



UNIVERSIDAD
Finis Terrae

UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE DERECHO
MAGÍSTER EN DERECHO PÚBLICO

ANÁLISIS JURÍDICO DEL DINAMISMO EN EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

RICARDO WEITZEL SANDOVAL

Resumen: La información como elemento validante de la gestión pública relacionada con la creciente exigencia de la ciudadanía por ejercer activamente control de sus representantes e instituciones ha generado constante actividad legislativa para lograr el adecuado equilibrio entre el ámbito público y privado. Es así que el objeto de estudio es determinar como el Derecho de acceso a la información ha ido evolucionando desde sus primeros esbozos a las nuevas consagraciones, para lo cual, expondré de manera metódica los principales sucesos jurídicos, que autorizarán dilucidar su impronta como también delinear parámetros de comparación y progreso.

Palabras claves: Acceso. Información Pública. Antecedentes. Evolución Histórica.

Tesina presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, para optar al grado de Magíster en Derecho Público.

PROFESOR GUÍA: ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN

SANTIAGO, CHILE

2018

INTRODUCCIÓN

La Evolución del acceso a la información.

¿Es necesario consagrar explícitamente el Derecho de acceso a la información pública en la Carta Fundamental?

Mediante la exposición cronológica y el análisis sistematizado de antecedentes histórico-jurídicos, aventuraré señalar e individualizar las tendencias en el acceso a la información de forma correlativa a las exigencias experimentadas por la sociedad. Exigencias reflejadas en los constantes cambios de regulación e interpretación de este Derecho, lo que, añadido a su consolidación como elemento esencial del régimen constitucional Democrático, justifica la necesidad por vislumbrar la naturaleza y destino de este Derecho.

REVISIÓN BIBLIOGRÁFICA

Por razón de la volátil conceptualización del acceso a la información, se ha vuelto imperativo la recopilación de jurisprudencia, doctrina, legislación, derecho comparado, textos e investigaciones jurídicas; los que si bien, dan cuenta de un mayor tratamiento normativo, este aún no ha sido suficiente para satisfacer los estándares exigidos por la sociedad, situación que ha inducido la convergencia de diversas nociones y por consecuencia constante debate legislativo relacionado a esta materia.

ANTECEDENTES

Ya en el año 1776 por medio de la ley de prensa Sueca se contemplaba el Derecho de acceso a la información pública como herramienta fiscalizadora de información que se

encontraba en manos del gobierno, conceptualizando ya en aquel entonces que la legislación es para los ciudadanos y no al contrario¹.

Nosotros en cambio, comenzábamos a esbozar el criterio de transparencia por medio de la rendición de cuentas, situación que se logra apreciar desde antes de la proclamación formal de Independencia, así este elemento esencial para la conformación de una República democrática, asomaba en el plan de hacienda y de administración Pública del año 1817 que preceptuaba en su art. 91, 94 y 95 un Tribunal de cuentas, en cuyas funciones resaltaba el fundamento de que *“La vigilancia sobre las oficinas de Hacienda, y su suerte, no es ya para confiarla a un hombre sólo; y con el establecimiento del Tribunal está mejor consultada esa dirección, despacho y justicia de los interesados, al mismo tiempo que lejos de aumentar el costo de la antigua oficina, el nuevo arreglo envuelve el ahorro constante de la demostración respectiva.”*

En un avance lineal y temporal, la *“Constitución Política de 1822 alude a la publicidad de la ley y de la Constitución como, asimismo a la existencia de un Registro público de Personas privadas de Libertad. A su vez, la Constitución moralista de 1823 consagra el principio de publicidad de las actuaciones penales. Por su lado, la Constitución liberal de 1828 establece por primera vez la rendición anual de cuentas. La Constitución de 1833, además de reiterar el principio básico de la publicidad de las leyes y de la Constitución, prevé el secreto en materia de relaciones internacionales.”*² Solo si así lo exigiese el Presidente de la República.

Iniciado el siglo XX, exactamente el 1º de Agosto de 1900, Enrique Mac-iver en su discurso sobre la Crisis Moral de la República, detecta el vicio social e institucional responsable de un desalentado progreso nacional, señalando como causa la ausencia de moralidad pública, moralidad que difiere en especie del tradicional concepto y que matizó en su discurso: *“no es esa moralidad que se realiza con no apropiarse indebidamente los dineros nacionales, con no robar al Fisco, con no cometer raterías, perdóneseme la*

¹ *“El concepto del derecho a la información se basa en que las autoridades son simplemente los guardianes de la misma para la sociedad, y que la información que está en manos del Estado es también de la sociedad”* MENDEL, Toby. El Derecho a la información en América Latina. Quito,2009. 1p.

² NAVARRO BELTRÁN, Enrique. Bases Constitucionales del Principio de Transparencia. Revista de Derecho Universidad Finis Terrae,(1):143-171,2013. 144p.

palabra. Tal Moralidad, i sus quebrantos los sancionan los jueces ordinarios, i no la decadencia nacional i la historia. Hablo de la moralidad que consiste en el cumplimiento de su deber i de sus obligaciones por los poderes públicos i los magistrados, en el leal i completo desempeño de la función que les atribuye la carta fundamental i las leyes, en el ejercicio de los cargos i empleos teniendo en vista el bien general i no intereses i fines de otro jénero. Hablo de la moralidad que da eficacia i vigor a la función del estado, i sin la cual ésta se perturba i se anula [...], todo en daño del bienestar común, del orden público i del adelanto nacional.”³ Esta falta de moralidad caracterizada por ser imperceptible si no fuese por el daño que ocasiona, motivaba en cierta medida que la Constitución de 1925 continuara avanzando con normas “*en particular relativas a la publicidad de los procesos electorales, de las actuaciones de los órganos colegiados e igualmente ciertas garantías del proceso penal.*”⁴ Además que estableciera por primera vez, en su artículo inicial, el carácter Republicano y Democrático del gobierno, situación no fortuita, ya que “*Tal cosa no tiene tan sólo significado respecto del modelo político que la Constitución recoge y que se identifica con el desarrollo de nuestra Historia Constitucional, sino que, también, cobra relevancia a propósito de los contenidos valóricos de la democracia, haciéndose hincapié en aspectos tales como el respeto por los Derechos Humanos, el pluralismo, el principio de separación de poderes, el poder sometido al Derecho y la participación del pueblo en la toma de decisiones públicas*”⁵, para lo cual se hacía indispensable progresar en contenido relativo al acceso de información pública.

CONSAGRACIÓN

Con el paso del tiempo, la globalización llegó e influyó, la ratificación de tratados internacionales como el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶ ratificado el 10 de Febrero de 1972, la Convención Americana sobre los Derechos humanos conocido

³MAC-IVER, E. (1900). Crisis moral de la República. Biblioteca de “La Revista de Chile”, N°31. Imprenta Moderna. 16p.

⁴ NAVARRO BELTRÁN, Enrique. Op.Cit., p. 144.

⁵VIVANCO MARTINEZ, Angela. Curso de Derecho Constitucional: Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980, Tomo II. Primera Edición. Santiago, Chile: Universidad Católica de Chile,2006. 36p.

⁶ Artículo 19. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

como el Pacto de San José Costa Rica⁷ ratificado el 8 de Octubre de 1990 y también la Declaración de Derechos Humanos⁸ que a pesar de no ser tratado internacional, se considera vinculante por el sistema de Derechos Humanos internacional⁹ y por tanto elemento influyente en nuestra legislación. Impulsaron en cierta medida que en el año 1994 se creara la Comisión Nacional de Ética Pública, la cual se presentaba *“como un recurso razonable y anticipado de prevención de un mal político endémico, cuyas manifestaciones deben estar sujetas a dispositivos estrictos y eficaces de vigilancia y control político y ciudadano”*¹⁰; por lo tanto, su fundamento no solo debe circunscribirse al estudio del fenómeno de la corrupción, sino que además se respaldaba en: *“1.-La conveniencia de promover una reflexión informada sobre el tema de la Ética Pública, involucrando para ello de manera activa a los distintos poderes del Estado y sectores de la ciudadanía. 2.-La necesidad de actualizar constantemente los mecanismos jurídicos que tienen por objeto la prevención y la represión de los fenómenos de la corrupción, el tráfico de influencias y colisión de intereses. 3.-La exigencia de transparencia que demanda la estrecha vinculación entre el sector público y el sector privado. 4.-La necesidad de modernizar la gestión pública orientar el desarrollo de sus funciones para el cumplimiento de sus objetivos, mejorando la eficiencia, la productividad y la calidad de las prestaciones que otorgan los servicios públicos. 5.-La conveniencia de modernizar los mecanismos de control y fiscalización de los órganos que forman parte de la Administración del Estado.”*¹¹

Esta Comisión dentro del plazo máximo establecido de 100 días desde su conformación, emitió un informe destacando la necesidad imperante de fortalecer la ética

⁷ Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

⁸ artículo 19. Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

⁹ Consultar, NASH ROJAS, Claudio. Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno. Chile.2012. 84p.

¹⁰ Informe De La Comisión Nacional de Ética Pública Sobre La Probidad Pública y la Prevención de la Corrupción. 202p.

¹¹ Decreto N°423. CHILE. Crea la Comisión Nacional de Ética Pública. Ministerio del Interior, Santiago, Chile, Abril de 1994.

pública mediante la consagración a nivel constitucional de los principios de probidad y transparencia, apreciándose así, el carácter copulativo de estos, siendo la transparencia presupuesto esencial de la probidad, ya que sin transparencia la consecución de probidad sería solo una meta ilusoria.¹²

Imprime el informe que para el pleno desarrollo de las sociedades democráticas es esencial el carácter transparente de las funciones, ya que de tal forma se logra escrutinio social, *“sólo los ciudadanos debidamente informados acerca de lo que ocurre en la gestión pública pueden ejercer un control activo a su respecto. La transparencia, sistematicidad y fluidez de la información pública es, por tanto, un objeto social de la primera importancia”*¹³; de tal modo la transparencia aparte de generar un efecto disuasivo, permitiría edificar un régimen de responsabilidad efectivo.

Reconoce el informe *“que aun cuando se apliquen reformas al sistema jurídico y se perfeccionen dispositivos legales para ampliar y promover la transparencia, son los cambios culturales y la renovación moral los verdaderos artífices de su arraigo y vigencia en el cuerpo social y político.”*¹⁴ Permitiendo dilucidar el Derecho de acceso a información como un Derecho esencial Humano, cual a pesar de no haber sido expresamente consagrado hasta el momento por ninguna carta fundamental, su ejercicio desobedecerá tal institucionalidad, por cuanto *“proviene directa e inmediatamente de la realidad racional, deducidos lógicamente de los imperativos de la dignidad y de la vocación individual. Pueden calificarse de innatos, inseparables de toda existencia humana, [...]”*¹⁵, siéndole indiferente su afirmación por el Derecho positivo. “El derecho a la información es un derecho universal, inviolable e inalterable del hombre moderno, puesto que se funda en la naturaleza del hombre. Se trata de un derecho activo y pasivo: por una parte, la búsqueda de la información; y por la otra, la posibilidad de todos a recibirla. La libertad de expresión ya no se analiza en forma individual, sino colectiva y social, y se exigen garantías ciudadanas

¹² *“Como ha señalado un autor, la publicidad “se configura más bien como una obligación de los órganos del Estado, ligada al imperativo de dar a conocer sus actos decisorios”, mientras que la transparencia “se vincula a los procedimientos contenidos y fundamentos de estos actos, tema que se asocia al derecho de las personas a ser informadas.”* NAVARRO BELTRÁN, Enrique. Op.Cit., p. 153.

¹³ Informe de la Comisión Nacional de Ética Pública sobre la probidad pública y la prevención de la corrupción. Revista de ciencia política.18:202-247,1996. 246p.

¹⁴ *Ibíd.*, p. 206.

¹⁵ VIVANCO MARTINEZ, Angela. Op.cit., p. 237.

para su ejercicio, tal y como es el derecho del público a la información. [...] La doctrina del derecho a la información es la base fundamental para el ejercicio del derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública del Estado”¹⁶

Ante este escenario, los cuerpos normativos comenzaron a invocarlo, la ley 18.575 del año 1986 Orgánica Constitucional De Bases Generales de la Administración Del Estado modificada por Ley Sobre Probidad Administrativa Aplicable a Los Órganos De La Administración Del Estado N°19.653 de 1999, establece en el Art. 11 bis *“Los funcionarios de la Administración del Estado deberán observar el principio de probidad administrativa y, en particular, las normas legales generales y especiales que lo regulan. La función pública se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella. Son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial. [...]”*

Posteriormente la Ley 19.880 de Bases De Los Procedimientos Administrativos Que Rigen Los Actos de Los Órganos de la Administración del Estado, del 22 de mayo 2003, establece como principios del procedimiento, la transparencia y la Publicidad¹⁷, desarrollándolos con posterioridad¹⁸. Estableciéndose así, el carácter público y por consiguiente accesible de los actos administrativos y sus documentos fundantes.

¹⁶ FUENMAYOR ESPINA, Alejandro. El Derecho de acceso de los Ciudadanos a la información Pública. San José, C.R, 2004. 15p.

¹⁷ Ley 19.880. Artículo 4. Principios del procedimiento. El procedimiento administrativo estará sometido a los principios de escrituración, gratuidad, celeridad, conclusivo, economía procedimental, contradictoriedad, imparcialidad, abstención, no formalización, inexcusabilidad, impugnabilidad, transparencia y publicidad.

¹⁸ Artículo 16. Principio de Transparencia y de Publicidad. El procedimiento administrativo se realizará con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él. En consecuencia, salvo las excepciones establecidas en la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado y en otras disposiciones legales aprobadas con quórum calificado, son públicos los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, así como sus fundamentos y documentos en que éstos se contengan, y los procedimientos que utilicen en su elaboración o dictación.

REFORMA CONSTITUCIONAL-BASE DE LA INSTITUCIONALIDAD

La vigente carta fundamental de 1980, contemplaba inicialmente en su artículo 8°, norma relativa al pluralismo político conocido también como democracia limitada, protegida o tutelada, el cual por reforma constitucional ley N°18.825 del año 1989 fue íntegramente derogado, reemplazado y desplazado por los incisos sustancialmente diversos 6°,7° y 8° del actual artículo 19 N°15, que dan cuenta de una conceptualización más acorde al modelo democrático, conceptualizando el pluralismo político como la norma general y el ilícito como la excepción, *“En otras palabras, fijar marcos de acción de las asociaciones y de las personas que, si bien respeten el derecho a pensar distinto, protejan el sistema de las posibles canalizaciones viciadas de ese pensamiento, tales como la pretensión de instaurar regímenes totalitarios, hacer imperar la violencia como método de acción política o derechamente dirigirse en contra las bases del régimen democrático y constitucional de gobierno”*¹⁹.

Así, por reforma constitucional ley 20.050 del año 2005, se redactó un nuevo Artículo octavo, el cual consagra: *“El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.*

*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.”*²⁰

Por consiguiente, el hecho que la probidad y la publicidad, se instauraran en el Capítulo Primero, Bases de la Institucionalidad, no responde a la simple necesidad de suplir

¹⁹ VIVANCO MARTINEZ, Angela. Op.cit., p. 136.

²⁰Para facilitar la redacción se omitió modificación constitucional ley 20.414 del año 2010 que incorporó los siguientes incisos 3° y 4° respectivamente: El Presidente de la República, los Ministros de Estado, los diputados y senadores, y las demás autoridades y funcionarios que una ley orgánica constitucional señale, deberán declarar sus intereses y patrimonio en forma pública.

Dicha ley determinará los casos y las condiciones en que esas autoridades delegarán a terceros la administración de aquellos bienes y obligaciones que supongan conflicto de interés en el ejercicio de su función pública. Asimismo, podrá considerar otras medidas apropiadas para resolverlos y, en situaciones calificadas, disponer la enajenación de todo o parte de esos bienes.

aquella vacante, sino que se justifica por la *“importancia en lo que se refiere a la interpretación constitucional, ya que al contener los valores y principios fundamentales que rigen el orden jurídico, constituye una innegable fuente de hermenéutica constitucional a propósito de las restantes normas de la Carta Fundamental.*

De acuerdo a lo señalado, se ha de tener en cuenta a la hora de definir el sentido y alcance de otros preceptos constitucionales, de manera que, en ningún caso, el intérprete de la Constitución puede determinarlos, omitiendo este capítulo: Efectivamente, al momento de interpretar y aplicar la Carta Fundamental, siempre es y será imperativo tener en cuenta el Capítulo I, y si alguna otra norma o principio de la Constitución está en contradicción con cierta disposición del Capítulo, entonces debe primar la de este último, por su carácter básico o fundamental [...]”²¹.

También de forma paralela, la redacción del art. 8, *“Son públicos los actos y resoluciones del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen.”* Pretendía terminar la cultura del secretismo, para establecer la publicidad como norma general²², lo cual adicionado a la composición del mismo artículo que señala *“sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquellos o de estos,[...]”*; permitió erradicar el distorsionado ejercicio de potestad reglamentaria que restringía el acceso, ya que todo precepto que sea formal o materialmente incompatible con la nueva disposición, queda derogado por inconstitucionalidad sobreviniente, revelándose el carácter taxativo y excepcional de las causales²³, reflexión sustentada a plenitud con lo sentenciado por el Tribunal Constitucional ROL 634-06 considerando vigésimo sexto y siguiente:

²¹VIVANCO MARTINEZ, Angela. Op.cit., p. 32.

²² Al igual que en Argentina, *“El principio indiscutido es el de la publicidad y acceso. Sin embargo, es claro que es imposible imaginar un Estado sin un ámbito de reserva en determinadas materias. Por ello, lo que está prohibido, lo que resulta incompatible con la democracia no es el secreto, sino que el mismo no tenga como origen o fundamento una ley”*. BASTERRA, Marcela. Thomson Reuters [en línea]: Doctrina del día: Los límites del derecho de acceso a la información pública. 2012. [fecha de consulta: 20 junio 2018]. Disponible en: <<http://thomsonreuterslatam.com/2012/11/doctrina-del-dia-los-limites-del-derecho-de-acceso-a-la-informacion-publica/>>

²³ *“La publicidad es necesaria para el bien común, pero debe hacerse respetando los derechos que el ordenamiento establece y otros principios, como el principio de servicialidad del Estado, que para la Administración se traduce en el deber de atender las necesidades públicas de forma continua y permanente.”* NAVARRO BELTRÁN, Enrique. El acceso a la información en la Jurisprudencia Constitucional. Revista de Derecho Universidad Finis Terrae,(1). 2017. 14p.

VIGESIMO SEXTO: Que, para efectos de entender el cambio introducido por el Constituyente del 2005, es necesario recordar que en la historia del debate parlamentario de esta reforma constitucional se dejó expresa constancia de que correspondería a la ley - y, específicamente, a una ley de quórum calificado- precisar el contenido de las causales de secreto o reserva consignada en la Constitución , a fin de no hacer ilusoria la consagración del principio de publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, como regla general.

En este sentido, debe recordarse la intervención del profesor Humberto Nogueira, en la discusión sostenida en el Senado, cuando afirmó que: “La regla general ha de ser la publicidad y la excepción el secreto, que debe ser calificado por la ley, de acuerdo con los criterios que proporcione la Constitución”. (Pfeffer Urquiaga, Ob. Cit.,pág. 31).[...].

VIGESIMOSEPTIMO: Que, como puede observarse, la preocupación del Constituyente por evitar que un margen demasiado amplio de comprensión de las causales de secreto o reserva en el acceso a la información que obra en poder de los órganos del Estado anulara la plena vigencia de la publicidad que se estaba consagrando como regla general, llevó a confiar sólo al legislador de quórum calificado la precisión del contenido y alcances de las causales constitucionales de secreto o reserva.

*Confirmando que el Constituyente de 2005 no quiso dejar entregada a los propios órganos del Estado la determinación de la concurrencia de las causales constitucionales de secreto o reserva, debe recordarse que, tal y como lo expresó el Senador Juan Hamilton, durante el mismo debate parlamentario de esa reforma, “ en general, todos los documentos son públicos, excepto que esté comprometido el derecho de las personas, la seguridad de la Nación o el debido funcionamiento del servicio, **pero no queda al arbitrio del funcionario público el negar información. Si éste la niega, debe fundar su negativa en algunas de estas causales [...]**” para que los ciudadanos puedan impugnar aquella decisión.*

Asimismo por medio de esta nueva base de institucionalidad se logró superar el espectro de aplicabilidad, el cual producto de la ley 18.575 solo se circunscribía a los

órganos de la administración del Estado²⁴, pero se prosperó, incorporándose al ejecutivo, legislativo, judicial; los que cuenten con propia o sin personalidad jurídica, de origen legal o constitucional, en otras palabras, *“ahora se extiende a todos los entes estatales, alcanzando también al congreso, al poder judicial, al Tribunal Constitucional, a los tribunales de Justicia Electoral y a los entes constitucionalmente autónomos”*²⁵. Se debe hacer presente que igualmente se logró ampliar el objeto de resguardo, el cual ya no solo estaría constituido restringidamente por los actos y documentos que sirvan de sustento directo y esencial como lo señalado por ley 18.575 es su art 11bis. Sino que también abarcará: resoluciones, fundamentos y procedimientos²⁶. Es necesario manifestar que la lógica recién expresada se plasma en el inc. 2 Art. 16 de la ley 19.880²⁷ y es congruente con el Of. ORD (DJ) N°072/06 emanado de la Secretaria General de la Presidencia el cual a pretexto de señalar el nuevo régimen Constitucional vigente, da cuenta que, además de haberse derogado expresamente el *“Reglamento sobre secreto o reserva de los actos y documentos de la Administración del Estado”*²⁸, por tanto, también de las resoluciones emanadas de aquel²⁹, confirma que el nuevo marco es directamente aplicable a todos los órganos del Estado y que el concepto acto contemplado en la Constitución no es equivalente al utilizado en la ley de bases, ya que el primero contempla todo tipo de actuaciones sean o no de las que ponen termino al procedimiento o contengan una decisión final, siendo en consecuencia improcedente negar acceso fundamentando que aquella información no configura un acto administrativo terminal o documento que sirva de sustento directo o esencial.

²⁴ Art 11 bis inc. 3 ley 18.575. Son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial.

²⁵ LAPORTE RIBERA, Michelle. El principio de probidad y publicidad de los actos de la administración y su reconocimiento constitucional. Santiago, Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2009. 108p.

²⁶ *“Así, la información pública en poder del Estado es amplia, variada y puede contener antecedentes tales como actos administrativos, antecedentes utilizados en el proceso de toma de decisión de cualquier política, información sobre remuneraciones y planta de organismos públicos, transferencias de fondos públicos, votaciones en el Congreso, resoluciones en los Tribunales de Justicia, etc.”* García, P. y De Ferrari, F. Derecho de acceso a la información: Herramienta eficaz para una participación ciudadana que busca resignifica el valor de lo Público. Revista Búsquedas Políticas, 4(1): 27-50,2015.

²⁷ *“En consecuencia, salvo las excepciones establecidas en la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado y en otras disposiciones legales aprobadas con quórum calificado, son públicos los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, así como sus fundamentos y documentos en que éstos se contengan, y los procedimientos que utilicen en su elaboración o dictación.”*

²⁸ Decreto Supremo N°134 de 2005, Publicado en Diario Oficial 05/01/2006

²⁹ Dictamen Contraloría General De La Republica N°59.154/2005

LEY DE TRANSPARENCIA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA Y DE ACCESO A LA INFORMACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

Con motivo de superar interpretaciones extenuantes³⁰ e incentivado por la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile”³¹ del 19 de Septiembre del año 2006, específicamente por el punto resolutivo N° 7 que declara: *“El Estado debe adoptar, en un plazo razonable, las medidas necesarias para garantizar el derecho de acceso a la información bajo control del Estado, de acuerdo al deber general de adoptar disposiciones de derecho interno establecido en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,[...].”* Se manifestaba que la evolución normativa desarrollada hasta aquel entonces aún no era suficiente para permearnos de la certeza jurídica requerida para el ejercicio del Derecho de acceso a la información. Así fue que en el año 2008 mediante ley N°20.285 sobre Acceso a la información pública se aprobaba simultáneamente mediante la técnica legislativa de “doble articulado” la Ley de transparencia y acceso a la información pública.

La cual, bajo el prisma de la supremacía Constitucional³², *“Si hay conflicto entre la Constitución, por un lado, y las normas dictadas conforme a ella, por otro, debe aplicarse primero la Constitución, porque es formal y sustantivamente suprema. La conformidad de la Constitución con las demás normas jurídicas debe ser, por ende, tanto de forma como de*

³⁰ Se desprendía el Derecho de Acceso a la información del Artículo 4° y 8° de la CPR. Además de los siguientes Numerales: Art. 19 N°2. La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiado. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio quedara libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.

N°12. La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado.

N°14. El derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes.

³¹ Este fallo conocido también por expresamente identificar el Derecho de acceso a la información pública en el derecho de información (párrafo 77).

³² CPR Artículo 6. Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.

fondo. La constitución es, ante todo, la norma jurídica básica y, en consecuencia, dejó de constituir una mera declaración de principios, pasando a ser una norma de aplicación directa e inmediata.”³³ Posibilita esgrimir que el nuevo doble cuerpo normativo se hace cargo de ciertas deficiencias jurídicas, la primera de ellas corresponde a incluir como destinatario a las empresas publicas creadas por ley, empresas del Estado y sociedades en que este tenga participación mayoritaria accionaria o en el directorio.³⁴

Al mismo tiempo incorpora el criterio de que es pública toda información elaborada con presupuesto público³⁵, criterio que debe armonizarse con la interpretación del T.C., “El acceso a la información no recae sobre todo lo que hace o tienen los órganos del Estado, sino solo sobre: a) sus actos y resoluciones (expresión suficientemente amplia como para comprender, de manera genérica, la forma en que los órganos del Estado expresan su voluntad), b) sus fundamentos o motivaciones, y c) los procedimientos que utilicen (acceder a los expedientes, donde constan los trámites por los cuales pasa una decisión)”³⁶; escenario diverso al experimentado por otras legislaciones³⁷; también esta ley rotula por primera vez, aunque sea a nivel legal, que el hecho de solicitar y recibir información corresponde al ejercicio de un Derecho³⁸, además en concordancia a patrocinar la publicidad

³³ VIVANCO MARTINEZ, Angela. Op.cit., p. 107.

³⁴ Art. 2 Ley 20.285

³⁵ Art. 5 Ley 20.285

³⁶ NAVARRO, El acceso a la información en la Jurisprudencia Constitucional, Op. Cit., p. 14.

³⁷ “El derecho comparado revisado es en esta materia más claro y favorable al acceso a la información. Así, la normativa mexicana, en su artículo 2, establece que toda la información gubernamental a que se refiere la ley es pública. La FOIA se refiere a registros (records), señalando que por ellos se entiende cualquier información mantenida por una agencia, en cualquier formato, incluido el electrónico. Por su parte, la Convención Europea señala en su artículo 1.2(b) que entiende por documentos oficiales toda información registrada de cualquier forma, ya sea producida o recibida y en manos de una autoridad pública.” VIAL, Tomás. La Ley de Transparencia y acceso a la información Pública: Esquema general y regulación del Derecho de acceso a la información. Facultad de Derecho Universidad Diego Portales: Javier Couso, 2011. 121p.

³⁸ Art. 10 y 11 ley 20.285. Artículo 10. Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley. El acceso a la información comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales.

Artículo 11. El derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado reconoce, entre otros, los siguientes principios: [...].

como regla general, ajusta aún más, las causales de reserva, mediante el desarrollo casuístico de cada una de ellas.³⁹

En consecuencia, la distinción de regímenes aplicables a ciertos entes, es en base a los procedimientos, fiscalización o tutela⁴⁰, no perturbándose la naturaleza jurídica de la

³⁹ Artículo 21 Ley 20.285. 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. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico.

3. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública.

4. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el interés nacional, en especial si se refieren a la salud pública o las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país.

5. Cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8º de la Constitución Política.

⁴⁰ “Al tribunal Constitucional le correspondió revisar la constitucionalidad de algunas disposiciones de la Ley N°20.285. Especialmente en relación a leyes orgánicas constitucionales de ciertas instituciones.

Así, por ejemplo, debe destacarse que dicho tribunal dejó expresamente a salvo el control amplio de legalidad que le corresponde a la Contraloría General de la República. De igual forma, señaló que no le resulta aplicable a dicho órgano el reclamo ante el Consejo de Transparencia y, por lo mismo no son vinculantes las normas generales que dicte dicho consejo. En relación al Banco Central, como órgano autónomo, se declara que tampoco le resulta aplicable el artículo octavo en cuanto establece un reclamo ante el referido Consejo para la Transparencia. Idéntico razonamiento se efectúa respecto de Ministerio Público, el Tribunal Constitucional y el Tribunal calificador de Elecciones, “por cuanto la autonomía que la Constitución ha asignado a ciertos órganos del Estado, como los recién mencionados, y que se proyecta en una triple dimensión -organizativa, institucional y normativa- implica precisamente, que cada uno de estos ámbitos de acción no puede estar supeditado, en su ejercicio a órganos que se relacionen, aunque sea en forma indirecta, con las labores de gobierno y administración propias de la función ejecutiva”. Por lo mismo, tampoco resultan aplicables a dichos órganos las normas generales que dicte el Consejo para la Transparencia.

Adicionalmente se establece que no resulta procedente el reclamo de legalidad respecto del Tribunal Constitucional y de los tribunales electorales, “toda vez que dichos órganos jurisdiccionales especializados se rigen por sus propios estatutos constitucionales, contenidos en los capítulos VIII y IX de la Constitución, respectivamente, por lo cual, de acuerdo a lo previsto en el artículo 82 de la Carta Fundamental, están al margen de la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema”. Por consiguiente, “no resultaría constitucionalmente admisible que sus resoluciones o determinaciones queden sujetas al escrutinio de un tribunal ordinario de justicia, subalterno de la Corte Suprema, como es una Corte de Apelaciones”. Por lo demás, se concluye “el debido acatamiento de ellos al principio de publicidad y

información que manejan⁴¹ o “*En otros términos, lo que se quiso decir es que el artículo 8° de la Constitución está concebido en términos amplios, por lo que no se trata de querer restringir para ciertos órganos la aplicación del principio de transparencia o la protección del derecho de acceso a la información pública, sino que respecto de algunos organismos la materia en cuestión debía tratarse en la ley propia de tales órganos, por un tema técnico-jurídico.*”⁴²

AÚN NO ERA SUFICIENTE- BOLETIN 8.805-07

El 5 de marzo de 2013 ingresa el proyecto de reforma constitucional cuyo objetivo es integrar constitucionalmente al Art. 8, el principio de transparencia y del Derecho de acceso a la información pública, el cual a su vez se explicitaría en el Art.19 N°12. Reforma que permitiría recobrar criterios jurisprudenciales y doctrinarios pacíficos, como lo manifestado por el considerando noveno de la sentencia rol 634-2006 del Tribunal Constitucional, 09 de agosto 2007, que se encuentra en sintonía con el fallo de la Corte interamericana: “*Que el presente requerimiento incide en un derecho -el de acceso a la información pública- cuyo reconocimiento no merece duda a la doctrina de los iuspublicistas y tampoco a la jurisprudencia.*”

En primer lugar, por el hecho de que Chile es una república democrática, tal y como se afirma en el artículo 4° de la Constitución Política. Como sostuvo el profesor

transparencia consagrado en el artículo 8° de la Constitución se satisface adecuadamente con la divulgación de sus resoluciones jurisdiccionales y de otros antecedentes relevantes de su quehacer, en los términos que contempla el artículo 7° de la ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la información de la Administración del Estado, que el mismo ARTÍCULO NOVENO del proyecto en examen hace aplicable a esos órganos”. NAVARRO, El acceso a la información en la Jurisprudencia Constitucional, Op. Cit., p. 11.

⁴¹ Ineludible es, abstraerse de la experiencia del Derecho comparado en estas circunstancias. La ley Mexicana dictada el año 2002, inspiradora de la de la ley Chilena, difiere en el estándar de implementación porque “*entidades autónomas mexicanas muestran una regulación interna, en algunos casos, más exigentes que las disposiciones generales de la ley federal de Transparencia, innovando positivamente en la materia.*” LAPORTE. Op. Cit., p. 226. Por tanto, a lo menos resulta llamativa la legislación de Perú, cual es aplicable por igual a todos los órganos del Estado independiente de la autonomía constitucional

⁴² FERNÁNDEZ NAVARRETE, Paula. GÓMEZ ZÚÑIGA, Karla. Ley N°20.285, Regímenes Especiales de Transparencia: Ministerio Público, Tribunal Constitucional y Justicia Electoral. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 2012. 46p.

Rolando Pantoja Bauzá, durante la discusión parlamentaria de la reforma constitucional de agosto de 2005, “respecto de la publicidad, recordó que a nivel constitucional se entiende que es una norma implícita dentro de la Carta Fundamental. El hecho de que Chile sea una República democrática implica que las autoridades públicas responden a la sociedad; por lo tanto tiene a disposición de los ciudadanos los actos y da cuenta de ellos ...” (Emilio Pfeffer Urquiaga. Reformas constitucionales 2005. Editorial Jurídica de Chile, 2005, pág. 29).

En segundo término, porque el derecho a acceder a las informaciones que obran en poder de los órganos del Estado forma parte de la libertad de expresión que, entre nosotros, se encuentra consagrada en el artículo 19 N° 12 de la Carta Fundamental, que asegura a toda persona “la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado”. Este mismo Tribunal ha sostenido que la libertad de informar incluye “el derecho a recibir informaciones” (Sentencia Rol N° 226, de 30 de octubre de 1995, considerando 20°).

*En idéntico sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago ha afirmado que en la garantía del N° 12 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, relativa a la libertad de información, “**debe entenderse comprendido el derecho a recibir información, ya que como se ha sostenido por diversos autores, de nada serviría que se aseguraran la libertad de emitir opinión y la de información si no se reconoce que los destinatarios tienen, a su vez, el legítimo derecho a recibir una información oportuna, veraz y completa**” (Sentencia Roles acumulados N°s. 55272001 y 57282001, considerando 9°).*

*A su turno, la Declaración de Principios de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de octubre de 2000, precisa que: “**Sin esta información (la que obra en poder del Estado) no puede ejercitarse plenamente el derecho a la libertad de expresión como un mecanismo efectivo de participación ciudadana ni de control democrático de la gestión gubernamental**” (Principio N° 19).*

Finalmente, porque el artículo 8° de la Constitución Política, introducido por la reforma constitucional de agosto de 2005 (Ley N° 20.050), consagró los principios de probidad, publicidad y transparencia en la actuación de los órganos del Estado y durante el debate sostenido en el Senado, a propósito de esa reforma, el senador Hernán Larraín sostuvo, precisamente, que: “Los órganos del Estado deben dar a conocer los fundamentos de sus decisiones, es decir, cumplir con el principio de publicidad y, finalmente, que deben actuar en forma transparente, lo cual significa que las personas puedan acceder a la información con las restricciones que establecerá la ley” (Pfeffer Urquiaga. Ob. cit., págs 3031).

De esta manera, es posible afirmar que el derecho de acceso a la información pública se encuentra reconocido en la Carta Fundamental –aunque no en forma explícita como un mecanismo esencial para la vigencia plena 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. Al mismo tiempo, la publicidad de los actos de tales órganos, garantizada, entre otros mecanismos, por el derecho de acceso a la información pública, constituye un soporte básico para el adecuado ejercicio y defensa de los derechos fundamentales de las personas que, eventualmente, puedan resultar lesionados como consecuencia de una actuación o de una omisión proveniente de los mismos;”.

Pero con el transcurso del tiempo, de forma tenue y gradual comenzó a disiparse esta doctrina, expresión de ello es el considerando decimoctavo Rol 1990-11 STC. Del 05 de junio del 2011, “*Que el artículo 8° de la Constitución establece, en primer lugar, una declaración genérica de publicidad de ciertos aspectos de la actuación de los órganos del Estado. No habla ni de acceso, ni de entrega, ni de transparencia. No los descarta; pero tampoco cierra posibilidad al legislador. Tampoco habla de información;*”. Esta Situación que a los pocos meses se agudizó, a tal punto que sentencias gestaron de forma idéntica el desconocimiento implícito del derecho en comento; Considerando 15° STC 2153-2011 del 11 de Septiembre 2012 en relación al Considerando 22° STC 2246-2012 del 31 de Enero 2013: “*Que un segundo factor interpretativo que debe dejarse establecido, es la forma en que se concibe el mandato de publicidad establecido en el artículo 8° de la Constitución.*

Para ello es necesario repasar lo que esta Magistratura ha señalado al respecto. En primer lugar, su propósito es garantizar un régimen republicano democrático; además, que se garantice el control del poder, obligando a las autoridades a responder a la sociedad de sus actos y dar cuenta de ellos; también, promover la responsabilidad de los funcionarios sobre la gestión pública; y, finalmente, fomentar una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad (STC 634/2007; 1732/2011; 1800/2011; y 1990/2012). En segundo lugar, dicho artículo 8° no consagra un derecho de acceso a la información. Este, más bien, se encuentra reconocido implícitamente en el artículo 19 N°12° de la Constitución (STC 634/2007 y 1990/2012). El hecho de que se encuentre en el Capítulo I de la Constitución, no lo pone por sobre el Capítulo III, que contiene el artículo 19, estableciendo el catálogo de derechos de la Carta Fundamental (STC 1990/2012).”

Esto permite que, en el análisis de la discusión del proyecto de ley, se instaure como motivo, no solo la necesidad de uniformar interpretaciones, sino que también se sustente en la pretensión de sincronizar la legislación interna con instrumentos internacionales. Contexto que, adicionado a la configuración del “Acceso” como presupuesto para el ejercicio de otros derechos, soporte para su defensa y herramienta de fiscalización para la legitimación de la función pública, ampare la inquietud por obtener la inclusión precisa, tanto en el capítulo de Bases de la Institucionalidad como en el capítulo de los Derechos y Deberes Constitucionales.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto, ha quedado inadmisibile desconocer el carácter esencial del Derecho de acceso a la información pública en nuestra sociedad, no solo por su carácter instrumental, sino porque además supera la noción de derecho fundamental implícito, consiguiendo autónomamente revestirse del carácter de garantía fundamental. Situación que debe contemplarse como punto de partida para la explícita pero celosa consagración Constitucional, pretensión que no debe innovar ni caer en excesos, por el contrario, debe cobijarse en el rescate de las primeras interpretaciones del Tribunal Constitucional.

Siendo oportuno, observar y analizar la técnica legislativa utilizada en el proyecto de reforma constitucional, la cual será determinante para la efectividad y eficiencia de este Derecho.

“Señalar el mal es hacer un llamamiento para estudiarlo i conocerlo, i el conocimiento de él es un comienzo de enmienda. Una sola fuerza puede estirparlo, es la de la opinión pública, [...]”⁴³

BIBLIOGRAFÍA

Acceso a Información Pública: Experiencia Comparada. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

Actas Oficiales del Congreso Nacional, Boletín N° 8.805-07.

DÍAZ CAFFERATA, Santiago. El Derecho de acceso a la información Pública: Situación actual y propuestas para una ley. Lecciones y ensayos, (86):151-185,2009.

FUENMAYOR ESPINA, Alejandro. El Derecho de acceso de los Ciudadanos a la información Pública. San José, C.R, 2004. 192 p.

García, P y De Ferrari, F. Derecho de acceso a la información: Herramienta eficaz para una participación ciudadana que busca resignifica el valor de lo público. Revista Búsquedas Políticas,4 (1):27-50,2015.

Informe de la Comisión Nacional de Ética Pública sobre la probidad pública y la prevención de la corrupción. *Revista de ciencia política*.18:202-247,1996.

LAPORTE RIBERA, Michelle. El principio de probidad y publicidad de los actos de la administración y su reconocimiento constitucional. Santiago, Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2009. 158p.

⁴³ MAC-IVER, E. Op.cit., p. 28.

Ley N°18.575. CHILE. Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Ministerio del Interior. Junio del 2000.

Ley N°19.880. CHILE. Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Agosto 2008.

Ley N°20.285. CHILE. Sobre acceso a la información Pública. Ministerio Secretaria General de la Presidencia, enero de 2016.

MAC-IVER, Enrique. (1900). Discurso sobre la crisis moral de la República.

MATUS ARENAS, Jessica. Derecho de acceso a la información pública y protección de datos personales. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*,2 (1): 197-228, 2013.

MENDEL, Toby. *El Derecho a la información en América Latina*. Quito, 2009. 192 p.

NAVARRO BELTRÁN, Enrique. Bases Constitucionales del Principio de Transparencia. *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae*,(1):143-171,2013.

NAVARRO BELTRÁN, Enrique. El Acceso a la Información en la Jurisprudencia Constitucional. *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae*,(1), 2017.

PALOMARES HERRERA. Estudio Comparado sobre Transparencia y Derecho de acceso en el ámbito internacional y su influencia en España. *Revista de Derecho*,6:123-153, marzo 2017.

ROLLNERT LIERN, Göran. El Derecho de acceso a la información pública como Derecho fundamental; Una valoración del Debate doctrinal a propósito de la ley de transparencia. *Teoría y realidad Constitucional*, (34):349-368,2014.

Tribunal Constitucional, Rol 1990-2011, Rol 2153-2011, Rol 2246-2012.

VIAL, Tomás. La Ley de Transparencia y acceso a la información Pública: Esquema general y regulación del Derecho de acceso a la información. Facultad de Derecho Universidad Diego Portales: Javier Couso, 2011. p 121.

VIVANCO MARTINEZ, Angela. Curso de Derecho Constitucional: Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980, Tomo II. Primera Edición. Santiago, Chile: Universidad Católica de Chile, 2006. 555p.

VIVANCO MARTINEZ, Angela. Curso de Derecho Constitucional: Bases conceptuales y doctrinarias del Derecho Constitucional, Tomo I. 2ª.ed. Santiago, Chile: Universidad Católica de Chile, 2007. 457p.