que se indica, salvo lo planteado en el artículo 28. Dicha disposición debe leerse en función del artículo 20. Ante alguna resolución del Consejo que otorgue la publicidad, la posibilidad de operación del órgano del Estado es mucho más restringida. En cambio, el particular, el chileno de a pie, la señora Juanita, puede apelar de todo."

Lo anterior se ve agravado por el hecho de la limitación impuesta a los Órganos de la Administración del Estado para interponer reclamo de ilegalidad, dice relación con la causal de secreto o reserva establecida en el artículo 21 N° 1 de la Ley 20.285 que señala:

"Artículo 21.- Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes:

⁶ Historia de la Ley 20.285, página 196 de 472

1. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente:

a) Si es en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito o se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales.

b) Tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sean adoptadas.

c) Tratándose de requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales.”

De acuerdo a la norma transcrita, se limita la posibilidad de reclamar cuando se ha invocado por los órganos públicos la causal de secreto o reserva que dice relación con el hecho de que la publicidad de la información solicitada afecta el “**debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido**” (énfasis agregado).

Esa limitación llama poderosamente la atención, ya que quien debe ser llamado en primera instancia para pronunciarse sobre si determinadas materias, al ser de público conocimiento, afectaran o no sus funciones, es el mismo órgano requerido. Evidentemente nadie más puede conocer de forma más directa y concreta cuáles son los antecedentes que deben quedar a su amparo o resguardo. En este sentido resulta absolutamente cuestionable que sea el Consejo para la Transparencia el

único órgano que pueda pronunciarse sobre si la reserva alegada por el organismo público, respecto de la causal que invoca, es o no procedente. Se hace presente que el Consejo para la Transparencia decide en única instancia y que su decisión no puede ser recurrida, pero sólo cuando se ha invocado esta causal y el que va a reclamar es el órgano público.

De lo antes expuesto, podemos concluir que, sin lugar a duda, los más calificados para determinar con exactitud si la información puede atentar contra sus propios fines requeridos, quienes pueden – en virtud de lo anterior- denegar la información pedida. Por lo relevante de lo anterior, es de toda lógica que, si el Consejo para la Transparencia desestima lo señalado por la respectiva repartición, exista la posibilidad de que un órgano jurisdiccional revise lo decidido.

Huelga señalar que en casos similares al de la presente acción se ha accedido a declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de actos de este tipo, por ejemplo, en la sentencia rol 6126-INA-2019 dictada por este Excmo. Tribunal que señala:

DÉCIMO OCTAVO: Que, en el escenario planteado, la norma impugnada se revela abusiva desde la perspectiva del órgano de la Administración. Lo anterior, toda vez que para aquel una decisión adversa adoptada en la vía administrativa abierta a instancias del solicitante de la información, que revierte la denegación de la información fundada en la causal del artículo 21 N° 1 de la Ley N° 20.285, deviene en inimpugnable, siendo entonces las alegaciones que el órgano Administrativo

planteó no sólo frente al solicitante sino que también frente al Consejo para la Transparencia, ponderadas de modo *definitivo* por éste.

Como puede apreciarse, la vía administrativa que se abre deviene, en aquel caso, excesivamente gravosa para el órgano de la administración, no así para el solicitante de la información, pues aquel, en caso de no conformarse con lo resuelto por el Consejo para la Transparencia puede – pese a haber discutido en sede administrativa la procedencia de la entrega de la información que finalmente se le denegó – acudir a la tutela de un órgano jurisdiccional, para discutir nuevamente respecto de la entrega de la información;

DÉCIMO NOVENO: Que, de esta suerte, el agotamiento de la vía administrativa que supone el sistema recursivo contenido en la Ley N° 20.285 está diseñado en términos tales que resulta inconstitucional por afectar el debido proceso, en tanto no existe una vía judicial abierta para el órgano de la Administración para cuestionar la decisión del Consejo, en virtud del efecto inhibitorio ya descrito, que produce naturalmente la norma impugnada.

En términos prácticos, el precepto impugnado implica que la decisión del referido Consejo se resuelve en “única instancia”, sin que exista la posibilidad de acudir a un tercero independiente e imparcial, equidistante respecto de las partes en disputa, es decir, un Tribunal de Justicia, que resuelva el conflicto de relevancia jurídica que se produce por las posiciones encontradas entre el órgano que alegó la causal del artículo 21 N° 1 de la Ley N° 20.285 – para denegar la entrega de la información – y el Consejo para la Transparencia que descarta su concurrencia, para conferir el acceso solicitado;

VIGÉSIMO: Que, igualmente, abona la inaplicabilidad de la norma al caso concreto, el hecho de que el reclamo de ilegalidad que consagra el artículo 28 de la Ley N° 20.285 permite reclamar cuando el Consejo “deniegue el acceso a la información” o cuando disponga su entrega, a pesar de la oposición del titular de la información (artículos 28 y 29).

De lo anterior se sigue que la legitimación para reclamar es amplia, ya que la ley habla del “reclamante”. Dicha legitimación se estrecha únicamente cuando “el titular de la información” es afectado en sus derechos por la entrega de la misma;

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, sin embargo, la norma impugnada establece dos excepciones a la regla general.

En primer lugar, mientras todo afectado puede reclamar ante la Corte de Apelaciones, el órgano de la Administración no puede hacerlo si el Servicio negó la información requerida porque su publicidad afecta el debido cumplimiento de las funciones del órgano respectivo y, no obstante ello, el Consejo la otorga. Hay que hacer notar que la misma norma habla de que existe “derecho a reclamar ante la Corte de Apelaciones de la resolución del Consejo”.

Luego, en cuanto a la segunda excepción, esta dice relación con la legitimación. Así, mientras todos los órganos pueden reclamar por la decisión del

Consejo cuando lo que se invoque es otra causal distinta a la del artículo 21, N° 1, de la Ley N° 20.285, no pueden hacerlo si la causal consiste en que la publicidad afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano;

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, la exclusión antedicha, a juicio de este Tribunal, no parece coherente ni consistente.

Lo anterior, pues la causal para fundar dicha exclusión, esto es, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de los órganos de la Administración, tiene – según se ha visto - rango constitucional. Allí hay, entonces, un interés que la Constitución considera digno de protección al momento de consagrarlo como un límite a la transparencia.

El precepto impugnado, de contrario, revela una sospecha de mal uso de dicha causal, que resuelve el Consejo, sin ulterior revisión. En este sentido, mientras las decisiones del órgano de la Administración son revisadas por el Consejo y/o los tribunales, la norma impugnada inhibe la revisión judicial de una decisión del Consejo que revoca la negativa de la Administración a entregar la información y accede a ella;

VIGÉSIMO TERCERO: Que, igualmente, en relación a la incoherencia e inconsistencia aludida en el considerando precedente, no escapa a este Tribunal que el órgano de la Administración que lo invocó para negar la información requerida es el único que velará por ese bien jurídico de rango constitucional.

No ha de perderse de vista que Consejo para la Transparencia tiene por misión “promover la transparencia” y “garantizar el derecho de acceso a la información” (artículo 32 de la Ley N° 20.285), de modo que tiene un interés encontrado con el del órgano de la Administración.

Lo grave del diseño descrito es que mientras la decisión del órgano de la Administración es revisable - administrativa o jurisdiccionalmente – ello no acontece con la decisión del Consejo. Ello es lo que pretende el Consejo para la Transparencia, pues como aparece de su informe en la gestión pendiente, la “ltma. Corte no tiene competencia para conocer de dicha causal, **pues a este respecto basta la ponderación que efectúa este Consejo**”.

El precepto impugnado, en definitiva, parte de la base de que si el Consejo revocó la decisión de la Administración - que había denegado el acceso a una determinada información - esa decisión es correcta y no admite equívocos, toda vez que la margina de toda impugnación judicial, dejándola entonces exenta de control por tercero ajeno a las partes;

Lo anterior, se torna aún más grave teniendo en cuenta la abundante jurisprudencia que ha emanado de este Excmo. Tribunal en torno a señalar que existe abundante debido proceso cuando las personas pueden hacer valer sus derechos, alegaciones y defensas debidamente en un juicio, como señala la causa Rol N° 1411-2009-INA en su considerando séptimo.

Lo antes expuesto deja en claro que privar un servicio público del derecho de impugnar una decisión del Consejo para la Transparencia, cuando se da la Hipótesis del caso en comento, se encuentra alejado de los estándares de constitucionalidad, resultando el artículo 28 inciso 2 de la Ley 20.285, una carga abusiva y un gravamen para este servicio, que sólo con la declaración de inconstitucionalidad vuestro Excmo. Tribunal puede subsanar.

POR TANTO; en virtud de lo expuesto, y lo dispuesto en los artículos 5°, 6°, 19° N° 3, 76 y 93 N° 6 e inciso 11° de la Constitución Política de la República,

A V.S. EXCMO. TRIBUNAL SOLICITO: se sirva tener por interpuesto este requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, se acoja a tramitación y, en definitiva, se declare la inaplicabilidad del artículo 28 inciso 2° de la ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, en virtud del cual no se permite a este órgano público interponer reclamo de ilegalidad por la decisión de amparo emanada del Consejo para la Transparencia, específicamente en la causa Rol N° 464-2020 tramitado actualmente en la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, por ser contrario al artículo 19N° 3 de la Constitución Política de la República.

PRIMER OTROSÍ: sírvase SS.EXCMA., de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93 N° 6 e inc. 11° de la Constitución Política de la República y el artículo 38 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional (Ley N° 17.997), disponer la suspensión del procedimiento con carácter urgente a la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, a fin de que se abstenga de continuar con la prosecución del procedimiento en los autos Rol de ingreso **464-2020**, caratulado "**ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE MAIPU con CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA**", hasta que se resuelva el requerimiento de inaplicabilidad, se comunique ello por vía más rápida y expedita, que se encuentra autorizada. Se hace necesario, inminente y urgente proceder en forma rápida por SS Excma., dado que existe el riesgo inminente que se proceda a aplicar estas normas claramente inconstitucionales y, por otra parte, los autos se encuentran en relación, lo que podría ser fallado en cualquier momento lo hace inminente suspender la tramitación por SS Excma. antes que se apliquen dichas normas.

SEGUNDO OTROSÍ: Sírvase US. Excmo. Tener por acompañados, los siguientes documentos que dan cuenta del estado de tramitación de la causa Rol de ingreso **464-2020**, caratulado "**ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE MAIPU con CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA**", ante la Iltma Corte de Apelaciones de Santiago, en virtud de lo establecido en el artículo 79 de la Ley 17.997:

- 1.- Certificación de la Ilustre Corte de Apelaciones de Santiago, que da cuenta del estado de tramitación de la causa Rol de ingreso **464-2020**, caratulado "**ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE MAIPU con CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA**".
- 2.- Decisión del Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia, de fecha 8 de junio de 2020, recaída en ROL C3074-20.
- 3.- Resolución que declara admisible el recurso **464-2020**.
- 4.- Resolución que pasa los autos en relación del recurso **464-2020**
- 5.- Decreto Alcaldicio N° 1611, de fecha 01 de junio de 2020, que nombra en calidad de titular a don Jan Aeschlimann Meuli, en el cargo de Director de Asesoría Jurídica de la I. Municipalidad de Maipú
- 6.- Que a objeto de acreditar lo señalado en lo principal de esta presentación, solicito a US. ILTMA., sirva tener por acompañada copia simple de escritura pública de mandato judicial otorgada ante el notario público don Raimundo Espinoza Wood, de la 1º Notaría de Maipú, Santiago, de fecha 04 de junio de 2020, en donde consta mi personaría para actuar a nombre de la Ilustre Municipalidad de Maipú.

TERCER OTROSÍ: Ruego a US. EXCMA., tener presente que mi parte propone que todas las resoluciones judiciales, actuaciones y diligencias sean notificadas vía correo electrónico a las casillas de correo electrónico de jan.aeschlimann@maipu.cl mlobosg@maipu.cl faguayov@maipu.cl gaston.maza@maipu.cl transparencia@maipu.cl por ser ésta suficientemente eficaz y no causar indefensión.

POR TANTO,

RUEGO A US. EXCMA, tenerlo presente.

CUARTO OTROSÍ: Ruego a US. EXCMA. Se sirva tener presente que, en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, asumo personalmente el patrocinio y poder en esta causa, designando domicilio en Av. Primera Transversal N°1940, segundo piso, comuna de Maipú.

POR TANTO,

RUEGO A US. EXCMA, tenerlo presente.

gmq