

Proyecto de reforma constitucional que otorga reconocimiento constitucional al principio de transparencia y el derecho de acceso a la información
(Boletín N° 8805-07)
DJ/UNR/10.08.2017

En ejercicio de su facultad para proponer al Presidente de la República y al Congreso Nacional perfeccionamientos normativos para asegurar la transparencia y el acceso a la información (artículo 33, letra f, de la Ley de Transparencia), mediante el presente documento el Consejo para la Transparencia da a conocer sus observaciones y propuestas para el perfeccionamiento del “Proyecto de reforma constitucional que otorga reconocimiento constitucional al principio de transparencia y el derecho de acceso a la información” (Boletín N° 8805-07), que actualmente se encuentra en estado de ser analizado por la Comisión Mixta.

I. CLAVES DEL PROYECTO

- 1) **El proyecto incorpora el principio de transparencia en el artículo 8° de la Constitución.** La reforma consagra el principio de transparencia junto al ya establecido principio de probidad, dejando intacto el inciso segundo que establece la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado. La consagración de este principio refuerza la publicidad de los actos de los órganos del Estado, como Base de la Institucionalidad de un Estado democrático que sujeta a sus autoridades a un régimen de rendición de cuentas.
- 2) **El proyecto incorpora el acceso a la información pública dentro de los derechos constitucionales del artículo 19.** Lo hace específicamente dentro del derecho a libertad de emitir opinión y la de informar –dentro del numeral 12 del artículo 19– el cual es uno de los derechos garantizados por la acción de protección del artículo 20.
- 3) **Se sugiere ubicar el principio de transparencia conjuntamente con el principio de publicidad constitucional.** La reforma constitucional regula el principio de transparencia junto al de probidad, en el mismo inciso 1° del artículo 8°. Por razones de coherencia y sistemática constitucional, se sugiere que el principio de transparencia sea consagrado en conjunto con el principio de publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, radicando ambos en el inciso 2° del mismo artículo.
- 4) **Sólo la regulación de las causales de reserva o secreto deben tener quórum calificado.** El proyecto aprobado en segundo trámite ajusta adecuadamente el quórum de regulación del derecho de acceso a la información. Sólo las causales de reserva o secreto deben sujetarse a una regulación con quórum calificado, en armonía a lo que actualmente dispone el artículo 8 de la Constitución.
- 5) **Existe un riesgo de judicialización del derecho de acceso a la información.** El reconocimiento explícito de este derecho en el artículo 19 N° 12 de la Constitución podría implicar una forma judicializada de tutela del derecho, a través del recurso de protección. Debe quedar constancia en la historia de la reforma que la Ley de Transparencia fija en el Consejo para la Transparencia la sede natural de los amparos y reclamos por infracción a este derecho.

II. OBJETIVO DEL PROYECTO DE LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL

El proyecto de ley de reforma constitucional busca consagrar en el artículo 8° del Capítulo I de la Constitución, dentro de las Bases de la Institucionalidad, el principio de transparencia en el ejercicio de las funciones públicas, explicitando que éste comprende tanto el principio de publicidad como el de acceso a la información pública.

Asimismo, se incorpora en el numeral 12° del artículo 19 del Capítulo III, dentro de los derechos constitucionales de toda persona, el de buscar, requerir y recibir información pública.

Este proyecto, surge de una moción de los senadores Isabel Allende, Soledad Alvear, José García Ruminot, Hernán Larraín y Eugenio Tuma, ingresado con fecha 3 de marzo de 2013. En su primer trámite constitucional, el Senado aprobó las siguientes modificaciones a la Carta Fundamental:

- a) Modificar el artículo 8° en el sentido de sustituir su inciso primero por el siguiente: *“En el desempeño de sus funciones, los titulares de los órganos del Estado deben observar los principios de probidad y transparencia. Este último incluye los principios de publicidad y de acceso a la información pública.”*
- b) Intercalar en el numeral 12 del artículo 19, el siguiente párrafo tercero: *“Toda persona tiene derecho a buscar, requerir y recibir información pública, en la forma y condiciones que establezca la ley, la que deberá ser de quórum calificado.”*

Durante su segundo trámite legislativo, la Cámara de Diputados incorporó modificaciones a la propuesta del Senado, las cuales se resumen en lo siguiente:

- a) Elimina del nuevo inciso primero del artículo 8° la expresión *“Este último incluye los principios de publicidad y de acceso a la información pública.”*
- b) Suprime en el nuevo párrafo tercero, del número 12° del artículo 19, los vocablos *“y condiciones” y la frase “, la que deberá ser de quórum calificado”.*

Remitidas las modificaciones hechas por la Cámara Revisora, el Senado con fecha 5 de enero de 2015, las rechaza. Con el fin de resolver las controversias entre ambas Cámaras, se activa la conformación de una Comisión Mixta.

En atención a lo anterior, la Cámara de Diputados remite al Senado, la nómina de parlamentarios integrantes de la Comisión Mixta con fecha 8 de enero de 2015.

Con fecha 15 de junio de 2015, se hace presente la Suma urgencia al proyecto de reforma constitucional, periodo desde el cual no existen movimientos en el ámbito legislativo.

Además de lo anterior, cabe consignar que, con fecha 26 de julio de 2017, ingresó al Congreso Nacional una moción (**Boletín N°11342-07**) de los diputados Osvaldo Andrade, Guillermo Ceroni, Fuad Chaín, entre otros, que busca modificar la Constitución entre los capítulos I al VIII. Una de las materias que aspira a reformar la iniciativa, se refiere a incorporar el principio de transparencia en el artículo 8°, y el de reconocer expresamente

el derecho de acceso a la información, en el artículo 19 N° 12, ambos de la Constitución, en términos muy similares al de la reforma constitucional de los senadores.

III. OBSERVACIONES Y PROPUESTAS DEL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA

1. El proyecto se alinea con los estándares internacionales en la materia

La reforma constitucional busca en primer lugar, reforzar en el artículo 8° del Capítulo I de la Constitución el principio de transparencia en el ejercicio de las funciones públicas, señalando expresamente que éste comprende tanto el principio de publicidad como el de acceso a la información pública. En segundo lugar, propone incorporar el derecho de buscar, requerir y recibir información pública en el numeral 12° del artículo 19 del Capítulo III de la Constitución.

El carácter fundamental del derecho de acceso a la información pública, tiene sus fundamentos en el derecho y la jurisprudencia interamericana en materia de derechos humanos, la cual ha sido clara en reconocer a éste como un derecho humano que es parte integrante del derecho a la libertad de expresión, que constituye una obligación para Chile. Por su parte, el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que *“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.”*¹

En ese mismo sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a propósito del caso **“Claude Reyes y otros versus Estado de Chile”**, la cual ha sostenido que el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ya citada, ampara el derecho de las personas a recibir información y consagra la obligación positiva del Estado de suministrarla. A juicio de la Corte, la libertad de expresión comprende el derecho de acceder a la información que se haya en poder del Estado².

¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos. *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.*

2. *El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:*

a) *el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o*
b) *la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.*

3. *No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.*

4. *Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.*

5. *Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.”*

² Sentencia del 19 de septiembre de 2006, Serie C, No. 151 “Claude Reyes y otros vs Chile” de 19 de septiembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas):

“75. La jurisprudencia del Tribunal ha dado un amplio contenido al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención, a través de la descripción de sus dimensiones individual y social, de las cuales ha desprendido una serie de derechos que se encuentran protegidos en dicho artículo.

Por su parte, el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que “1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 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”.

En el caso del Pacto, el Comité de Derechos Humanos ha interpretado que el artículo 19 –que reconoce la libertad de expresión– también conlleva una obligación de acceso a la información pública. Tanto a través de sus Observaciones Generales como de su jurisprudencia, el Comité ha determinado que la libertad de expresión comprende un “derecho de acceso a la información en poder de organismos públicos”³. El 2011, el Comité resolvió un caso en que se declaró que “la libertad de pensamiento y expresión incluye la protección del derecho de acceso a información en poder del Estado” y los Estados Partes del Pacto tienen la obligación de proveer la información solicitada por un individuo “o justificar cualquier restricción a este derecho de acceso, bajo el Artículo 19, párrafo 3 del Pacto”⁴.

Por lo tanto, el proyecto de reforma constitucional viene a alinear el régimen constitucional chileno, tanto en las Bases de la Institucionalidad como en el reconocimiento de derechos, bajo los estándares internacionales que rigen para nuestro país.

2. Análisis y propuestas del proyecto de reforma constitucional

2.1 Consagración constitucional del principio de transparencia

Respecto al reconocimiento constitucional del principio de transparencia, cabe señalar que el proyecto de reforma significa un importante avance en esta materia. Más allá de las observaciones y sugerencias que puedan realizarse a este proyecto, este Consejo considera que la presente reforma constitucional se traduce en una modificación positiva, orientada a reforzar en la Constitución tanto un valor constitucional de la primera relevancia en un Estado Democrático y una concepción fuerte del derecho al acceso a la información pública y, consecuentemente, del contenido protegido por éste.

Sin perjuicio de lo anterior, no resulta clara la lógica de incorporar el principio de transparencia en un tratamiento conjunto con el principio de probidad en el mismo inciso primero del artículo 8º de la Constitución, ya que ambos principios obedecen a orientaciones distintas. Por un lado, conforme al artículo 52 inciso 2º de la Ley de Bases Generales de Administración del Estado, el principio de probidad 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. Este principio importa un

76. En este sentido la Corte ha establecido que, de acuerdo a la protección que otorga la Convención Americana, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión comprende “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”. Al igual que la Convención Americana, otros instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establecen un derecho positivo a buscar y a recibir información”.

3 Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 34: Artículo 19 Libertad de Expresión y Libertad de Opinión*, CCPR/C/GC/34, 12 de septiembre de 2011, ¶18.

4 Comité de Derechos Humanos, *Toktakunov v. Kyrgyzstan*, Com. No. 1470/2006, ¶7.4 (2011).

estándar de comportamiento para todas las autoridades y funcionarios públicos que se desempeñan en la Administración del Estado, sin perjuicio de la calidad jurídica que ostenten. Por otra parte, el artículo 4º de la Ley de N° 20.285, dispone que el principio de transparencia de la función pública consiste en respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley.

Como la Constitución establece el principio de publicidad en el inciso 2º del artículo 8, parece razonable que, con el objeto de lograr una mejor sistematización normativa, el principio de transparencia se incorpore dicho inciso, conjuntamente con la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del estado.

Propuesta de redacción. Reemplácese el inciso segundo del artículo 8º por el siguiente:

“Asimismo, éstos deberán observar estrictamente el principio de transparencia. 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.”

2.2 Incorporación del acceso a la información pública dentro de los derechos constitucionales del artículo 19

El legislador chileno ha dado pasos constantes en perfeccionar el sistema de acceso a la información pública. El proyecto de reforma constitucional busca, precisamente, consagrar al máximo rango normativo jerárquico algunos de los consensos básicos en esta materia.

El proyecto, sin embargo, puede ser mejorado en ciertos aspectos técnicos de detalle que dificultarían que el derecho de acceso a la información pública pueda transformarse en una herramienta de combate al secretismo y la corrupción en el ejercicio de la función pública. En este sentido, el proyecto original aprobado en su primer trámite constitucional, dispone un quórum calificado para todas aquellas leyes que regulen el acceso a la información pública. Actualmente, la Constitución en su artículo 8º solo reserva tal quórum a aquellas leyes que establezcan la reserva o secreto de información, cuando su divulgación afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional. Por lo tanto, se sugiere seguir el proyecto aprobado en segundo trámite, que ajusta la regla de quórum para hacerla armónica y coherente con el actual artículo 8º.

Es conveniente, además, precisar una potencial dificultad que surge del reconocimiento constitucional explícito del derecho a la información en el artículo 19 N° 12 de la Constitución. Al incorporarse el derecho en tal numeral, hace procedente el recurso de protección por expresa disposición del artículo 20 de la Carta Fundamental. Esta posibilidad podría generar una transformación en la garantía del derecho de acceso, pasando a una forma judicializada de tutela del derecho, a través del recurso de protección.

Sin embargo, y para efectos de la historia de la ley de reforma constitucional, es relevante que se deje constancia que el reconocimiento explícito del derecho de acceso en la Constitución no busca dismantelar la tutela de este derecho que el legislador ha desarrollado bajo el marco de la Ley de Transparencia. Por lo tanto, deberá siempre atenderse a que el recurso de protección no constituye **la sede natural** o vía idónea expedita para reclamar por una denegación del acceso a la información. En consecuencia, a fin de alcanzar el objetivo de fortalecer el acceso a la información sin alterar las competencias de este Consejo en la resolución de amparos, ni incentivar una excesiva judicialización de las solicitudes de acceso a la información pública. Esto es sin perjuicio de la posibilidad que, derechamente, se excluya el derecho de acceso de información del recurso de protección, modificándose, para ello, el artículo 20 cuando hace la referencia al artículo 19 N° 12.

Sin perjuicio de lo que decida el legislador, parece razonable seguir, en este punto, la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia que, tanto en sede medioambiental como en materia de acceso a la información. Las cortes han optado por remitir a la vía administrativa especial la resolución de los conflictos que se traten, por sobre la vía del recurso de protección.

Así lo ha dispuesto la Corte de Apelaciones de Santiago, la cual mediante Ingreso Rol N° **2892-2014**, conoció de un recurso de protección que buscaba invalidar una Resolución de Calificación Ambiental, rechazándolo y sosteniendo que la impugnación de la aprobación del proyecto y la decisión de si este debía ejecutarse por medio de un Estudio de Impacto Ambiental o de una Declaración de Impacto Ambiental, debió solicitarse ante los tribunales ambientales, ya que excedía del ámbito de la acción de protección. Concluyó señalando que *“si bien la jurisprudencia de esta Corte ha validado un intenso control sustantivo de las resoluciones de calificación ambiental, no restringiéndose únicamente a aquellos casos en que éstas habían incurrido en una manifiesta ilegalidad -oportunidad en que evidentemente es procedente la acción de protección- **no es posible obviar que ello pudo justificarse hasta antes de que nuestro ordenamiento jurídico a través de la ley N° 20.600 de 2012 creara los tribunales ambientales, pues desde que éstos se instalaron y ejercen su jurisdicción constituyen la sede natural para discutir este asunto dados los términos en que se ha planteado”***.

En esa misma línea, la jurisprudencia de la Corte de Apelaciones se ha pronunciado respecto al derecho al acceso a la información pública. En la causa **Rol N° 380-2016**, caratulada *“Valladares, Rosaura con Instituto Nacional de Derechos Humanos”*, la recurrente solicita al Instituto como custodio de la información recopilada por la Comisión Valech, todos los antecedentes contenidos en su carpeta que obra en poder de la Comisión. La Corte resolvió rechazando el recurso, señalando en su considerando cuarto que *“para evitar que existan dobles pronunciamientos jurisdiccionales, la Corte Suprema ha señalado que cuando existen otros recursos o procedimientos protectores de derechos fundamentales debe recurrirse a ellos como ha sucedido en materia ambiental o contenciosa administrativa, citando jurisprudencia al respecto y acompañando copia de sentencias en sustento de su posición. Solicita que en su mérito se declare improcedente el recurso interpuesto, ya que se trata la discusión sobre la procedencia y alcance de una excepción a la reserva legal del artículo 15 Ley 19.992.”*

En consecuencia, resulta claro que la jurisprudencia judicial en este ámbito, ha ido fallando, de manera paulatina, rechazando conocer por vía de la acción de protección, lo

referido a materias contencioso administrativas de carácter especial, cuando así lo ha establecido el legislador.

Propuesta de redacción: Se sugiere seguir la redacción surgida del 2º trámite constitucional en la Cámara de Diputados que establece lo siguiente respecto del numeral 12 del artículo 19:

“Toda persona tiene derecho a buscar, requerir y recibir información pública, en la forma y condiciones que establezca la ley.”