

Minuta legal

Aplicaciones de la ley de transparencia al CNTV

Fecha 22 de mayo de 2022 | *Destinatario* Consejo CNTV

ANTECEDENTES

Se ha consultado por el alcance de la ley 20.285 de Transparencia y acceso a la información pública en relación a las grabaciones de audio de las sesiones del Consejo del CNTV, como respaldo de lo dicho y actuado en dicha instancia.

Al efecto debe tenerse presente que por expreso mandato del art. 1 de la Ley 18.838, que Crea el CNTV, a este organismo público se le aplica la Ley sobre Acceso a la Información Pública (“Ley de Transparencia”).

Análisis legal

Si bien el Consejo para la Transparencia nunca se ha pronunciado sobre el uso de grabaciones en el CNTV, sí lo ha hecho respecto de otros entes autónomos con personalidad jurídica y patrimonio propio creados por la Constitución, como son las Municipalidades (“Las municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público”. Mientras el CNTV es creado en el artículo 19 N° 1, las corporaciones municipales son creadas en el art 118 de la Constitución.

Respecto de las municipalidades, el Consejo a sostenido que **“los audios de las sesiones son públicos”** por tratarse de registros que, únicamente, **dan cuenta del ejercicio de sus funciones públicas, la que debe ejercerse con probidad y transparencia**, lo que conlleva el cumplimiento de una obligación, elevada a rango constitucional, de transparentar las actuaciones” (ROL C3752-20, que reitera lo resuelto en causas roles C109-10, C756-10, C238-11, C1063-13, C1764-16, C3084-19 y C5900-19).

La probidad es un principio que obliga a los Consejeros, pues el art. 2° de la Ley 18.838 dice que “Será aplicable a todos los funcionarios y Consejeros del Consejo Nacional de Televisión el **principio de probidad administrativa** que establece el artículo 52 (...) de la ley N° 18.575”, que señala que *“El principio de la probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular.”*

Dentro del cumplimiento del principio de probidad cabría el de cumplimiento estricto de la normativa en general y la de transparencia, que encuentra su fundamento también en la

Constitución, en el art. 8 actualmente vigente. Al respecto es relevante traer a colación lo previsto por este artículo, que dispone lo siguiente:

“Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.”

Analizada la ley 18.838, orgánica del Consejo para la Transparencia podemos señalar lo siguiente:

- a) No contiene ninguna norma que establezca el secreto de los actos del consejo.
- b) No se prevé una condición que establezca que la publicidad afecte el debido cumplimiento de las funciones de este órgano.

Conforme se ha resuelto de manera consistente, ambos requisitos deben concurrir de manera copulativa (ej. S.I.C.Puerto Montt, Rol: 37-2020)

Si los actos del Consejo fueran reservados o secretos debiera ser esta ley la que considere esta condición, pero el artículo 1 de esta ley dispone lo contrario, cuando en su artículo 1° sujeta al CNTV a las disposiciones de la ley 20.285.

En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema, que en autos rol 46478-2016 ha señalado expresamente que el secreto es la excepción y, para que sea legal invocarlo es necesario que esté **consignado expresamente en la ley** y la ley del CNTV **no contempla hipótesis** de secreto o reserva.

En ese mismo sentido, el Consejo para la Transparencia ha dicho en causa ROL C98-11 que “las causales de reserva o secreto deben ser interpretadas de manera estricta, toda vez que limitan siempre un derecho fundamental, por lo que cuando se invocan corresponde que justifique su concurrencia quien la alega”.

Alcance de la obligación de transparencia

La respuesta a esta pregunta la da, en primer lugar, la propia constitución, en los términos siguientes: *“Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen.*

Luego, según los artículos 5 inc. 2º, y 10 de la Ley de Transparencia, se considera información pública toda aquella que obre en poder de los órganos de la Administración del Estado, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, además de aquella contenida en "actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a **toda información elaborada con presupuesto público.**

Al respecto, la Corte Suprema ha sostenido , en autos Rol N° 15.138-2015 y N° 17.310-2019, que el hecho que: "(...) la Constitución Política asegura el derecho de acceso a la información pública como una manifestación de la libertad de información (artículo 19 N° 12), el que se encuentra reconocido en la Carta Fundamental aunque no en forma explícita- como un mecanismo esencial para la plena vigencia del régimen democrático y de la indispensable asunción de responsabilidades, unida a la consiguiente rendición de cuentas que éste supone por parte de los órganos del Estado hacia la ciudadanía, sin perjuicio de que representa además un efectivo medio para el adecuado ejercicio y defensa de los derechos fundamentales de las personas. Tal preceptiva, que sin distinción obliga a todos los órganos del Estado, exige de éstos que den a conocer sus actos decisorios -tanto en sus contenidos y fundamentos- y que obren con la mayor transparencia posible en los procedimientos a su cargo, lo que se relaciona justamente con el derecho de las personas a ser informadas”.

Es así como, siendo la reserva la excepción, la Corte Suprema ha resuelto que "se tiene que demostrar (...) que su divulgación genera o que podrá generar un daño específico al valor jurídicamente protegido, relativo al interés comercial o económico, debiendo ser desestimada la alegación que propugna la reserva si nada de aquello que nominalmente se sostiene se plasma en la materialidad de lo que se pretende publicitar, requiriéndose prueba por quien aspira a hacer excepción a la regla que tiende a la mayor publicidad posible acerca del daño sustancial a la posición competitiva del titular de la información, v. gr., acerca de la competencia actual y la posibilidad de daño competitivo sustancial, nada de lo cual fue acreditado en estos autos, de manera que mal puede alegarse una actual o potencial disminución patrimonial si elemento alguno acerca de aquello fue ofrecido por los interesados en la mantención de la reserva" (Rol N° 49.981-2016)

Responsabilidad por el cumplimiento de la normativa en CNTV

Conforme a la ley, al Presidente del CNTV le corresponde la representación judicial y extrajudicial del Consejo. Asimismo, es el/la responsable del cumplimiento de las leyes por parte del CNTV. En este sentido, a la actual presidenta del CNTV le corresponde implementar en todos sus aspectos la ley de transparencia y acceso a la información pública, lo que incluye disponer las medidas para que, una vez adoptados los acuerdos, se cumpla a cabalidad con los principios y normas de la ley 20.285.

Ejemplos de implementación en otros organismos autónomos

En efecto, existen instituciones que **utilizan grabaciones de audio para los efectos de crear las actas, y regulan incluso su destrucción**, como es el caso de la Municipalidad de Vitacura (ROL C756-10 del Consejo para la Transparencia). También es lo que ocurre con las deliberaciones del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes (ROL C98-11 del Consejo para la Transparencia).

Al respecto el Consejo para la transparencia ha resuelto que *“al invocar la causal del artículo 21 N° 1 letra b), debió acreditar que el documento requerido es una de las deliberaciones previas que debe tener en cuenta al adoptar una decisión y que la publicidad o divulgación de ella afecta el debido cumplimiento de las funciones del órgano.”*

En este mismo sentido, el Consejo para la Transparencia, en decisión amparos roles c1063-20 y c1064-20 ha señalado que “en relación a la causal de secreto o reserva prevista en el artículo 21 N° 1, letra b), de la Ley de Transparencia que fuere alegada por el órgano requerido en relación a las solicitudes presentada por la requirente en el marco del proceso de elección consultado, cabe hacer presente que, se podrá denegar total o parcialmente lo requerido, cuando la divulgación de lo pedido afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano, particularmente 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. Además, según lo previsto en el artículo 7 N° 1, letra b), del Reglamento de la Ley de Transparencia, se entiende por antecedentes todos aquellos que informan la adopción de una resolución, medida o política, y por deliberaciones, las consideraciones formuladas para la adopción de las mismas, que consten, entre otros, en discusiones, informes, minutas u oficios.”

De ello se deduce que no basta las actas en que se contiene la decisión para dar por cumplida la obligación de que la decisión final contenga todos los antecedentes en que se funda el acto administrativo de que se trate.

Es cuanto podemos informar.

División Jurídica