

PROYECTO DE LEY SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN 2.0

Boletín N° 12100 -07

Julio de 2020

El proyecto de ley presentado por el ejecutivo el 12 de septiembre de 2018, busca perfeccionar la “Ley de Transparencia a la luz de la experiencia derivada de su aplicación, así como de la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia y los Tribunales de Justicia”.

El proyecto se encuentra en segundo trámite constitucional en el Senado por lo que esta minuta toma en consideración los cambios que se efectuaron en la Cámara de Origen.

I. CONTENIDOS RELEVANTES

El proyecto en discusión aborda las siguientes modificaciones:

1. Extensión del ámbito de aplicación de la ley de transparencia a otros sujetos como: corporaciones y asociaciones municipales, Congreso Nacional Tribunal Constitucional, Ministerio Público, Contraloría General de la República, Banco Central, Servicio Electoral, Tribunal Calificador de elecciones y la Corporación Administrativa del Poder Judicial.
2. Dos nuevas obligaciones de transparencia activa: a) remuneraciones personal Código del Trabajo, y b) lista de materias consultados último mes.
3. Obligaciones de transparencia fiscal.
4. Mejora al mecanismo y procedimiento de ejercicio del derecho de acceso a la información.
5. Incorpora obligación de realizar cuenta pública anual participativa del Consejo para la Transparencia.
6. Modificación al sistema sancionatorio.
7. Creación de un portal de transparencia del Estado.
8. Creación de la División de Integridad Pública y Transparencia en MINSEGPRES.

- Otorga la facultad a la Contraloría General de la República para acceder a cuentas bancarias institucionales de servicios públicos.

II. MODIFICACIONES PROPUESTAS POR ÁREA DE CONTENIDOS

1. Extensión del ámbito de aplicación de la ley de transparencia a otros sujetos

El proyecto propone incorporar como sujetos obligados y con plena aplicación de la ley de acceso a la información a los siguientes organismos:

- Corporaciones y asociaciones municipales,
- Congreso Nacional,
- Tribunal Constitucional,
- Ministerio Público,
- Contraloría General de la República,
- Banco Central, Servicio Electoral,
- Tribunal Calificador de elecciones,
- Corporación Administrativa del Poder Judicial y
- Personas jurídicas sin fines de lucro.

Lo hace por medio de la modificación a la ley orgánica constitucional respectiva de cada institución antes señalada por medio de:

2. Nuevas obligaciones de transparencia activa

Se incorpora en el Artículo 7 la obligación de:

- El personal sujeto a Código del Trabajo y sus remuneraciones.
- Listado de las materias respecto de las cuales se hicieron solicitudes de acceso a la información durante el mes anterior y los actos administrativos que accedieron a su entrega.

3. Obligaciones en materia de transparencia fiscal (art. 7 bis)

Todos los sujetos obligados deberán publicar la siguiente información en sus sitios web:

- a) Supuestos y previsiones económicas,
- b) Estado de situación financiera.
- c) Estado de resultados integrales.
- d) Estado de cambios en el patrimonio neto.
- e) Estado de flujo de efectivo.
- f) Créditos fiscales.
- g) Pasivos y activos financieros.
- h) Activos no financieros.
- i) Pasivos contingentes.

4. Mejora al mecanismo y procedimiento de ejercicio del derecho de acceso a la información

Se incorporan modificaciones a los principios, formalidades de las solicitudes, a los plazos y mecanismos, entre ellos:

- Se incorpora el principio de lenguaje claro, que busca que la información sea entregada de forma sencilla y en un lenguaje entendible por cualquier persona.
- Incorpora el requisito de señalar el número de cédula de identidad del solicitante.
- Incorpora la causal de “ofensiva, manifiestamente improcedente, incluyera acusaciones de cualquier tipo de juicio de valor respecto de las actuaciones de los órganos de la Administración” como situaciones que pueden generar un proceso de subsanación.
- Amplía el plazo de derivación entre organismos públicos “de inmediato” a 5 días hábiles.
- En caso de datos personales, en que el solicitante sea el titular de los datos, se explicita la obligación de entregarlos.
- Amplía el plazo para la notificación de terceros de 2 a 5 días y genera la posibilidad de omitir la notificación en caso de información secreta o reserva y cuando la información recaiga sobre un elevado número de personas.
- Amplía el plazo para presentar reclamo de 15 a 20 días.
- Hace obligatorio el uso del sistema anticipado de resolución de controversias.

5. Modificaciones al Consejo para la Transparencia

El proyecto de ley propone:

- Obligación de dar cuenta pública participativa a la ciudadanía una vez al año.
- Creación de un Consejo de la sociedad civil de carácter consultivo.

6. Modificación al sistema sancionatorio

- Modifica el actual sistema de sanciones que consiste en multa de 20% a 50% de la remuneración de la autoridad o jefatura a “censura o multa de hasta un 50% de su remuneración”.

7. Creación una Comisión de coordinación de la Ley de Transparencia

Tendrá un carácter permanente y consultivo.

- *Función:* fortalecimiento y buen funcionamiento del sistema de transparencia.
- *Integrantes (6):* representantes del Consejo para la Transparencia, Presidencia de la República, Senado, Cámara de Diputados, Poder Judicial, Contraloría General de la República.
- *Funcionamiento:* Sesionara de forma trimestral de forma ordinaria y de forma extraordinaria a requerimiento de tres de sus integrantes. Contará con un secretario ejecutivo, quien será también secretario de actas.

8. Portal de transparencia del Estado

Con la idea de facilitar el cumplimiento de los órganos del Estado, se propone:

- Crear un Portal de Transparencia del Estado, para cumplir con las obligaciones de transparencia activa y la gestión de las solicitudes de acceso a la información.
- Organismos autónomos estarán obligados a utilizar las herramientas de este portal y a interoperar con éste.
- El Consejo para la Transparencia será el responsable del desarrollo tecnológico y administración del portal.

9. División de Integridad Pública y Transparencia abierto en MINSEGPRES

- Crea la División de integridad pública y transparencia en el Ministerio Secretaría General de la Presidencia con la función de elaborar, promover e implementar medidas en los ámbitos de su competencia; así como la promoción e implementación de legislación y medidas administrativas referidas a integridad, probidad y transparencia, servir de instancia de coordinación a las oficinas de atención ciudadana en los órganos de la administración.

10. Facultad a la Contraloría General de la República para acceder a cuentas bancarias institucionales

- La Contraloría podrá acceder a las operaciones bancarias sujetas a reserva o secreto de todos órganos de la Administración del Estado bajo su control.

III. ASPECTOS CRÍTICOS DEL PROYECTO DE LEY

A pesar de los avances que significan las modificaciones propuestas en algunas materias, existen áreas en que el proyecto de ley que se tornan críticos, como:

a) **Sistema de tutela del derecho de acceso a la información**: El modelo propuesto que busca concentrar la labor del Consejo para la Transparencia en los organismos de la Administración del Estado, pero sin hacer modificaciones sustanciales a los mecanismos de revisión de las denegaciones de acceso a la información en órganos en que el Consejo para la Transparencia no tiene competencia, como el Senado, la Cámara de Diputados o el Poder Judicial. Entidades que se caracterizan por tener un sistema de tutela en que son “juez y parte,” ya que la función revisora de segunda instancia no cuenta con la debida independencia del tomador de decisión original, no asegurando una segunda visión autónoma en la resolución del conflicto de acceso a la información.

b) **Obligaciones de transparencia activa**: El proyecto es conservador, utilizando la vieja nomenclatura de transparencia activa, así se amplían las obligaciones incorporando la nómina y remuneración de empleados por Código del Trabajo y generando una lista mensual de los temas consultados por solicitud de acceso, además de incorporar información presupuestaria.

La propuesta no aporta a entregar información útil para el ciudadano, más bien debiese migrarse a un sistema de transparencia focalizada en donde todas las instituciones publican información base transversal (organigrama, funciones, marco normativo, personal, etc.) sumado a un catálogo focalizado por sector, que debe determinar el organismo garante correspondiente (Consejo para la Transparencia o Dirección ad hoc), de acuerdo a los intereses de la ciudadanía y/o la información más solicitada. Estos catálogos de información de transparencia focalizada sugerimos se revisen periódicamente tomando en cuenta las necesidades de los usuarios y así fomentando su uso y utilidad real.

c) *Mejoras al procedimiento y mecanismos de ejercicio del derecho de acceso*: el proyecto de ley enfoca los esfuerzos en mejorar el procedimiento administrativo del acceso a la información, particularmente ampliando los plazos de procedimiento interno para notificación de tercero y subsanación, ampliando el plazo de 15 a 20 días para presentar reclamos por incumplimiento. Se incorpora un requisito adicional, el número de cédula de identidad, cuando la información solicitada contenga información de carácter personal, lo que representa una regresión en el ejercicio del derecho de acceso, al obligar incorporar un dato personal que permite la identificación del solicitante lo que puede convertirse en una barrera y que además pone una piedra de tope, a que es una de las principales ventajas de la ley chilena, la posibilidad de mantener el anonimato y utilizar el derecho de acceso a la información como un instrumento de fiscalización libre de represalias.

Por otra parte, el proyecto de ley no hace modificaciones a los plazos para dar respuesta a las solicitudes de acceso, el que debería bajar de 20 a 10 días de acuerdo a las recomendaciones internacionales y a los avances de la técnica que sean producido en esta década.

d) *Sujetos obligados personas jurídicas sin fines lucro*: Se busca ampliar los sujetos obligados incorporando instituciones que están fuera del ámbito propiamente estatal (extra estatales) que reciben fondos públicos, en el caso que se generen dos circunstancias concomitantes, a **saber: i) que el estado haya realizado transferencias iguales o superior a 1.500 UTM, y ii) que esto represente, al menos, un tercio de su presupuesto anual**. Sin embargo, esta restricción es insuficiente en relación a las tendencias internacionales. Las tendencias avanzan hacia generar obligaciones a todas aquellas personas jurídicas de derecho privado, sean o no con fines de lucro, ya que reciban fondos públicos, o que cumplan funciones de interés público, entendiendo interés público como aquellas materias o áreas de gestión que debiesen ser resueltas en decisiones políticas gubernamentales, en cualquiera de los niveles de organización política administrativa, legislativa o judicial, que buscan satisfacer el máximo interés de la comunidad, así bajo esta definición se incorporan por ejemplo empresas que actúan en condiciones de monopolios naturales regulados (como las empresas de distribución eléctrica o de agua, fundaciones o corporaciones que participan activamente en el debate público como gremios y sindicatos.

e) *Portal de Transparencia del Estado*: el proyecto de ley busca crear un nuevo portal de transparencia del Estado, que cumpla la misma función del actual. Más bien debiese mantenerse el portal actual, sin la necesidad de realizar una nueva reinversión, cuando ya existe un portal que ha sido financiado, al menos, tres veces en los últimos años.

f) *Ausencia de revisión del sistema de nombramiento, gobierno y organización del Consejo para la Transparencia*: No se considera perfeccionar el sistema de nombramiento, clarificar

los mecanismos de gobierno interno, ni establecer autonomía en el funcionamiento orgánico del Consejo para la Transparencia, así como tampoco se mejora el sistema de remoción. El mecanismo actual de nombramiento, requiere la propuesta del Presidente de la República y la aprobación del Senado, sin existir la exigencia requisitos técnicos, trayectoria profesional o competencias particulares para el desempeño del cargo de Consejero, dejando el acuerdo a una mera acción política, sin ponderar, por norma, las características y atribuciones de los candidatos para ejercer un cargo público destinado a resolver controversias en el ejercicio de un derecho. Por otro lado, el ejercicio del cargo de Consejero, no tiene dedicación exclusiva y sólo se le aplican algunas inhabilidades (Art. 37) promoviendo la libertad profesional de quien ocupa el cargo, generando en la práctica un sin número de abstenciones frente a decisiones que el órgano directivo debe tomar y dejando la decisión a una mayoría de dos consejeros.

En la anterior presidencia del Consejo para la Transparencia ello generó una crisis y ha manifestado una tensión práctica entre las decisiones que puede adoptar el Consejo Directivo y las funciones que le corresponde al Director General de la institución¹. Generando problemas de funcionamiento interno, desvío del fin público en el ejercicio de las funciones institucionales e imposibilidad para los ciudadanos del ejercicio del derecho de acceso a la información.

Lo anterior, a modo ejemplar, se ve reflejado en algunas de las actas de sesión del Consejo Directivo del Consejo para la transparencia que a continuación se señalan.

Nº ACTA	FECHA	CONTENIDO
1079	3 marzo 2020	Irregularidades en la remoción y nombramiento del personal. Intromisión en la vida privada del personal de parte de las jefaturas, que a juicio de los representantes del personal pudieran ser constitutivas de acoso laboral.
1096	12 mayo 2020	Dilación en la aprobación y publicación de las actas de decisiones y creación de cargos con designación que no se ajusta al proceso concursal e incumplimientos en materia de ley Nº 20.730.
1097	18 mayo 2020	Notificación de denuncia ante Contraloría General de la República por falta grave al principio de probidad, tráfico de influencias y uso de recursos públicos en Consejero y personal de la entidad.

¹ 2018 – 2020

1108	23 junio 2020	Falta de aprobación de actas por parte de un Consejero.
------	---------------	---

Sumado a lo que consta en actas escritas, existen actualmente serias acusaciones de faltas a la probidad que se encuentran en sede Contralora, así como una investigación por el delito de prevaricación en sede judicial y una investigación sumaria finalizada en el seno del mismo Consejo para la Transparencia.

Además, resulta dañino para el sistema que un Consejero al dejar la presidencia renuncie a sabiendas de las condiciones en que este acepto el cargo y que personas sin ningún tipo de expertis en las materias que les son propias y que incluso realizaban actividades de lobby ante organismos de la Administración puedan llegar al Consejo Directivo sin un previo filtro más allá que el político partidario.

Proponemos que se incluya un filtro técnico y que se le entregue al Presidente de la República una lista corta de candidatos que hayan pasado pruebas técnicas y que tengan una experiencia práctica de al menos 5 años en materias de acceso a la información, protección de datos personales o ambas. Luego en el Senado proponemos que se puedan hacer audiencias públicas donde se acepten preguntas por parte de organismos de la sociedad civil, por otra parte proponemos existen inhabilidades a aquellos que hayan realizado gestiones calificadas como Lobby ante organismos de la administración, hayan sido sancionados por infracción a normas de transparencia o de protección de datos personales entre otros.

g) *Uso del recurso de queja para la creación de una segunda instancia judicial*: Actualmente la ley N° 20.285 establece que el mecanismo de alegación en contra de las resoluciones del Consejo para la Transparencia, se realiza por medio de un Reclamo de Ilegalidad ante la Corte de Apelaciones respectiva. Sin embargo, en la práctica jurídica los litigantes hacen uso del recurso de queja, creando de facto una instancia apelatoria a la decisión que toma la Corte y dilatando así el proceso judicial. Cabe hacer presente, que el objetivo del mecanismo de queja, es revisar un acto jurídico procesal, ante un tribunal superior, por “las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional” (Art. 545 COT), en otras palabras representa un procedimiento disciplinario en contra del juez o los jueces que dictaron un proceso. En este sentido, es necesario limitar, el uso del recurso de queja a cuestiones de forma procesal que puedan haber afectado la resolución de la Corte, sin poder pronunciarse del fondo de la resolución adoptada en casos relacionados a acceso a la información pública.

IV. COMENTARIOS FINALES

Desde la entrada en vigencia de la Ley N° 20.285 sobre acceso a la información pública en 2009, en base a un trabajo arduo y lento, se ha instalado una cultura de transparencia en la mayoría de los organismos del Estado. Pero junto a ello, el principio de transparencia se ha convertido en una herramienta útil para ciudadanos que quieren conocer aspectos relevantes de la gestión pública y para otros más activos que buscan hacerse co-responsables de la gestión de los asuntos públicos y encuentran en la ley de acceso su principal herramienta de fiscalización e involucramiento.

El proyecto de ley, lamentablemente, no pone el foco en el solicitante o consumidor de información pública, es este actor el que debiese ser el principal foco de preocupación de la labor estatal.

Por otra parte, no logra generar una visión sistémica de los problemas prácticos que tiene el ejercicio de este derecho, que se resumen en los diversos y confusos canales de acceso para el ciudadano para lograr ejercerlo y las diferencias de criterio en la resolución de controversias entre organismos garantes, ni menos logra armonizar normas que podrían limitar el pleno ejercicio de este derecho como la protección de datos personales, lo que se lograría de mejor forma con la consagración del Derecho de Acceso a la Información como una garantía constitucional.