

Santiago, siete de octubre de dos mil diez.

Vistos y teniendo presente:

1°.- Que, a fs. 7, la Fundación Futuro, representada por los señores Santiago Valdés Gutiérrez y Nicolás Noguera Correa, ambos ingenieros, todos domiciliados en Santiago, comuna de Las Condes, Apoquindo N° 3.000, piso 19, interpone reclamo –en conformidad a lo dispuesto por el artículo 28 de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública- en contra de la Decisión Amparo Rol A309-09, emitida por el Consejo para la Transparencia, representado por don Raúl Ferrada Carrasco, ambos de este domicilio, a fin de que esta Corte deje sin efecto dicho acto administrativo.

Aceptado a tramitación el reclamo, se dio traslado al Consejo para la Transparencia y al tercer interesado, doña Francisca Skoknic Galdames; y, evacuados sus informes, se trajeron los autos en relación.

2°.- Que, exponiendo los antecedentes preliminares del reclamo, el libelo de la Fundación Futuro señala que la señora Skoknic solicitó al Ministerio de Justicia le diera acceso a diversa documentación que aquella había entregado a esta Secretaría de Estado, la cual denegó la solicitud una vez que la Fundación se opusiera a ella por diversas razones fundadas que detalla en dicho escrito; lo que motivó que la señora Skoknic recurriera de amparo ante el Consejo para la Transparencia, que tramitó dicho arbitrio dando traslado al Ministerio y a la Fundación, resolviendo, previo realizar una audiencia pública en la que participaron todos los interesados, acoger el amparo y ordenar al Ministerio dar a conocer a la solicitante la información requerida, dentro de un cierto plazo, contado desde que quedara ejecutoriada su resolución.

3°.- Que la información solicitada por la señora Skoknic consiste en las memorias, balances y actas de directorio de la Fundación Futuro entre los años 1994 y 2008; que tal documentación la recibió el Ministerio de Justicia directamente de la Fundación y que actualmente ella se encuentra en custodia en esta Corte, remitida por el Consejo para la Transparencia, que la recibió de dicho Ministerio durante la tramitación del amparo.

4°.- Que, tal como lo consigna en su fundamento 2) la sentencia que es motivo de la presente reclamación, el artículo 36 del Decreto N° 110/1979 – que contiene el reglamento sobre concesión de personalidad jurídica a corporaciones y fundaciones que indica- dispone que le corresponderá al Ministerio de Justicia supervigilar a las corporaciones y fundaciones a que se refiere el reglamento, pudiendo, en ejercicio de esa facultad, requerir a esas entidades para que presenten a su consideración las actas de las asambleas, las cuentas y memorias aprobadas, libros de contabilidad, de inventarios y remuneraciones y toda clase de informes que se refieran a sus actividades, fijándoles un plazo para ello. Si ello no se cumpliera, puede el señor Subsecretario adoptar las medidas necesarias para solucionar el problema o las irregularidades que se detecten; pudiendo incluso llegarse a la cancelación de la personalidad jurídica.

5°.- Que de lo anterior se ha inferido, tanto por la solicitante como por el Consejo, que la documentación en referencia llegó a poder del Ministerio de Justicia como consecuencia de haber hecho uso esta autoridad de la facultad indicada más arriba y, además, porque se la ha utilizado o se la ha tenido en cuenta para el ejercicio efectivo de la labor supervisora. Pero, en rigor, no se ha acreditado la existencia de una instrucción general que obligue a las entidades sin fines de lucro a presentar esa u otra documentación en alguna

forma o período determinado, así como tampoco que se haya instruido en tal sentido particularmente a la Fundación Futuro.

6°.- Que, en cuanto al fondo del asunto, cabe consignar que la Fundación Futuro se opone a la entrega de la información mencionada – memorias, balances y actas de reuniones de directorio- por las siguientes razones que se enuncian de manera resumida:

a.- La Fundación es una persona jurídica de derecho privado sin fines de lucro;

b.- La información que entregó al Ministerio tiene carácter privado, al no haber sido elaborada con fondos públicos ni encontrarse en actos o instrumentos indicados en la ley;

c.- Puede darse a esa información un uso incorrecto o inescrupuloso, lo que afectaría negativamente el funcionamiento normal de la institución; y,

d.- se vulneraría el derecho de libre asociación consagrado en la Carta Fundamental.

7°.- Que el Consejo para la Transparencia acogió el Amparo por Denegación de acceso a la Información, fundamentalmente, porque consideró que, conforme a lo dispuesto por el artículo 5° de la Ley de Transparencia, la información que obra en poder de los órganos de la Administración del Estado es pública, salvo las excepciones legales que se contienen en el artículo 21 de la misma ley, de las cuales la Fundación esgrimió –como causal de secreto o reserva- la del N° 2 de esa norma, esto es, que la divulgación de la información podría afectar sus derechos.

A su vez, desestimó la causal de reserva esgrimida porque consideró que tratándose de una fundación sin fines de lucro, el conocimiento de la información requerida no puede afectar sus derechos económicos, pues no existe un riesgo de pérdida de competitividad frente a otros actores del

mercado, desde que la Fundación Futuro no está en competencia con terceros por su naturaleza; y porque el posible peligro de perjuicio para los beneficiarios de la Fundación, por el eventual uso inescrupuloso de la información, no ha sido justificado, debiendo esperarse, frente a una cuestión futura e incierta, el debate público y académico que ella puede suscitar, en el evento de suscitarse.

En cuanto a la colisión, que según la Fundación se produciría entre la entrega de la información y el ejercicio del derecho de asociación, fue también desestimada por el Consejo, por encontrarla carente de fundamento.

8°.- Que si bien la lectura del artículo 5° de la Ley de Transparencia, ya reseñado, permite concluir, en un primer análisis, que la información que está en poder de los órganos del Estado es pública, a menos que exista una causal específica de reserva, tal afirmación necesita, en opinión de estos sentenciadores, matizarse en función de la naturaleza, origen y destino de la información que está en poder del Estado, pues parece evidente que no toda merece el mismo tratamiento, en el marco del sentido propio de esa normativa.

Así, por ejemplo, no es lo mismo lo que sucede con la información producida por el Estado, incluso en sus labores de fiscalización, que aquella recibida por algún organismo en procesos de concurso, en que se puedan –o deban- entregar datos personalísimos; lo que ilustra la diferencia que se quiere resaltar, sin perjuicio de la concurrencia de alguna causal de reserva consagrada por la ley.

9°.- Que, así las cosas, parece evidente que la información relativa a las memorias y balances de una entidad sin fines de lucro sometida a la supervisión de la autoridad –en concreto, la Fundación Futuro- es siempre necesaria para el adecuado ejercicio de esta función pública, porque da –o debería dar- cuenta sistemática, periódica y rigurosa de la labor de la

institución fiscalizada; sin que suceda lo mismo con las actas de su directorio o asamblea, que dan cuenta de etapas deliberativas o resolutivas propias de la vida del ente colectivo que no necesitan ser conocidos por la autoridad, a menos que se trate de algunas específicas –como podría ser la de reforma de estatutos o de constitución de poderes-, que debieran estar consignadas en algún ordenamiento objetivo y general, o cuya entrega haya sido ordenada en el ejercicio de la actividad fiscalizadora, a propósito de alguna irregularidad.

10°.- Que, por lo dicho, no es posible aceptar, de manera lisa y llana, que toda información proveniente de particulares, que está en poder del Estado, sea obligadamente pública, a menos que se configure alguna de las excepciones expresamente consignadas en la ley; pues, ateniéndose a un enfoque lógico del problema, es preciso condicionar el carácter público de tal información a la circunstancia de que ella esté en relación clara con el ejercicio de las facultades del órgano administrativo, sea porque así fluye de la naturaleza de éstas o porque se ha expresado en actos administrativos directos

11°.- Que en el caso de la recurrente no se cumplen las condiciones o características señaladas precedentemente respecto de las actas de directorio, por lo que deberá acogerse su reclamación respecto a tales documentos; desestimándose en cuanto a sus memorias y balances, dado que la información que contienen y que se ha entregado al órgano fiscalizador tiene evidentemente carácter público, por las razones dadas más arriba.

12°.- Que las demás razones esgrimidas por la Fundación Futuro para que no se efectúe la entrega de la información requerida –ahora restringida a sus memorias y balances- no son suficientes para tal objeto, atendido el sentido de la Ley de Transparencia y la lógica que tiene su presentación al Ministerio de Justicia en función de la fiscalización que a éste compete; sin que sea pertinente aceptar una negativa a la entrega de la información con

mero carácter preventivo respecto de un eventual mal uso de ella, pues no puede limitarse por ese motivo la importante finalidad de la transparencia; así como tampoco que exista alguna colisión entre la entrega de información requerida y el ejercicio del derecho de asociación, por no estar ella justificada, tal como lo ha dicho del Consejo reclamado.

Por estos fundamentos y en conformidad a lo dispuesto por los artículos 5°, 21, 28 y demás pertinentes de la Ley sobre Acceso a la Información Pública, N° 20285, **SE HACE LUGAR** al reclamo de lo principal de fs.7, interpuesto por la Fundación Futuro en contra de la Decisión Amparo Rol N° A309-09, de 22 de enero de 2010, del Consejo para la Transparencia, **SOLO EN CUANTO** se excluye de la aceptación contenida en la decisión mencionada las actas de directorio de la Fundación Futuro, quedando, en consecuencia, limitados los requerimientos señalados en los resolutivos II y III de esa decisión a las memorias y balances de esa institución.

Acordada, en la parte en que se hace lugar al reclamo, con el voto en contra de la abogada integrante señora Clark, quien estuvo por rechazar íntegramente la reclamación de autos, porque en su concepto la información, que estando en poder de los órganos del Estado y participando de su carácter público por disposición legal, se pretende discriminar, es parte consustancial de las decisiones que se consignan en la memoria y balance de la reclamante, constituyendo por ende, a su juicio, fundamentos considerados por la Subsecretaría de Justicia como necesarios para el ejercicio de la facultad fiscalizadora estatuida en la norma legal pertinente, 36 del Decreto Supremo N° 110 de 1979 del Ministerio de Justicia, lo que se evidencia, además, de la obligación que tienen estas entidades -Fundaciones y Corporaciones- de

presentar a dicha secretaría de estado sus memorias y balances semestrales (junio y diciembre de cada año) y copias de actas de asambleas y de elección de su directorio, como fluye de los antecedentes e informes emitidos acompañados al proceso.

Que, asimismo, a su parecer, no se advierte en la tramitación del presente reclamo, que la información solicitada y contenida en las actas en cuestión, pueda afectar los derechos de las personas, su salud o la esfera de su vida privada, para que pueda operar la reserva que estatuye la ley.

Que el principio de la transparencia de la función pública, tiene rango constitucional, consistente, en su faz activa, en respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos y en su faz pasiva, en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos legales descritos para ello.

Que, a su vez, es preciso anotar que la existencia de expresión e información libre es objetivamente valiosa para una sociedad y por lo mismo, como lo ha sostenido la doctrina, se ha configurado una "posición preferente" respecto de otros derechos fundamentales, ratificándose que la libertad de información no es sólo un valor en sí mismo sino que es esencial para el ejercicio de otros derechos.

Que en consecuencia, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión comprende el derecho positivo a buscar y a recibir información, "no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole", como se consigna, también, en los tratados internacionales sobre la materia (Convención Americana, Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Que de esta manera, esta disidente estima como fundamento de su decisión, que los límites a este derecho están expresamente determinados por la ley en términos de excepcionalidad, debiendo tal restricción fundarse en una cláusula limitativa -de reserva o secreto, que, además, debe ser interpretada restrictivamente.

Regístrese, archívese y transcribese al Consejo para la Transparencia y devuélvasele la documentación a que se refiere la constancia de custodia de fs. 121. **Ofíciense.**

Redacción del Ministro señor Cisternas y el voto disidente su autora.

N° Reclamación 950-2010.

No firma la Abogado Integrante señora Clark, por ausencia, sin perjuicio de haber concurrido a la vista y acuerdo de la causa.

Pronunciada por la **Octava Sala de esta Corte de Apelaciones de Santiago**, presidida por el Ministro señor Lamberto Cisternas Rocha, conformada por la Ministro señora Gloria Ana Chevesich Ruiz y la Abogado Integrante señora Regina Clark Medina.