

Adamos Adel fallo Claude Reyes: Impacto y Desafíos

Esta obra está licenciada bajo licencia Creative Commons

Atribución – No Comercial – Compartir Igual 4.0 Internacional



Las opiniones expresadas son de exclusiva responsabilidad de los autores y no representan necesariamente la posición oficial del Consejo para la Transparencia.

Ediciones Consejo para la Transparencia, Santiago, Chile.

Septiembre 2016

Diseño y Composición Natalia Royer



Contenido



Presentación José Luis Santa María Zañartu



Prólogo Edison Lanza



Avances y desafíos A diez años de Claude Reyes **María Jaraquemada Hederra**



Nuevos caminos de conquista social El derecho fundamental de acceso a la información pública

Juan Pablo Olmedo



Apuntes sobre la implementación de la Transparencia en Chile a 10 años del caso Claude Reyes

Raúl Ferrada Carrasco



El impacto de la CIDH en la consolidación del derecho de acceso a la información pública en Chile

José Antonio Viera-Gallo



Derecho de acceso a la información: desafíos de la próxima década

Gloria de la Fuente



Una década de acceso a la información en las Américas

Moisés Sánchez



José Luis Santa María

Presidente del Consejo para la Transparencia. Abogado de la Universidad de Chile, fue abogado integrante de la Corte de Apelaciones de Santiago (1998-2002). Durante su carrera profesional se ha dedicado al ejercicio libre de la profesión prestando asesorías a diferentes empresas, principalmente del rubro energético, tales como Chilectra, Chilgener, Compañía General de Electricidad S.A. y Mediciones Geolec-Schlumberger desde 1980 a la fecha.

Además, se desempeña como director de la Industria Frigorífico Simunovic de Punta Arenas desde 1980; fue director de TERRASUR S.A. filial de EFE, es director y abogado de Estrella Petrolera de Chile S.A y fue miembro del Tribunal Supremo de Renovación Nacional.

Actualmente es consultor del estudio jurídico Grünwald y Cía., e integrante del estudio jurídico Pérez Donoso y Compañía Ltda. y es miembro del Colegio de Abogados.

Presentación

JOSÉ LUIS SANTA MARÍA ZAÑARTU · Presidente del Consejo para la Transparencia

a transparencia, valor esencial en las democracias modernas, ocupa hoy un sitial privilegiado en la agenda nacional e internacional por su relevancia en la lucha contra la corrupción, en el fortalecimiento de la participación ciudadana y en su contribución a la reconstrucción de las confianzas.

En Chile, la implementación y consolidación de la Ley de Transparencia y Derecho de Acceso a la Información Pública y la institucionalidad que la promueve y garantiza estuvieron marcadas por un hito: el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) frente a la negativa de entregar información sobre la empresa forestal Trillium y el proyecto Río Cóndor en poder del Comité de Inversiones Extranjeras del Gobierno de Chile.

Dicha negativa, refrendada por los Tribunales de Justicia nacionales, desembocó en la decisión de la CIDH en 2006, la que, junto con establecer la entrega de la información solicitada por los recurrentes, exigió al Estado chileno adoptar las medidas necesarias para garantizar el Derecho de Acceso a la Información Pública.

Este hito, conocido como "Fallo Claude Reyes", cumple ya diez años y marcó el impulso para la generación de numerosas legislaciones de acceso a la información pública, incluida la que rige desde hace más de siete años en Chile.

Su importancia nos convoca a conocer y reflexionar en torno a los antecedentes, análisis y argumentos que estuvieron en juego en la determinación de este emblemático fallo de la CIDH, como también a las reales implicancias de dicha decisión en el desarrollo e implementación de las Políticas Públicas de Transparencia en Chile y en la Región, y los desafíos que permanecen pendientes.

Animados por ese espíritu, esta publicación editada por el Consejo para la Transparencia reúne las reflexiones de importantes actores y representantes de este ámbito quienes, desde sus experiencias y conocimientos, entregan luces respecto de los aspectos que deben fortalecerse con miras a que la transparencia del Estado y la rendición de cuentas cautiven el interés y la participación ciudadana.



Edison Lanza

Relator Especial para la Libertad de Expresión desde octubre de 2014. Abogado uruguayo de la Universidad de la República, también se ha desempeñado como periodista, ha liderado casos relacionados con el derecho a la libertad de expresión ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y ha integrado, dirigido y fundado varias organizaciones no gubernamentales de defensa del derecho a la libertad de expresión.

Cursó estudios de postgrado sobre libertad de expresión y ley penal en la Universidad de la República de Uruguay, y realiza un doctorado sobre los procesos de regulación de medios audiovisuales en la Región en la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

Co-fundador del Centro de Archivos y Acceso a la Información Pública y co-fundador del Grupo Medios y Sociedad. Ejerció como docente de derecho a la información y comunicación en la Universidad de la República de Uruguay y ha sido docente o conferencista en las universidades Carlos III de Madrid, Nacional Autónoma de México, Buenos Aires en Argentina, De los Andes en Colombia, Católica de Lima, entre otras.

Ha participado en conferencias y foros académicos sobre libertad de expresión y derecho a la información en América, Europa y Asia, y ha ofrecido consultorías a distintos países para el desarrollo de proyectos de ley relacionados con el acceso a la información pública, derechos de rectificación y respuesta, libertad de expresión y medios de comunicación, entre otros.

Prólogo

EDISON LANZA · Relator Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH

l acceso a la información de interés público es el oxígeno de la democracia. El derecho a buscar y recibir información en poder del Estado forma parte del derecho a la libertad de expresión. En los hechos, tanto la posibilidad de investigar, disentir y criticar al Gobierno sin ser molestado; así como el derecho a exigir transparencia y rendición de cuentas a quienes ejercen el poder, son libertades fundamentales y conjugadas, son pilares centrales del sistema democrático de gobierno.

"Cuando el derecho a buscar y recibir información bajo control del Estado se hace efectivo, se convierte en una herramienta fundamental para la activa participación de los ciudadanos y ciudadanas en asuntos de interés público. Es una herramienta particularmente útil para el ejercicio informado de los derechos políticos, un instrumento crucial para la lucha contra la corrupción y un derecho instrumental para la realización de otros derechos humanos".

La promoción y protección de la libertad de expresión y el derecho a buscar y difundir información de interés público forman parte de la agenda hemisférica que propone la Relatoría Especial. Estas

preocupaciones han sido levantadas desde su creación hace casi 20 años por parte de los Estados de la OEA. Por ello, es un honor haber sido convocado por el Consejo para la Transparencia de Chile a prologar las reflexiones incluidas en esta publicación, cuya edición tiene el objetivo de celebrar una década de la sentencia pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Claude Reyes vs. Chile, que tuvo un impacto de extraordinarias proporciones tanto en Chile como en el resto de la región. En forma acertada, esta compilación reúne artículos realizados por expertos que formaron parte de la generación de chilenos que levantaron estos principios como una condición necesaria para la consolidación de la democracia, de integrantes de la sociedad civil y de las actuales autoridades del organismo que tiene el mandato de promover y hacer cumplir el derecho de acceso a la información en el país.

En el sistema interamericano, la relación entre derechos humanos, democracia representativa y derechos políticos, subyace en los ideales que promueve la Convención Americana de Derechos Humanos y quedó plasmada en la Carta Democrática Interamericana, aprobada en la Asamblea General de la OEA el 11 de septiembre de 2001. En esta lógica, la Carta Democrática Interamericana establece el derecho de los pueblos a la democracia, a la libertad de expresión y a la más

amplia participación en el marco del orden legal y constitucional.

Las declaraciones y el reconocimiento de los derechos no son nada sin garantías efectivas para su ejercicio. En 2009, la Relatoría Especial subrayó que "los ciudadanos se pueden definir por oposición a los súbditos". "Los ciudadanos cuestionan, piden, demandan. Los ciudadanos son ruidosos, se quejan, critican. Los súbditos, por el contrario, obedecen. Aceptan y callan. Están cómodos en el silencio y no cuestionan. No hace falta decir que las democracias exigen ciudadanos y ciudadanas militantes: el acceso a la información es una herramienta que se ajusta perfectamente a lo que se espera de los miembros de una sociedad democrática. En sus manos, la información pública sirve para proteger derechos y prevenir abusos de parte del Estado. Es una herramienta que da poder a la sociedad civil y es útil para luchar contra males como la corrupción y el secretismo, que tanto daño hacen a la calidad de la democracia en nuestros países".1

Cuando el derecho a buscar y recibir información bajo control del Estado se hace efectivo, se convierte en una herramienta fundamental para la activa participación de los ciudadanos y ciudadanas en asuntos de interés público. Es una herramienta particularmente útil para el ejercicio informado de los derechos políticos, un instrumento crucial para la lucha contra la corrupción y un derecho instrumental para la realización de otros derechos humanos. En efecto, el acceso a la información permite a todas las personas conocer qué derechos tienen y cómo defenderlos. Esto último es particularmente crítico para los sectores sociales marginados o excluidos que no suelen tener a su disposición información que les permita conocer el alcance de sus derechos y la forma de hacerlos efectivos.

La mayor parte de los países de la región ha transitado en los últimos 30 años, de gobiernos autoritarios o dictatoriales a la construcción de sistemas democráticos vibrantes, lo que implica recorrer un camino largo, sinuoso y no ajeno a la posibilidad de retrocesos. El sistema interamericano, los Estados, la sociedad civil y los medios de comunicación han demostrado ser fuerzas indispensables para promover los cambios democráticos permanentes que nuestras sociedades requieren y conjurar para siempre las tentaciones de caer en el autoritarismo, volver a imponer el secreto en la administración del Estado y reprimir la crítica.

En la transición y consolidación del sistema democrático, ha sido especialmente crucial el papel de la sociedad civil de la región en la defensa del derecho a la libertad de expresión y el acceso a la información -un actor fundamental en la construcción de instrumentos nacionales e internacionales que obligan a los Estados a adoptar mecanismos que permitan hacer efectivo el derecho de acceso a la información-. Es en ese marco que se desarrolló el caso de los ciudadanos chilenos encabezados por Marcel Claude Reyes.

Estos ciudadanos chilenos habían solicitado información al Comité de Inversiones Extranjeras de Chile sobre un proyecto de deforestación que se realizaría en el sur de ese país -y que podría afectar el medio ambiente-. Sin embargo, el Estado adoptó una postura prescindente y decidió ocultar buena parte de la información que había sido solicitada, sin ofrecer fundamentos para sustraer esa información del conocimiento público. Estos ciudadanos llevaron su pedido ante los Tribunales de Chile, pero tampoco encontraron satisfacción a sus demandas legítimas de información. De ese modo, el derecho a acceder a información de indudable interés público, se tornaba ilusorio. Fue entonces que recurrieron al sistema interamericano apoyados por un conjunto de organizaciones de derechos humanos de América Latina decididas a avanzar la causa del acceso a la información y la transparencia.

El 19 de septiembre de 2016 se cumplen 10 años de la emblemática sentencia pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en este caso. La Corte estableció que el Estado chileno había violado el derecho de acceso a la información "consagrado en el artículo 13 de la Convención

¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2012). El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano (Segunda edición). Costa Rica: CIDH, página 10.

Americana" y, de ese modo, incumplió "la obligación general de adoptar [sus] disposiciones de derecho interno" en dicha materia.

Esta fue la primera sentencia de una alta corte internacional que reconoció al derecho de acceso a la información como un derecho autónomo, que forma parte del derecho a buscar, recibir y difundir información establecido en el artículo 13 de la Convención Americana. De acuerdo a la Corte esto, además, implica diversas obligaciones para los Estados.

"El caso tuvo un impacto extraordinario. De hecho, tuvo efectos inmediatos y se convirtió en un catalizador para la adopción de la ley de acceso a la información pública en Chile y la creación del propio Consejo para la Transparencia, algo que desde años atrás era impulsado desde las organizaciones de la sociedad civil. Pero también fue una decisión crucial para promover la adopción de normas semejantes en otros países de la región, como Brasil, la mayor parte de América Central y el Cono Sur".

El caso tuvo un impacto extraordinario. De hecho, tuvo efectos inmediatos y se convirtió en un catalizador para la adopción de la ley de acceso a la información pública en Chile y la creación del propio Consejo para la Transparencia, algo que desde años atrás era impulsado desde las organizaciones de la sociedad civil.

Pero también fue una decisión crucial para promover la adopción de normas semejantes en otros países de la región, como Brasil, la mayor parte de América Central y el Cono Sur. Estos movimientos, una vez más, se apoyaron en los reclamos constantes de la población de diversos Estados por mayor transparencia y rendición de cuentas.

El fallo Claude Reyes llegó, además, en un momento de madurez del sistema interamericano de derechos humanos, y junto a los estándares desarrollados por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, que habían sido expuestos por la Comisión en el marco del propio caso, tuvo un fuerte impacto en el marco jurídico interamericano sobre acceso a la información pública.

En la última década ha cambiado el panorama en lo referente al respeto y las garantías para ejercer este derecho en la región: en total, 22 países de las Américas han sancionado leyes de acceso a la información pública y en distinta medida han desarrollado entidades de supervisión para implementar y hacer efectivo este derecho. En el reciente informe temático "El derecho de acceso a la información pública en las Américas: entidades especializadas para la supervisión y cumplimiento"², la Relatoría Especial expuso los marcos institucionales, las atribuciones y los desafíos que enfrentan esta clase de organismos a lo largo del hemisferio.

Además de Chile, países como México han creado entidades como el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Datos Personales, dotadas de independencia, autonomía y presupuesto para implementar este derecho y resolver con fuerza vinculante los conflictos entre los solicitantes y los organismos que invocan alguna de las excepciones legítimas para negar información. Brasil también se sumó con una ley de acceso modélica impulsada por una sociedad civil vibrante. Países como El Salvador, Honduras, Paraguay y Uruguay se han sumado a los países con leyes e instituciones para garantizar el acceso a la información. Estados Unidos y Canadá también han hecho

reformas recientes a sus leyes sobre libertad de información. Los órganos de supervisión de la región han creado, además, una Red de Transparencia (RTA) de alcance hispanoamericano.

"El fallo Claude Reyes
llegó en un momento
de madurez del sistema
interamericano de derechos
humanos, y junto a los
estándares desarrollados por
la Relatoría Especial para la
Libertad de Expresión, que
habían sido expuestos por
la Comisión en el marco del
propio caso, tuvo un fuerte
impacto en el marco jurídico
interamericano sobre acceso
a la información pública".

En los años siguientes al caso Claude Reyes, las garantías para el ejercicio de este derecho se fueron extendiendo en toda la región. La Asamblea General de la OEA reiteró la importancia del derecho de acceso a la información pública y encomendó al Departamento de Derecho Internacional redactar una Ley Modelo sobre Acceso a la Información y una Guía para su implementación, de conformidad con los estándares internacionales alcanzados en la materia. Para el cumplimiento de este mandato se conformó un grupo de expertos del cual formó

parte la Relatoría Especial. Los proyectos para ambos instrumentos fueron presentados al Comité de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente en abril de 2010.³ En junio de 2010, la Asamblea General de la OEA emitió la resolución AG/RES 2607 (XL-O/10)⁴ que aprobó el texto de la Ley Modelo⁵ y se reafirmó la importancia de los informes anuales de la Relatoría Especial. Estos informes se han concentrado en la fijación de los estándares normativos interamericanos sobre acceso a la información, sistematizando la doctrina y la jurisprudencia interamericana en la materia.⁶

Para concluir, quiero volver a la decisión que hoy celebramos y su fuerte impacto en Chile. Como parte del cumplimiento de las resoluciones del fallo mencionado, el Congreso promulgó la Ley No. 20.285 sobre Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado. Una década después, en la reciente visita in loco realizada por la Relatoría Especial a Chile, las organizaciones de la sociedad civil, los periodistas, la academia, así como las autoridades del Estado, reconocieron la importancia que ha tenido la ley de transparencia y acceso a la información en la profundización de la democracia chilena. En particular, valoraron positivamente la forma en la que las agencias y ministerios del Estado han cumplido progresivamente con su obligación de transparencia activa y el rol del Consejo para la Transparencia -órgano de supervisión de la ley de transparencia y acceso a la información- en la promoción y fiscalización de la transparencia de la función pública y su rol crítico en la resolución de controversias producto de la negativa al acceso a la información por parte de los sujetos obligados, invocando las excepciones establecidas en la legislación.

No obstante estos avances, en sus observaciones preliminares, la Relatoría Especial también señaló

² CIDH (2014). El derecho de acceso a la información pública en las Américas: entidades especializadas para la supervisión y cumplimiento. Costa Rica: CIDH

³ OEA (2010). Consejo Permanente y Comité de Asuntos Jurídicos y Políticos. OEA/Ser.G. CP/CAJP-2840/10 Corr.1. "Ley modelo interamericana sobre acceso a la información". Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/CP-CAJP-2840-10_Corr1_esp.pdf

⁴ OEA (2010). Asamblea General. AG/RES. 2607 (XL-0/10). Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2607-2010.pdf

⁵ La Ley Modelo y su Guía de Implementación se encuentran disponibles en: http://www.oas.org/dil/esp/acceso_a_la_informacion_ley_modelo.htm

⁶ Una recopilación actualizada del marco jurídico interamericano en materia del derecho al acceso a la información pública fue recientemente publicado por la Relatoría Especial. Véase: CIDH (2009). Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. El Derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano.. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/ACCESO%20A%20LA%20INFORMACION%20FINAL%20CON%20PORTADA.pdf

los desafíos que persisten para consolidar definitivamente los ideales de máxima divulgación de la información en poder del Estado. Organismos fundamentales como los Poderes Judicial y Legislativo, las empresas estatales, las universidades públicas y los partidos políticos aún no tienen las mismas obligaciones de transparencia bajo la Ley que la Administración Central.

"(En reciente visita a Chile) la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión señaló los desafíos que persisten para consolidar definitivamente los ideales de máxima divulgación de la información en poder del Estado. Organismos fundamentales como los Poderes Judicial y Legislativo, las empresas estatales, las universidades públicas y los partidos políticos aún no tienen las mismas obligaciones de transparencia bajo la Ley que la Administración Central".

Por otra parte, también ha crecido la tendencia por parte de los organismos estatales de impugnar las decisiones del Consejo y llevarlas incluso hasta una segunda instancia ante la Corte Suprema, lo que dilata la entrega de información oportuna y, eventualmente, pone en cuestión los criterios del organismo especializado para desclasificar información. Una atribución central de los órganos garantes radica en la capacidad para resolver controversias sobre la provisión de información a través de decisiones vinculantes. Constituye, además, una buena práctica que el ordenamiento jurídico establezca que estas decisiones son definitivas e inatacables para los sujetos obligados, sin perjuicio de que los particulares deberían mantener el derecho de impugnar las determinaciones o resoluciones adversas de los organismos garantes ante los Tribunales competentes, en garantía al derecho de acceso a la justicia.

Los notables avances que se abrieron en Chile a partir de la decisión recaída en el caso Claude Reyes y otros versus Chile, junto a la aprobación de la ley de Transparencia y Acceso a la Información, constituyen un antes y un después para la consolidación del derecho a la libertad de expresión y el acceso a la información en Chile. No obstante, los derechos y las buenas prácticas de transparencia no se conquistan de una vez y para siempre; la celebración de estos avances debe servir de impulso para nuevas reformas legales y el afianzamiento de las instituciones creadas por el extraordinario movimiento ciudadano que impulsó la adopción de estas reglas de juego democráticas hace una década.



Raúl Ferrada Carrasco

Director General del Consejo para la Transparencia de Chile, desde el año 2009, cargo desde el cual le ha correspondido la instalación de esta Corporación encargada de promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos del Estado y garantizar el derecho de acceso a información.

Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Diego Portales, Master in Business Law (MBL) de la Universidad Adolfo Ibáñez, Coach Ontológico certificado por Newfield Consulting y Universidad del Desarrollo.

En el sector privado, se desempeñó en el ámbito de la investigación y docencia jurídica en temas de derecho privado y comercial en el estudio del profesor Fernando Fueyo Laneri.

En el sector público, tiene una vasta trayectoria profesional.

En la Superintendencia de Isapres fue abogado de Resolución de Conflictos y de Fiscalía, Jefe de Asesoría Jurídica, Jefe del Departamento de Marketing y Clientes. En la Superintendencia de Salud fue seleccionado por el Sistema de Alta Dirección Pública como primer Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, correspondiéndole instalar dicha institucionalidad en el ámbito de la supervigilancia y control del sistema de seguros previsionales de salud, público y privado, y desempeñarse como Árbitro Arbitrador para la resolución de controversias entre estos institutos y sus cotizantes y beneficiarios.

Apuntes sobre la implementación de la Transparencia en Chile a 10 años del caso Claude Reyes

RAÚL FERRADA CARRASCO · Director General del Consejo para la Transparencia

la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Claude Reyes y otros Vs Chile", es interesante volver sobre la forma en que ésta desarrolla el fundamento y sentido del derecho de acceso a información pública. Dichas consideraciones iluminan y se entrelazan sustantivamente con las orientaciones estratégicas que guían el accionar del Consejo para la Transparencia y permiten priorizar, para comentar en estas líneas, algunos de los variados aspectos relevantes del estado de implementación de esta institucionalidad.

"La dictación de esta sentencia marca el inicio y también el rumbo del Consejo para la Transparencia, consagrado explícitamente a promover y garantizar el derecho de acceso a la información pública y fomentar la institucionalización de una cultura de la transparencia en nuestro país".

Desde luego destacan las circunstancias del caso, ya que los solicitantes de información, Marcel Claude Reyes, Sebastián Cox Urrejola y el diputado Arturo Longton Guerrero, después de una prolongada tramitación administrativa y judicial en el país, se vieron obligados a recurrir a una

instancia jurisdiccional internacional para lograr el amparo de su derecho a acceder a información pública en poder del Estado Chileno. También la vinculación directa que traza el fallo con el acceso a información, la gestión pública y la participación ciudadana. Declara la Corte que"... el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales..." y que "el acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso"1.

Asimismo, resalta la importancia del rol promotor y garante de la institucionalidad y de su efectividad. Se trata de acceso oportuno y visible en el accionar concreto de las entidades estatales. Conforme la sentencia, el derecho de acceso a la información pública es un requisito sine qua non del funcionamiento democrático que como tal, y comprendido en la libertad de pensamiento y expresión, debe ser garantizado por los Estados al grado de suprimir las "... normas y prácticas que entrañen violaciones a tales derechos, así como la expedición de normas y el desarrollo de

¹ Sentencia Claude Reyes y otros Vs. Chile, párrafos 86 y 87 de las Consideraciones de la Corte.

prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías..."².

Para ello, añade la sentencia, "...no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad..." con "...plazos para resolver y entregar la información, y que se encuentre bajo la responsabilidad de funcionarios debidamente capacitados"³.

"En la profundización del derecho de acceso a la información y en la promoción de un Estado transparente, hay una oportunidad de reconstrucción de la alicaída confianza pública, porque ciudadanos más informados, conscientes de su derecho a solicitar información al Estado e instituciones públicas abiertas a entregarla oportunamente y con completitud, pueden ayudar a revertir este adverso ambiente social".

La dictación de esta sentencia marca el inicio y también el rumbo del Consejo para la Transparencia, consagrado explícitamente a promover y garantizar el derecho de acceso a la información pública y fomentar la institucionalización de una cultura de

la transparencia en nuestro país, con una visión que remarca "la consolidación de un modelo de gestión gubernamental que, inspirado en el Principio de Transparencia y el Derecho de Acceso a la Información Pública, profundiza la democracia y fomenta la confianza en la función pública sobre la base de la participación y el control ciudadano"⁴.

Para materializar dicha visión, el Consejo para la Transparencia ha desarrollado instrumentos para cubrir dos ámbitos de interacción críticos en la implementación de la política de Transparencia: habilitando a la ciudadanía para el ejercicio de este derecho y dotando a organizaciones públicas y sus funcionarios de las capacidades necesarias para satisfacer estas demandas.

Este proceso ha coincidido con un contexto en que la sociedad demanda mayor transparencia y probidad, y la ciudadanía está más consciente de sus derechos y desconfiada de la institucionalidad. Desde el año 2011 no más de un tercio de las personas confía en el sector público, no obstante lo cual, aquellos que tienen conocimiento de la Ley de Transparencia y del Consejo para la Transparencia manifiestan una percepción más positiva de las instituciones públicas en cuanto a su capacidad, integridad y orientación al bien común⁵.

Es por ello que este Consejo ha insistido que en la profundización del derecho de acceso a la información y en la promoción de un Estado transparente, hay una oportunidad de reconstrucción de la alicaída confianza pública, básicamente porque ciudadanos más informados, conscientes de su derecho a solicitar información al Estado e instituciones públicas abiertas a entregarla oportunamente y con completitud, pueden ayudar a revertir este adverso ambiente social.

En el centro de la política pública de transparencia se sitúa el acceso a la información bajo el control del Estado. En ese ámbito, la acción de solicitar y acceder a información es una realidad en nues-

² Sentencia Claude Reyes y otros Vs. Chile, párrafo 101 de las Consideraciones de la Corte.

³ Sentencia Claude Reyes y otros Vs. Chile, párrafo 131 y 163 de las Consideraciones de la Corte.

⁴ Ver en Visión del CPLT en www.cplt.cl

⁵ VII Estudio Nacional de Transparencia, Consejo para la Transparencia: diciembre 2015.

tro país y es éste el cambio paradigmático post Claude Reyes. Desde la entrada en vigencia de la Ley de Transparencia en 2009 y hasta junio de este año, han ingresado cerca de 396.610 solicitudes de acceso a la información pública6 a los diferentes organismos de la administración central. Estas solicitudes se concentran en el área social, interés que se ve confirmado por las percepciones ciudadanas que consideran que es más necesaria la información pública en los ámbitos de salud, educación y vivienda. El perfil del solicitante de información se caracteriza por tratarse mayoritariamente de mujeres del segmento C3, con educación media o menor, que no tienen conocimiento de la Ley o de la existencia del Consejo para la Transparencia y que solicitan información a su municipio como una acción orientada a la obtención o acceso a otros derechos o beneficios del Estado.

Sin embargo, la instalación del derecho de acceso a información como tal, reflejado en la interposición de reclamos ante el Consejo para la Transparencia, es aún un fenómeno acotado y elitizado. En efecto, desde 2009 a agosto de 2016 sólo han ingresado 16.466 casos al Consejo para la Transparencia, que representan un bajo porcentaje de las solicitudes registradas en igual período. El reclamante mayoritariamente es hombre, con un rango etario que fluctúa entre los 26 y 35 años, con formación universitaria y cuya actividad laboral la realiza en el sector público o como independiente.

Dudamos que este nivel de reclamos derive de la plena satisfacción con las respuestas de los órganos y creemos que se explica más bien por los bajos niveles de conocimiento de la ley (26%) y del Consejo (20%), con la consiguiente baja conciencia del derecho a reclamar⁷.

Con todo, el alto nivel de resolutividad de los reclamos que se han gestionado, de los cuales el 95% ya cuenta con una decisión de nuestro Consejo Directivo, y la amplitud de los temas públicos abordados en la base de dichos procedimientos, derivan en una rica y vasta jurisprudencia que

debidamente difundida en la Administración, favorece la expedita atención de solicitudes futuras equivalentes, previendo la aparición de nuevos conflictos particulares entre solicitantes y órganos requeridos, lo que aporta a la efectividad de la normativa.

Establecer un derecho positivo a buscar y recibir información, afirma la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, supone la supresión de las prácticas que entrañen privaciones y perturbaciones al ejercicio de ese derecho y la incorporación de otras conducentes a su efectiva observancia, con un énfasis especial en la responsabilidad de funcionarios debidamente capacitados. Es este probablemente uno de los mayores desafíos de implementación ya que refiere, en parte importante, a la cultura organizacional de más de 770 órganos públicos y sus funcionarios, constituidos y formados en un entorno caracterizado más por la reserva y opacidad que por la apertura y entrega de información.

La política de Transparencia se relaciona directamente con la gestión de las organizaciones y los desafíos de su implementación son, propiamente, desafíos de gestión. El segmento que mejor refleja, tal vez, lo arduo de este propósito y que sintetiza de buena manera cómo se ha abordado la tarea desde el Consejo para la Transparencia, es el conjunto de los 345 municipios del país. Es útil tener presente que en Chile, estas organizaciones son extremadamente diversas en capacidades institucionales, profesionales y financieras, dispersas en un territorio extenso y con desafíos y necesidades de personas y entornos muy variados. En los inicios de la entrada en vigencia de la Ley de Transparencia, los resultados de transparencia activa del sector municipal alcanzaban un cumplimiento

⁶ Información obtenida desde la Comisión Defensora Ciudadana y Transparencia, correspondiente al mes de Julio 2016.

⁷ VII Estudio Nacional de Transparencia, Consejo para la Transparencia: diciembre 2015.

promedio de un 30%, con 200 municipios por debajo de ese resultado⁸. Este magro rendimiento dio cuenta de un generalizado déficit de gestión en este ámbito en particular, caracterizado por la falta de procedimientos, estándares, sistemas de seguimiento y evaluación, y de entendimiento y capacitación de los funcionarios. No sin razón, el mundo municipal asumía que su falta de capacidades institucionales era un escollo insuperable para la implementación de la política de Transparencia.

"La acción de solicitar y acceder a información es una realidad en nuestro país y es éste el cambio paradigmático post Claude Reyes. Desde la entrada en vigencia de la Ley de Transparencia en 2009 y hasta junio de este año, han ingresado cerca de 396.610 solicitudes de acceso a la información pública a los organismos públicos".

Desde el Consejo se apostó por la gestión y, en un esfuerzo que ya ha dado frutos, se invirtió el paradigma convocando a los municipios a implementar decididamente la política de Transparencia en un proceso gradual de fortalecimiento de sus capacidades institucionales. Con un instrumento de promoción denominado Modelo de Gestión en Transparencia Municipal, MGTM, se ha interactuado con 325 municipios que han adherido voluntariamente a esta metodología y se ha capacitado a 1.559 funcionarios municipales. Dichos municipios exhiben hoy un rendimiento promedio de 77,48% en transparencia activa y 313 de ellos gestionan sus solicitudes de información electrónicamente en el Portal de Transparencia del Estado, con altos niveles de servicio y gestión.

La política de Transparencia es eminentemente ciudadana y se valoriza, precisamente, por el empoderamiento ciudadano al cual se orienta. El Acceso a la Información Pública promueve la participación social y por ello "...para que las personas puedan ejercer el control democrático es esencial que el Estado garantice el acceso a la información de interés público bajo su control. Al permitir el ejercicio de ese control democrático se fomenta una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad"9.

Sin embargo, no basta con disponibilizar información para avanzar en participación. Se requiere educar transfiriendo conocimientos y habilidades que no han estado presentes en los procesos formativos de los ciudadanos y que son más bien ajenos a nuestra idiosincrasia.

Por ello, junto con las campañas de difusión masiva del derecho de acceso a la información, el Consejo para la Transparencia ha desarrollado un programa que provee de contenido al capítulo de transparencia de la recientemente promulgada Ley de Formación Ciudadana¹⁰, cuyo público objetivo son los alumnos de educación básica y media. El propósito de esta iniciativa es que niños, niñas y jóvenes sean capaces de contribuir en la construcción de una sociedad basada en el respeto, la tolerancia, la cooperación y la libertad, como también promover la comprensión y análisis del concepto de ciudadanía y los derechos y deberes asociados en una sociedad democrática, con foco en la Transparencia y el Acceso a la Información. Esta actividad se complementa con otra de formación de formadores, en la que se busca incorporar los mismos conocimientos en los estudiantes de

⁸ Proceso de fiscalización de las disposiciones de Transparencia Activa realizado a 345 municipios, año 2012.

⁹ Sentencia Claude Reyes y otros Vs. Chile, párrafo 87 de las consideraciones de la Corte.

¹⁰ Ley N°20.911 que crea el plan de formación ciudadana para los establecimientos educacionales reconocidos por el Estado.

Pedagogía y en docentes en ejercicio profesional, con el objetivo de dotarlos de las herramientas para que puedan transmitir estos contenidos en la educación formal de los estudiantes.

Desde la óptica del desarrollo de los procesos participativos por parte de las entidades públicas se hace necesaria alguna regulación, de modo que la participación no sea un continente sin contenido alguno que, por su laxitud y la tentación de los servicios públicos de orientarla a acciones de publicidad más que de transparencia, derive en desprestigio y frustración de expectativas. Esta relación tan directa entre transparencia y participación se evidencia en que el aprendizaje acumulado después de sucesivos pilotajes realizados con ocasión de proyectos normativos y los propios ciclos de gestión del Consejo, se ha plasmado en "Recomendaciones tendientes a perfeccionar la transparencia en los procesos de consulta pública y cuenta pública participativa a efectuarse por los órganos de la Administración del Estado"11, explicitando estándares que orienten a la administración para instalar auténticos procesos participativos y de rendición de cuentas, y no de cuentos como se ha ironizado en más de una ocasión.

"Chile abordó con rigor el cumplimiento del fallo y adoptó las medidas necesarias para resguardar el derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, transformando este revés judicial en una oportunidad de desarrollo de su institucionalidad pública".

No podemos concluir estos comentarios sin mencionar que, además de su contenido sustantivo, la sentencia del caso Claude Reyes pone de relieve la importancia y efectividad de la institucionalidad que la comunidad internacional se ha dotado para la promoción y protección de los derechos humanos. Este es un espacio en que la promoción de la Transparencia está jugando un rol en torno a la Red de Transparencia y Acceso a la Información Pública, RTA, actualmente presidida por el Consejo para la Transparencia de Chile e integrada por 14 países y organismos asociados tales como la OEA y el programa de cooperación regional Eurosocial.

La RTA es una instancia permanente de intercambio de conocimientos y experiencias entre autoridades garantes y promotoras de la transparencia y derecho de acceso a la información pública, con el fin de contribuir a la rendición de cuentas y el fortalecimiento de la gestión pública. Entre sus líneas de desarrollo se encuentra la generación de indicadores que evalúen avances y retrocesos de la política en la región. Se trata del "Proyecto de Indicadores RTA/Eurosocial", que ya tuvo una primera evaluación presentada en el décimo encuentro de la RTA celebrado en Uruguay en 2015.

Dicha medición se aplicó preliminarmente a 11 países de la región y arrojó respecto de Chile resultados de interés: una evaluación de la implementación positiva, bastante por sobre el promedio de los países evaluados en la dimensión de procesos, que se asocia a la existencia de acciones de fiscalización, capacitación y plan de medios respecto a la política, así como el buen desempeño de los sujetos obligados que han ido cumpliendo incrementalmente con la normativa.

Cabe destacar que Chile es de los pocos países evaluados que no sólo mide el desempeño institucional, sino que realiza periódicamente, a través de este Consejo, estudios de percepción de ciudadanos, usuarios y funcionarios públicos respecto a la norma con niveles de satisfacción que son, en general, razonables. En la dimensión de recursos, en cambio, que miden el reconocimiento y garantías normativas del derecho de acceso a la información, los resultados muestran que el país obtiene una evaluación por debajo del promedio de la región, por cuanto, a diferencia de varios países, en Chile no se reconoce explícitamente el derecho de acceso a la información en la Constitución Política. sino que se limita a reconocer la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado; el número de sujetos obligados tiene limitaciones que están por debajo de los estándares internacionales y no exhibimos una política clara en gestión de archivos y datos abiertos.

De esta forma, un análisis comparativo da cuenta que a 10 años de la sentencia Claude Reyes, Chile abordó con rigor el cumplimiento del fallo y adoptó las medidas necesarias para resguardar el derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, transformando este revés judicial en una oportunidad de desarrollo de su institucionalidad pública, exhibiendo evidentes avances en la instalación de una cultura de la transparencia en el país que se grafica con elocuencia en las casi 400 mil solicitudes de acceso a información a la

Administración, en las que ya no ha sido necesario recurrir a profesionales calificados para litigar con el Estado, y un modelo de implementación reconocido como referente a nivel internacional y que tiene su muestra más visible en el actual liderazgo del Consejo para la Transparencia en la red de órganos garantes RTA.

Dicho análisis muestra también desafíos y riesgos, particularmente en el ámbito normativo, que deben ser abordados para que esta política y sus instrumentos vayan de la mano con las necesidades y demandas crecientes de la ciudadanía.

"La sentencia del caso Claude Reyes pone de relieve la importancia y efectividad de la institucionalidad que la comunidad internacional se ha dotado para la promoción y protección de los derechos humanos".



José Antonio Viera-Gallo

Embajador de Chile en Argentina desde 2015. Fue Senador por la VIII Región del Bío-Bío (1998-2005) y Diputado por Concepción, Chiguayante y San Pedro de la Paz (1990-1994 y 1994-1998), siendo Presidente de la Cámara desde el 11 de marzo de 1990 al 21 de julio de 1993. Se desempeñó como Ministro Secretario General de la Presidencia en el período 2007-2010 e integró el Tribunal Constitucional (2010-2013). Fue Presidente de Chile Transparente desde 2014 a 2015.

Dentro de su trayectoria, dirigió el Centro de Estudios Sociales CESOC (1984-1989) y fue Director Adjunto de Idoc International (Roma 1974-1983). Previamente se desempeñó como Secretario de Ministros de la Corte Suprema de Justicia y fue Subsecretario de Justicia (1970 - 1972).

Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile, con estudios de post-grado en el Instituto Latinoamericano de Doctrina y Estudios Sociales (ILADES), ha desarrollado diversas actividades académicas, entre las que destacan: Director de Estudios de la Pontificia Universidad Católica de Chile (1973), Profesor del Instituto de Ciencia Política del Centro de Estudios de la Realidad Nacional de ese plantel (1968–1972), Profesor Investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad de Camerino en Italia 1974–1978) y miembro del Directorio de la Universidad de Concepción. Profesor de las Facultades de Derecho de la Universidad de Chile y Universidad Alberto Hurtado.

Es socio principal del Estudio Jurídico Viera-Gallo Abogados.

El impacto de la CIDH en la consolidación del derecho de acceso a la información pública en Chile

JOSÉ ANTONIO VIERA-GALLO · Embajador de Chile en Argentina

a jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos había venido desarrollando, desde los años 90, de manera muy profusa, el contenido del derecho de acceso a la información pública, su fundamentación y la configuración de las excepciones a tal derecho, como consecuencia de la garantía a la libertad de expresión. Pero sin duda la sentencia del caso Claude vs. Chile marcó un hito significativo.

Entre las sentencias más importantes encontramos tres casos seguidos, justamente contra el Estado de Chile, referidos a la libertad de expresión y que inciden en la configuración del derecho de acceso a la información. El primero de ellos fue el de la película "La última tentación de Cristo", de 5 de febrero de 2001, en que la Corte resolvió, entre otras cosas, que la censura cinematográfica previa establecida en la Constitución, violaba la libertad de expresión. El segundo caso fue "Palamara vs. Chile", de 22 de noviembre de 2005, en el cual la Corte decidió que Chile atentaba contra la libertad de expresión al tipificar el delito de desacato. El tercer caso, y sin duda el más relevante para el tema que nos ocupa, fue "Claude Reyes vs. Chile", de 19 de septiembre de 2006, en que la Corte Interamericana por primera vez se refirió al derecho de acceso a la información pública, precisó su contenido y los principios que lo rigen.

Este último caso se inició luego que representantes de organizaciones medioambientales y parlamentarias solicitaran al Comité de Inversión Extranjera (CIE), en el año 1998, información relativa al Proyecto Río Cóndor, vinculado al denominado "caso Trillium", donde dicha empresa forestal estadounidense se proponía explotar 250 mil hectáreas de bosque de lenga en la XI Región. Frente al rechazo a la solicitud de acceso, y luego de agotar las instancias en Chile, los peticionarios decidieron recurrir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En la sentencia, la Corte ordenó al Estado entregar la información solicitada por los requirentes, e instó a la creación de un mecanismo que asegurara el derecho de acceso a la información pública y la capacitación de funcionarios públicos en la materia. En diciembre de 2008, la Corte resolvió cerrar el caso estimando que el Estado de Chile ya había dado cumplimiento a todas las observaciones formuladas en la sentencia condenatoria, pues se había reformado la Constitución Política y se había dictado la Ley 20.285.

La Corte reconoce que la Convención Americana, la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al proteger la libertad de expresión, no sólo asegura el derecho y libertad de expresar el propio pensamiento, sino también el derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole¹. Con ello, la Corte identifica al derecho de

¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2006). Fallo Caso Claude Reyes contra el Estado de Chile, párr. 76; Fallo Caso López Álvarez, párr. 163; Fallo Caso Ricardo Canese, párr. 77; y Fallo Caso Fallo Herrera Ulloa, párr. 108. Disponibles en http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lanq=en

acceso a la información pública como un derecho implícito o inmerso en la libertad de expresión.

El derecho de acceso a la información, al igual que la libertad de expresión en sentido amplio, se concibe como un atributo fundamental de la democracia. Sobre este punto, en el caso Claude Reyes, la Corte señaló:

"85. La Corte Interamericana ha hecho referencia a la estrecha relación existente entre democracia y libertad de expresión, al establecer que

[...] la libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también conditio sine qua non para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre (Cfr. Caso Ricardo Canese, supra nota 72, párr. 82; Caso Herrera Ulloa, supra nota 72, párr. 112; y Opinión Consultiva OC-5/85, supra nota 72, párr. 70).

86. En este sentido, el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. El acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso.

87. El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública (Cfr. Caso Palamara Iribarne, supra nota 72, párr. 83; Caso Ricardo Canese, supra nota 72, párr. 97; y Caso Herrera Ulloa, supra nota 72, párr. 127. En el mismo sentido, cfr. Feldek v. Slovakia, no. 29032/95, § 83, ECHR 2001-VIII; y Surek and Ozdemir v. Turkey, nos. 23927/94 and 24277/94, § 60, ECHR Judgment of 8 July, 1999). Por ello, para que las personas puedan ejercer el control democrático es esencial que el Estado garantice el acceso a la información de interés público bajo su control. Al permitir el ejercicio de ese control democrático se fomenta una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad."

Este mismo criterio ya había sido señalado por diversos organismos regionales, los cuales se citan en la sentencia. En 1999 se había emitido la Declaración Conjunta de los Relatores para la Libertad de Expresión de ONU, OSCE y OEA, en que declararon que "implícito en la libertad de expresión está el derecho de toda persona a tener libre acceso a la información y a saber qué están haciendo los gobiernos por sus pueblos, sin lo cual la verdad languidecería y la participación en el gobierno permanecería fragmentada".

Por otra parte, la Corte ha enfatizado el principio de máxima divulgación conforme al cual se genera una presunción de que toda información en poder de la Administración es pública y accesible, sujeta a un sistema restringido de excepciones. Es decir, la publicidad es la regla y el secreto la excepción.

De este principio se derivan las siguientes consecuencias: 1) el derecho de acceso a la información debe someterse a un régimen limitado de excepciones que debe interpretarse de forma restrictiva; 2) toda decisión negativa de dar acceso a una información requerida debe ser fundada, correspondiendo al Estado la carga de probar que ella no debe ser entregada por estar comprendida en una de las causales legales de reserva o secreto; y 3) ante una duda o vacío legal debe primar el derecho de acceso a la información².

"La Corte reconoce que la Convención Americana, la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al proteger la libertad de expresión, no sólo asegura el derecho y libertad de expresar el propio pensamiento, sino también el derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Con ello, la Corte identifica al derecho de acceso a la información pública como un derecho implícito o inmerso en la libertad de expresión".

Respecto de las excepciones, la Corte señala que éstas deben estar fijadas previamente por ley, en sentido formal, y obedecer a razones de interés general³. Tales restricciones deben responder a un objetivo permitido por la Convención Americana⁴. Además, dichas restricciones al derecho de acceso a la información deben ser necesarias en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo⁵. Luego, corresponde al Estado demostrar que las restricciones establecidas al acceso a la información han cumplido con los requisitos anteriores⁶.

Además, la Corte señaló que el Estado debe crear un procedimiento para dar curso y resolver las solicitudes de información, como también entregar las herramientas de capacitación necesarias a los funcionarios que cumplirán dicha tarea.

"163. Sin embargo, el Tribunal considera necesario reiterar que el deber general comprendido en el artículo 2 de la Convención implica la supresión tanto de las normas como de las prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violaciones a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías (supra párr. 64). Por ello, Chile debe adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección al derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, dentro de las cuales debe garantizar la efectividad de un procedimiento administrativo adecuado para la tramitación y resolución de las solicitudes de información, que fije plazos para resolver y entregar la información, y que se encuentre bajo la responsabilidad de funcionarios debidamente capacitados".

Sobre este punto, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que para garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso, es imprescindible que los funcionarios públicos actúen de buena fe, interpretando la ley de modo que sirva para cumplir los fines perseguidos por el derecho de acceso a la información⁷.

La Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, por su parte, ha dictado resoluciones que son de relevancia en la orientación de los Estados miembros hacia el desarrollo del derecho de acceso a la información como un mecanismo para fortalecer la democracia. Entre ellas, la resolución AG/RES. 2514, aprobada en sesión celebrada el 4 de junio de 2009, que

³ Fallo Claude Reyes, párr. 89.

⁴ Fallo Claude Reyes, párr. 90.

⁵ Fallo Claude Reyes, párr. 91.

⁶ Fallo Claude Reyes, párr. 93.

⁷ CIDH (2010). Relatoría Especial para la Libertad de Expresión: El derecho de Acceso a la Información en el marco jurídico interamericano. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. p. 5.

reafirma el "derecho de buscar, recibir, acceder y difundir informaciones, y que el acceso a la información pública es requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia" (p.1), y alienta a los Estados a que "tomen las medidas necesarias, a través de sus respectivas legislaciones nacionales y otros medios apropiados, para hacer disponible la información pública a través de medios electrónicos o de cualquier otro medio que permita su fácil acceso" (p. 5).

También ha jugado un rol importante la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que, a través de sus informes anuales, ha venido sistematizando el estado de desarrollo y satisfacción del derecho de acceso a la información en los distintos países de la región, junto a una constante evaluación de los niveles de cumplimiento del derecho.

En América Latina el país pionero ha sido México con la ley de 2002, que sostiene el carácter público de toda información gubernamental, definiéndola como la contenida en documentos que la Administración genere, obtenga, adquiera, transforme o conserve a cualquier título. Dicha ley creó el Instituto Federal de Acceso a la Información (IFAI), como organismo encargado de velar por su correcta aplicación. Una ley análoga existe en el Perú desde 2003. En la actualidad, hay más de 90 países con leyes de acceso a la información pública. Un papel relevante tuvo en esta materia EE.UU, Canadá y el Reino Unido. Suecia fue el primer país en establecer en la Constitución de 1776 el derecho de acceso a los documentos oficiales.

Esta jurisprudencia tuvo un significativo impacto en Chile, tanto en el Poder Judicial como en el Tribunal Constitucional y el Poder Legislativo. En Chile las sentencias de la CIDH siempre se han acatado: a veces se ha cambiado la Constitución Política -como ocurrió al eliminar la censura cinematográfica-, a veces dictando nuevos cuerpos legales -como en el caso de la Ley 20.285- o bien dejando de aplicar ciertos preceptos, como ocurre con la ley de amnistía dictada en el período militar.

El Tribunal Constitucional en la STC rol N° 634, de 9 de agosto de 2007, resolviendo un recurso de inaplicabilidad planteado por la Corte de Apelaciones

de Valparaíso en contra del entonces artículo 13 de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, decidió acogerlo desechando las alegaciones de la Dirección Nacional de Aduanas que había invocado dicho precepto para denegar la información solicitada por un particular, aduciendo que ello perjudicaría los intereses de una determinada empresa. Entre los fundamentos de su sentencia, el Tribunal Constitucional reconoció la existencia de un derecho implícito en la Constitución, a saber, el derecho de acceso a la información pública. Con ello, el Tribunal reiteró lo resuelto en 1995, en la sentencia rol N° 226, en orden a declarar el derecho de acceder a la información pública como parte de la libertad de expresión que protege el artículo 19 N° 12 de la Constitución. Así el Tribunal se hacía eco de la evolución del sistema interamericano en esta materia y de los avances legislativos a nivel nacional.

En primer lugar, cabe destacar el hecho que el Tribunal Constitucional haya reconocido la existencia de un derecho que no está expresamente consagrado en la Constitución, sino que se refiriera a un derecho "implícito". El Artículo 5°, inciso segundo, del texto constitucional, establece como límite a la soberanía el respeto a "los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana", y consagra el deber de los órganos del Estado de respetarlos y promoverlos. Tales derechos se hallan garantizados por la Constitución y los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes.

Puede darse, sin embargo, que esos textos jurídicos no agoten la lista de los derechos fundamentales, o bien, que algunos de ellos puedan deducirse de la relación armónica que debe existir entre los diversos preceptos constitucionales. También incide la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, sea por la celebración de nuevos tratados, sea por la jurisprudencia de tribunales internacionales o bien por las resoluciones de los organismos de Naciones Unidas.

Así, destacados profesores de Derecho Constitucional admiten que la enumeración de derechos del Artículo 19 de la Constitución no es taxativa ni exhaustiva, abriendo la puerta para el reconocimiento de nuevos derechos. Tal es, por ejemplo, la opinión de los profesores Alejandro Silva Bascuñán, Humberto Nogueira y Lautaro Ríos, entre otros⁸. Está posición ha sido asumida por el Tribunal Constitucional no sólo amparando el derecho de acceso a la información pública, sino también el derecho a la identidad personal (STC 1340/2009)⁹. A nivel legislativo se ha hablado explícitamente del derecho a conocer la verdad respecto de las violaciones a los derechos humanos y, en particular, en cuanto se refiere al paradero de las personas detenidas y luego desaparecidas, según lo prescribe el artículo 6° de la Ley 19.123¹⁰.

El Tribunal Constitucional, al declarar un nuevo derecho implícito, cual es el de acceder a la información pública, invoca como fundamento de esa decisión las siguientes normas constitucionales:

a) Artículo 4° que establece que Chile es una república democrática. Ello supone no sólo la responsabilidad política de las autoridades y la obligación de rendir cuenta de su gestión y la posible afectación de los derechos de las personas por acción u omisión del Estado, sino también el acceso a la información pública por parte de los ciudadanos, lo que es esencial para el control del desempeño de las autoridades;

b) Artículo 19 N° 12, que garantiza la libertad de expresión. Dentro de tal libertad, como hemos visto, se encuentra la libertad de emitir opinión y de informar, la cual a su vez, comprende el derecho a buscar y recibir información. El fallo cita jurisprudencia de los Tribunales de Justicia y los principios de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que consideran tal derecho de acceso como un elemento indispensable para el control ciudadano de la gestión pública y la participación ciudadana. Ello se encuentra en consonancia con lo establecido por la Ley de Prensa del año 2001.

c) Artículo 8°, que consagra desde el año 2005 el principio de publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, sus fundamentos y sus procedimientos, y estatuye en forma taxativa las causales de reserva o secreto que una ley de quórum calificado puede contemplar. Al respecto, el Tribunal se remite a un informe del Profesor Miguel Ángel Fernández sobre la historia del principio de publicidad a partir de la Comisión de Ética Pública creada durante el gobierno del Presidente Eduardo Frei Ruiz Tagle, pasando por la reforma a la Ley Orgánica de Bases Generales de la Administración del Estado y la Ley N° 19.880, de Bases Generales de los Procedimientos de los Órganos de la Administración del Estado, del 2003, que en su artículo 16 contempla el principio de transparencia y de publicidad, reiterando la norma constitucional sobre publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, sus fundamentos y documentos en que éstos se contengan y los procedimientos utilizados para su elaboración o dictación. Consecuente con ello, prescribe que "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", y el artículo 17 consagra el derecho de las personas a "conocer en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados" y "acceder a los actos administrativos y sus documentos, en los términos previstos por la ley".

Luego de analizar la reforma constitucional del año 2005 que dio origen al actual Artículo 8°, el Tribunal concluye que los fundamentos

⁸ Vial, T. (2010).: Constitucionalidad de la norma que dispone que es pública toda información que obra en poder de los órganos de la Administración. Informe en derecho acompañando por el Consejo de la Transparencia en la causa rol N° 2153-INA.

⁹ García, A.M. (2012). El derecho a la identidad personal: un nuevo derecho constitucional. En *Derechos Fundamentales. Homenaje a Francisco Cumplido*. Santiago: Editorial Jurídica.

¹⁰ Dicho artículo prescribe: "Se declara que la ubicación de las personas detenidas desaparecidas, como igualmente la de los cuerpos de las personas ejecutadas y las circunstancias de dicha desaparición o muerte, constituyen un derecho inalienable de los familiares de las víctimas y de la sociedad chilena". Ver también: Galdames, L. (2012). La Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación: su incidencia en la configuración de un derecho incipiente: el derecho a la verdad. En *Derechos Fundamentales*. Santiago: Editorial Jurídica.

constitucionales directos del derecho de acceso a la información pública se encuentran tanto en el aludido precepto como en el Artículo 19 N°12, ambos de la Carta Fundamental, con una referencia más genérica al principio democrático del Artículo 4. El deber de publicidad de los actos del Estado es correlativo al derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública. El Tribunal sostuvo:

"El presente requerimiento incide en un derecho –el de acceso a la información pública cuyo reconocimiento constitucional no merece duda a la doctrina de los iuspublicistas y tampoco a la jurisprudencia.

"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".

En primer lugar, por el hecho de que Chile es una república democrática, tal y como se afirma en el artículo 4º de la Constitución Política. Como sostuvo el profesor 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 deben tener a disposición de los ciudadanos los actos y dar cuenta de ellos..."¹¹

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 Nº 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 Nº 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 Nº 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 Nºs. 55272001 y 57282001, considerando 9º).

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 Nº 19).

Finalmente, porque el artículo 8º de la Constitución Política, introducido por la reforma constitucional de agosto de 2005 (Ley Nº 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"12

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;" (STC 634/2009, C. 9°).

Esta sentencia es de gran interés en términos de su desarrollo conceptual, así como también por constituir un núcleo jurisprudencial que se ha mantenido hasta la fecha, sin perjuicio de las inflexiones que analizaremos más adelante.

En esta materia intervino también la Contraloría, construyendo a través de varios dictámenes, el derecho de acceso a la información pública en torno al concepto de procedimiento administrativo concluido: los interesados en un procedimiento pueden tener acceso al conocimiento del mismo durante su tramitación, y los terceros sólo tienen una vez concluido. Así se daría cumplimiento al

mandato constitucional del artículo 8°. Sin embargo, en el Dictamen N° 49.883 de 4 de abril del 2004, la Contraloría afirma que si bien la ley de la época "no ampara a los interesados en obtener copia de documentos que no constituyen actos administrativos ni le sirven de fundamento, ello no significa que en virtud de esa disposición (Artículo 13 Lev N° 18.575), estos antecedentes sean secretos o reservados y no puedan o no deban darse a conocer a terceros interesados, toda vez que el principio de transparencia afecta a toda la gestión administrativa". Al sostener esta interpretación amplia del principio de transparencia, el órgano contralor implícitamente estaba reconociendo el derecho de los ciudadanos de acceder a esa información.

En el mismo sentido se orientó el instructivo enviado a todas las reparticiones públicas por el Ministerio Secretaría General de la Presidencia por Oficio N° 072 del 2006, luego de la reforma constitucional al Artículo 8°: "La expresión "actos" utilizada por el texto constitucional no es equivalente a "acto administrativo", sino que abarca todo tipo de actuaciones, sean o no de las que ponen término a un procedimiento, sean o no de aquellas que contienen una decisión final. De este modo, ya no resulta procedente denegar el acceso porque la información solicitada no corresponda a un acto administrativo terminal ni a documentos que le sirvan de complemento o sustento directo o esencial".

La posición del Tribunal Constitucional fue confirmada por la STC1732 y 1800 del 2011. A continuación reproducimos algunos considerandos que ilustran y desarrollan ese criterio.

NOVENO. Que, tal como se dejó constancia en la historia fidedigna de la reforma constitucional respectiva, la publicidad y la transparencia

¹² Pfeffer, E. Op. cit., p. 30 - 31).

no son términos idénticos. En efecto, el profesor Rolando Pantoja ha señalado que "en general la publicidad se entiende como el hecho de notificar o publicar un acto, pero el sentido que le asigna la Ley sobre Probidad Administrativa fue más bien el de dar a conocer y tener siempre a disposición de los ciudadanos los actos de la Administración. La publicidad, entonces, está estrictamente ligada a los actos de la Administración, en tanto que la transparencia está vinculada a los procedimientos, contenidos y fundamentos de estos actos". Por su lado, el profesor Humberto Noqueira indica que el principio de transparencia "dice relación con el conocimiento de algo, que no es lo mismo que la publicidad. Desde este punto de vista, la publicidad se vincula más bien con la obligación del órgano que desarrolla la función de entregar al público los temas que son de relevancia pública. En cambio, la transparencia implica que la ciudadanía tiene derecho a reclamar esa información para que la actuación del órgano sea efectivamente legitimada desde el punto de vista de lo que es una sociedad democrática". (En Pfeffer U., Emilio, Reformas Constitucionales 2005, Ed. Jurídica de Chile, 2005, pp. 29 y 30). En el mismo sentido, el Senador Larraín hizo presente que la publicidad "consiste en dar a conocer los contenidos y fundamentos de las decisiones que se adoptan", mientras que la transparencia "significa que las personas puedan acceder a la información". (En: Senado de la República, Reformas Constitucionales 2005, historia y tramitación, 2006, p. 49);

DÉCIMO. Que de este modo, 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". (Hernández E., Domingo, "Notas sobre algunos aspectos de la reforma a las bases de la institucionalidad, en la reforma constitucional de 2005: regionalización, probidad y publicidad de actos", en "La Constitución Reformada de 2005", Ed. Humberto Nogueira A., 2005, p. 33);

UNDÉCIMO. Que, por otro lado, la Constitución Política también asegura el derecho de acceso a la información pública como una manifestación de la

libertad de información contenida en el artículo 19, N° 12°, de la propia Carta. En efecto, tal como lo señalara este Tribunal Constitucional, la "historia y la doctrina constitucional en general permiten afirmar que estas libertades –se refiere a las de opinión e información- comprenden también el derecho a recibir informaciones" (Rol N° 226/1995, consid. 20);

DUODÉCIMO. Que este mismo Tribunal ha concluido 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, que se materializa, 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". (Rol N° 634/2007, C. 9°.);

DECIMOTERCERO. Que a fines de los años noventa se modificó la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, incorporando expresamente en su articulado el principio de transparencia en el ejercicio de la función pública, "de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella" (artículo 13 de la Ley N° 18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado, modificado por la Ley N° 19.653). De esta forma, como ha señalado este Tribunal Constitucional, "el derecho de acceso a la información pública surgió primeramente a nivel legal para ser posteriormente recogido, en los términos que se han reseñado, por la reforma constitucional de agosto de 2005, en el artículo 8º, inciso segundo, de la Carta Fundamental". (Rol N° 634/2007, C. 11°.);

DECIMOCUARTO. Que, por otro lado, es posible sostener que la publicidad de las actuaciones de los qobernantes se encuentra intimamente vinculada con el régimen republicano y democrático que establece el artículo 4° de nuestro Código Político. Así por lo demás se dejó constancia en la discusión de la reforma constitucional de 2005 (Pfeffer U., Emilio, Reformas Constitucionales 2005, Ed. Jurídica de Chile, 2005, p. 29). Por lo mismo, como lo recuerda Bobbio, uno de los principios fundamentales del Estado Constitucional Democrático es que "la publicidad es la regla; el secreto, la excepción". (Bobbio, Norberto, El futuro de la democracia, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 1989, p. 67). Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que "el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas" (Corte I.D.H., Caso Claude Reyes y otros, de 19 de septiembre de 2006, párr. 86). En este mismo sentido, la Carta Democrática Interamericana, en su artículo 6°, afirma que "[l] a participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo [...es] una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia". Esto último, en concordancia -por lo demás- con lo que establece el inciso final del artículo 1° de la Constitución Política de la República, en cuanto impone al Estado el deber de asegurar el derecho de las personas a participar con iqualdad de oportunidades en la vida nacional. Adicionalmente, debe tenerse presente que la Carta Fundamental asegura, en su artículo 19, Nº 14°, el derecho de petición, conforme al cual se pueden 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;

DECIMOQUINTO. Que la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado tiene excepciones que contempla la Constitución en el propio inciso segundo de su artículo 8°, las que dicen relación con los valores y derechos que la publicidad pudiere afectar: a) el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos; b) los derechos de las personas; c) la seguridad de la Nación o d) el interés nacional. Obviamente, según lo ha

sentenciado esta Magistratura, la interpretación de dichas excepciones debe efectuarse restrictivamente. En tal sentido, el Senador Larraín señaló durante la tramitación de la reforma constitucional, que las excepciones "deben interpretarse en sentido estricto, como toda excepción en el ámbito legal". (En Senado de la República, Reformas Constitucionales 2005, historia y tramitación, 2006, p. 55).

Sin embargo, el Tribunal Constitucional en un fallo posterior (STC1990/2012), acogiendo un recurso de inaplicabilidad, da una interpretación más restrictiva de los preceptos constitucionales señalados, con lo cual relativiza la jurisprudencia anterior. Se trata del conocido caso relativo a la petición de acceso a los correos electrónicos intercambiados entre el subsecretario del Interior y el Gobernador de Melipilla de la época sobre los fondos destinados a la reconstrucción. Efectivamente, en esa sentencia se sostiene que el artículo 8° de la Carta Fundamental "establece 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" (c.8°); ni siquiera se consagraría un principio general de publicidad (c.9°) y, mucho menos, el derecho correlativo de los ciudadanos de acceder a la información pública c.25°). Tampoco contemplaría una obligación de regular por medio de la ley esta situación, como ha ocurrido con la Ley 20.289.

Esta sentencia constituye una inflexión respecto de lo sostenido precedentemente por el Tribunal Constitucional. Por ello, como Ministro del Tribunal que concurrí a lo resuelto en ese caso, hice presente que no compartía una serie de considerandos, con la siguiente prevención que estimo oportuno reproducir:

1. Que, la Constitución asegura el derecho de acceso a la información pública, según se desprende de lo dispuesto por los artículos 19, N° 12°, y 8°. En efecto, el artículo 19, N° 12°, garantiza la libertad de opinión e información y, como lógica consecuencia, el derecho de acceso a la información pública. Lo mismo se desprende del deber de publicidad que establece el artículo 8°, directamente en lo relativo a la transparencia activa e indirectamente a la pasiva. Ello ha sido reconocido por esta Magistratura en los precedentes sobre la materia (STC 634, 1732 y 1800);

"Lo importante es el avance experimentado por el país en esta materia en pocos años y el papel desempeñado por el sistema interamericano de derechos humanos en un proceso que no debiera tener vuelta atrás. Así se reforzarán los principios democráticos, se modernizará el Estado y se favorecerá la participación informada de la ciudadanía en los asuntos públicos, manteniendo los valores y normas que dificultan o impiden la corrupción y las desviaciones de poder".

2. Que, el deber de publicidad a que se encuentran sometidos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen, es una exigencia constitucional. No corresponde a la autoridad determinar la oportunidad de hacer públicos

tales actos, documentos e informaciones. Su publicidad, por ende, no puede ser postergada u obstaculizada por los órganos del Estado, los que sólo pueden mantener reserva o secreto al respecto cuando una ley de quórum calificado lo autorice en los casos en que la propia Constitución lo prescribe expresamente;

- 3. Que, en el presente caso, el Tribunal ha declarado inaplicable los preceptos 5°, inciso segundo, y 21 N° 1°, de la Ley N° 20.285, Ley sobre Acceso a la Información Pública, en la gestión pendiente sub-lite, en razón de la magnitud de la afectación al derecho a la vida privada que su aplicación habría significado para el requirente, infringiéndose el artículo 19 N°4 de la Constitución, al no atenerse a una de las causales de excepción expresamente contemplada por el artículo 8° de la Constitución, cual es la afectación de los derechos de las personas;
- 4. Que, lo anterior, no merma el principio de publicidad que consagra el artículo 8° de la Constitución. La publicidad de las actuaciones de los órganos del Estado se encuentra íntimamente vinculada con el régimen republicano y democrático que establece el artículo 4° de la Constitución. El artículo 8° consagra el principio de publicidad, y con ello el deber de los órganos del Estado de dar acceso a todos los ciudadanos, dentro del marco constitucional que también comprende las excepciones del artículo 8° y, para el caso sub-lite, el artículo 19 N°4;
- 5. Que, en consecuencia, la decisión de este Tribunal de acoger el recurso de inaplicabilidad se justifica por considerar que el informe psico-laboral de una persona contiene un conjunto de datos que entran dentro de la esfera de la vida privada del afectado que, en virtud de lo dispuesto por el Artículo 8° de la Constitución en relación con el Artículo 19 N° 4, no puede ser puesto a disposición de terceros, salvo que mediara el consentimiento del requirente, cuyo no es el caso.

Sin embargo, no se ha puesto en discusión la existencia de un derecho fundamental implícitamente reconocido en la Constitución relativo al acceso a la información pública. Lo que se discute es su alcance, sus fundamentos constitucionales y su relación con el principio de publicidad y transparencia. También se debate el concepto mismo de "información pública", partiendo de la base que ella es la que obra en poder de la Administración del Estado, sea de su propia titularidad o de terceros, y que tenga una relevancia pública, contenida en registros y archivos públicos¹³.

Hay muchos otros asuntos que continúan suscitándose a raíz de la aplicación de la Ley.20.285. Por ejemplo, los conflictos relativos a información del área de la defensa o del accionar policial o de las relaciones internacionales del Estado, los antecedentes de los concursos públicos en el sistema de Alta Dirección del Estado, así como todo lo relacionado con la situación de los archivos y los criterios existentes para desechar o mantener una información y los plazos para su desclasificación. Lo importante es el avance experimentado por el país en esta materia en pocos años y el papel desempeñado por el sistema interamericano de derechos humanos en un proceso que no debiera tener vuelta atrás. Así se reforzarán los principios democráticos, se modernizará el Estado y se favorecerá la participación informada de la ciudadanía en los asuntos públicos, manteniendo los valores y normas que dificultan o impiden la corrupción y las desviaciones de poder. Queda por ver si la legislación y la jurisprudencia en Chile evolucionarán al compás de lo que ocurre a nivel internacional. Hoy el país puede mostrar como un activo el avance en materia de acceso a la información pública.

¹³ Camacho, G. (2010). Algunas precisiones sobre el concepto de información pública. En Letelier, R. y Rajevic, E. Transparencia en la Administración Pública. Santiago: Universidad Alberto Hurtado, Legal Publishing.



María Jaraquemada Hederra

Abogada de la Universidad Católica y máster en Derechos Fundamentales en la Universidad Carlos III de Madrid. Se ha desempeñado principalmente en políticas públicas relacionadas con transparencia, acceso a la información pública y probidad en el Consejo para la Transparencia, Ministerio Secretaría General de la Presidencia y Ciudadano Inteligente. Actualmente es Directora de Incidencia de Espacio Público, donde principalmente promueve la agenda de probidad y propuestas de la Comisión Engel a través del Observatorio Anticorrupción.

Avances y desafíos A diez años de Claude Reyes

MARÍA JARAQUEMADA HEDERRA · Directora de Incidencia de Espacio Público

ste año conmemoramos 10 años de la sentencia Claude Reyes vs Chile donde la Corte Interamericana sienta las bases del ejercicio del derecho de acceso a la información pública. Esta sentencia fue bastante icónica no sólo en nuestro país y la región, sino en el mundo, al consagrar el reconocimiento de este derecho fundamental como autónomo de la libertad de expresión y determinar su contenido, límites y excepciones, de un modo que ningún otro tribunal de derechos humanos lo había hecho.

"Para quienes promovemos la transparencia, el acceso a la información pública, la rendición de cuentas y la participación ciudadana, dicha sentencia marca un hito relevante digno de conmemorarse. Tal como suele decirse en foros, comisiones del Congreso y otras actividades, la transparencia llegó para quedarse".

Para Chile, además, tuvo la implicancia de que finalmente se aprobara una Ley de Transparencia con altos estándares y que ha servido de modelo para muchos otros países. Sin duda, para los que promovemos la transparencia, el acceso a la información pública, la rendición de cuentas y la participación ciudadana, dicha sentencia marca un hito relevante en nuestro país digno de conmemorarse. Tal como suele decirse en foros, en comisiones del Congreso y otras actividades, "la transparencia llegó para quedarse". Esta sentencia marcó el inicio de un camino hacia la transparencia en Chile que es difícil de retroceder —a pesar de que cada cierto tiempo veamos amenazas que, afortunadamente, no prosperan—.

Esto ha implicado que, como señalaba, tengamos una ley muy bien evaluada a nivel mundial -lugar 39 de 104 en el ranking global de derecho de acceso a la información¹-, una entidad autónoma que promueve el derecho de acceso y la transparencia y fiscaliza su cumplimiento -el Consejo para la Transparencia-, avances en otras materias de transparencia y rendición de cuentas como una ley de lobby -con obligación de publicar agendas de reuniones de autoridades-, y una nueva ley de probidad que perfecciona el contenido y publicidad de las declaraciones de intereses y patrimonio de autoridades.

A pesar de lo anterior, quedan desafíos pendientes. El primero de ellos y no menor es profundizar el conocimiento de la ciudadanía de este derecho y del Consejo para la

¹ https://www.rti-rating.org

Transparencia. De acuerdo al Estudio Nacional de Transparencia del año 2015², sólo un 21% de los encuestados conoce el Portal de Transparencia —de los cuales la mayor parte son personas de clase alta y con estudios superiores—. Por otra parte, el conocimiento del Consejo para la Transparencia también es bastante bajo. De este modo, para que el derecho de acceso a la información consagrado en nuestra legislación sea una realidad, es imperioso avanzar en su difusión a la ciudadanía, particularmente aquella más vulnerable.

"Para que la ley tenga un mayor impacto, es necesario que se avance en consagrar el derecho de acceso y el principio de transparencia en la Constitución, así como al Consejo para la Transparencia para extender su competencia a entidades autónomas, particularmente respecto del Congreso y el Poder Judicial".

Otro de los grandes desafíos es hacer frente a las deficiencias o insuficiencias de la ley a 8 años de su promulgación. Para que tenga un mayor impacto, es necesario que se avance en consagrar el derecho de acceso y el principio de transparencia en la Constitución, así como al Consejo para la Transparencia para extender su competencia a entidades autónomas, particularmente respecto del Congreso y el Poder Judicial donde existen estándares distintos de acceso a la información y transparencia que en las entidades de la Administración Central del Estado. Debemos superar la inercia que nos caracteriza de realizar modificaciones o perfeccionamientos solamente cuando surgen escándalos. La transparencia debe ser progresiva.

Finalmente es relevante el ámbito local, donde lamentablemente persisten brechas en cuanto al cumplimiento de la Ley a diferencia de lo que ocurre a nivel central. Los municipios son la primera cara del Estado a la ciudadanía en muchas materias, razón por la cual urge que se los apoye con los recursos y capacidades necesarias para subir sus estándares y cumplir de un modo adecuado con sus obligaciones legales.

No cabe duda que la sentencia de la Corte Interamericana que hoy cumple 10 años de vigencia ha sido un hito relevante en nuestro país y ha permitido que la transparencia sea un principio rector del actuar del Estado. Este aniversario debería constituir una oportunidad para celebrar los avances, pero también para revisar los temas pendientes y continuar avanzando en elevar los estándares y ser un país modelo en la materia, no sólo en la región, sino que a nivel mundial.

"La sentencia de la Corte Interamericana que hoy cumple 10 años de vigencia ha sido un hito relevante en nuestro país y ha permitido que la transparencia sea un principio rector del actuar del Estado. Este aniversario debería constituir una oportunidad para celebrar los avances, pero también para revisar los temas pendientes y continuar avanzando en elevar los estándares".



Juan Pablo Olmedo

Abogado. LLM Universidad de Essex. 23 años de experiencia profesional en las áreas de modernización del Estado, protección de los derechos humanos, libertad de expresión, derecho a la privacidad, promoción de la transparencia y prevención de la corrupción. Primer Presidente y Ex Consejero (2008-2011) del Consejo para la Transparencia. Asesor legislativo del Senador Hernán Larraín y Asesor de la Comisión Bicameral de Transparencia del Congreso de Chile (2011-2016) de las iniciativas derivadas de la Declaración de Santiago sobre Transparencia e Integridad en los Parlamentos y Partidos políticos de 2012. Fundador y primer Director Ejecutivo de Fundación Pro Bono y Presidente de Fundación Pro Acceso. Miembro del Grupo de Trabajo de la OEA en el desarrollo de la Ley Modelo Sobre Acceso a Información Pública. Representante ante el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (casos "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros), Karen Atala y Claude Reyes, entre otros).

Nuevos caminos de conquista social El derecho fundamental de acceso a la información pública

JUAN PABLO OLMEDO · Presidente de la Fundación Pro Acceso

on ocasión del décimo aniversario de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Claude Reyes contra Chile de 2006, este artículo presenta una reflexión del proceso de empoderamiento social que subyace tras el fallo del Tribunal Regional y su impacto en Chile para dar impulso al proceso legislativo que culminó con la entrada en vigencia de la Ley 20.285 Sobre Acceso a la Información Pública de 19 de abril de 2009.

"El fallo Claude Reyes es un encuentro entre la esfera de la prevención de la corrupción y la protección de los derechos humanos, como también un aporte al derecho internacional de los derechos humanos y una condena al Estado de Chile que ordenó el tránsito hacia una cultura de transparencia superadora de la tradición de secreto y de las prácticas de opacidad de la Administración".

El reconocimiento del derecho fundamental de acceso a la información pública es resultado de una novedosa y silenciosa conquista ciudadana liderada principalmente por abogados. Dicho fallo es un encuentro entre la esfera de la prevención de la corrupción y la protección de los derechos humanos, como también un aporte al derecho in-

ternacional de los derechos humanos y una condena al Estado de Chile que ordenó el tránsito hacia una cultura de transparencia superadora de la tradición de secreto y de las prácticas de opacidad de la Administración.

En mi calidad de ciudadano y abogado, líder social e integrante de la sociedad civil, consejero y primer presidente del Consejo para la Transparencia y representante ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Claude Reyes contra Chile, durante los últimos 20 años he sido protagonista del desarrollo de la cultura de transparencia y de respeto de los derechos humanos en Chile y la Región. Soy partícipe de una generación de chilenos que busca materializar la promesa hecha en 1989 de mantener viva nuestra memoria histórica frente al quiebre institucional y a las violaciones a los derechos humanos ocurridas en nuestro país; de concretar mayores exigencias, límites y restricciones al ejercicio del poder público; y, de profundizar una institucionalidad democrática que reconozca, valore y propenda a mayores grados de igualdad, equidad, participación y control ciudadano. Siendo así, la presente perspectiva no pretende ser neutral y no podía ser de otra manera dado mi compromiso con el cambio social.

La expectativa de revitalización democrática sustentada en elecciones libres de la década de los 90 se mostró insuficiente para fortalecer la institucionalidad y la responsabilidad estatal de respeto a los derechos humanos y de control del ejercicio del poder público en Latinoamérica. Sustentado en la preocupación nacional compartida por la revelación de fenómenos de corrupción en el nuevo contexto democrático, la Ley N°20.285 de 19 de abril de 2009 es resultado de un proceso de transformación social, legislativo y de práctica estatal que tiene como origen remoto las recomendaciones contenidas en el Informe de la Comisión de Ética Pública de 1994 de promover el control social en los asuntos de interés público y regular el derecho de acceso a la información en poder del Estado.

"Comprometidos en profundizar una democracia libre, fundada en el comercio y el desarrollo sostenible, la entrada en vigencia de la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996 es pionera al condicionar la vigencia de democracia efectiva al combate de la corrupción".

La concreción de tal aspiración muestra una constante tensión institucional caracterizada por la resistencia de la Administración del Estado de validar instancias de control externo de su quehacer y la preocupación del Congreso Nacional, a través del Senado, instado a fortalecer la institucionalidad de probidad y transparencia para prevenir la corrupción.

En tal relación institucional, irrumpe una sociedad civil de abogados y profesionales que acude al litigio de interés público y, por tanto, al Poder Judicial como instancia última, a fin de lograr el necesario reconocimiento del derecho fundamental de acceso a la información pública.

La Ley Nº20.285 sobre Transparencia y Acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado resulta inédita al estructurar un límite al Presidente de la República como Jefe de la Administración en Chile. Ella es resultado de una confluencia de voluntades entre la Presidenta de la República, Michelle Bachelet, interesada en la materialización de la obligación de transparencia activa como sello de la Agenda de Probidad de su Gobierno; un acuerdo transversal de la élite política preocupada por superar la tradición de secreto de la Administración del Estado, visibilizada en los Senadores Hernán Larraín y Jaime Gazmuri; y, una sociedad civil ilustrada de abogados, apoyada por los medios de comunicación social, persistente y efectiva en la sustentación del derecho fundamental de acceso a información pública.

1. CONTEXTO REGIONAL DE LA OEA

La proliferación del fenómeno de la corrupción en la Región había sido acompañada de prácticas represivas de los gobiernos democráticos, de hostigamiento a la crítica política, de vulneración al ejercicio de la libertad de expresión, amenaza a los medios de comunicación y, en casos extremos, de asesinato y muerte de periodistas. Tales preocupaciones, durante la década de los 90, generaron la respuesta de la OEA en una doble directriz, vinculada a la prevención de la corrupción y a la protección de la libertad de expresión.

La Cumbre de los Jefes de Estado de la OEA celebrada en Miami en 1994 ratifica, por vez primera, la preocupación por el fenómeno de la corrupción y sus efectos de desintegración social, de distorsión del sistema económico y degradación de las instituciones políticas. Comprometidos en profundizar una democracia libre, fundada en el comercio y el desarrollo sostenible, la entrada en vigencia de la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996 es pionera al condicionar la vigencia de democracia efectiva al combate de la corrupción. Si bien no reconoce expresamente el derecho de acceso a la información pública ni el principio de transparencia como herramien-

tas específicas de prevención de la corrupción, éstos se han incorporado como instrumentos de participación de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción.

La preocupación por las constantes restricciones a la libertad de expresión llamó la atención de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que en su 97º período ordinario de sesiones de 1997, resolvió la creación de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. En su primer Informe Anual del año 1999 el Relator para la Libertad de Expresión constató limitaciones a la democracia en el hemisferio y orientó su mandato sobre dos ejes estratégicos: la reforma de las leyes sobre desacato que protegían el honor de los funcionarios públicos y el reconocimiento del deber del Estado de garantizar el derecho a la información que obra en su poder.

"Contar con procedimientos que garanticen el acceso a la información en poder del Estado contribuye al control de la gestión estatal y es uno de los mecanismos más eficaces para combatir la corrupción".

Conforme a la doctrina del Relator, la elección de representantes para el manejo de los asuntos de interés para toda la sociedad no implicaba una pérdida de soberanía social. Al contrario, la ciudadanía debía contar con un derecho amplio para monitorear, con las mínimas restricciones posibles, el manejo de los asuntos públicos por parte de los representantes. Al analizar el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sobre libertad de pensamiento y de expresión, el Relator reconoció la existencia de un derecho de acceso a la información en poder del Estado. El titular de la información es el individuo, quien delega en los representantes el manejo de los asuntos públicos. Asimismo, la información que el Estado utiliza y

produce se logra con fondos que provienen de los impuestos que pagan los ciudadanos. Por último, agrega que contar con procedimientos que garanticen el acceso a la información en poder del Estado contribuye al control de la gestión estatal y es uno de los mecanismos más eficaces para combatir la corrupción. La ausencia de control efectivo implicaría una actividad reñida con la esencia del Estado democrático y dejaría la puerta abierta para transgresiones y abusos inaceptables.

2. LA RECOMENDACIÓN DE LA COMI-SIÓN NACIONAL DE ÉTICA PÚBLICA

La preocupación de la clase política respecto del fenómeno de la corrupción emerge en Chile el año 1994. Ante las elevadas pérdidas ocasionadas por el fraude en operaciones de venta del Departamento de Mercados de Futuro de Metales de la Corporación Nacional del Cobre (CODELCO), el Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle convocó a la Comisión Nacional de Ética Pública (CNEP).

El Informe de la CNEP es una reflexión país, que plasma los anhelos y las aspiraciones de buen gobierno para enfrentar con seriedad y profundidad la corrupción. Sus conclusiones y recomendaciones se mantienen vigentes y fueron fundamento para la ratificación de la Convención Interamericana contra la Corrupción en septiembre de 1998 y de diversos proyectos de ley sometidos al Congreso que han sentado las bases de una política pública de transparencia y probidad al servicio de los ciudadanos, radicada en el Ministerio SEGPRES.

La CNEP constató la tradición de secreto en la Administración del Estado y recomendó el fortalecimiento del control social a través del principio de transparencia y legislar sobre el acceso de la ciudadanía a la información, estadísticas e informes sobre materias públicas que hayan sido generadas por la Administración Pública o que obren en su poder.

En enero de 1995 el Ministerio SEGPRES remitió al Congreso Nacional el proyecto de reforma legal que posteriormente derivó en la Ley N°19.653 Sobre Probidad de los Órganos de la Administración del Estado de 1999 que modificó la Ley N°18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado (LBGAE, en adelante).

El Mensaje Presidencial incluyó la ratificación del principio de probidad en la Administración del Estado -que ya se encontraba regulado por la Ley 18.545- que 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. Y, también, reconoció el principio de transparencia como aquél que permite y promueve el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en el ejercicio de la función pública.

No obstante, aludiendo a la supuesta discrecionalidad de la Administración del Estado y al cambio revolucionario que el reconocimiento de tal derecho hubiese significado en la Administración Pública chilena, SEGPRES optó por desvincular el derecho de acceso a la información pública de la discusión legislativa de la Ley de Probidad y elaborar una iniciativa legal distinta y particular contenida en el Boletín Nº1511 de 1995. Este proyecto aledaño de ley que contemplaba el acceso a la información no prosperó y fue remitido sin informe al archivo legislativo en marzo de 1998.

Tal omisión llamó la atención del Senado, que insistió en incluir las reglas sobre derecho de acceso a la información pública en la legislación llamada constitucionalmente a determinar la organización básica de la Administración. La tensión institucional se resolvió con la incorporación del principio de la publicidad de los actos administrativos y del consiguiente derecho de acceso a la información pública en los artículos 11 bis y 11 ter de la Ley N°19.653, sistematizados posteriormente en los artículos 13 y 14 de la Ley N°18.575 sobre Bases de la Administración del Estado.

De esta manera, y respecto de la información no disponible de modo permanente, el artículo 11 bis de la Ley N 19.653 en su inciso 5 reconoció el derecho ciudadano de acceso a la información, integrado al interés general del principio de probidad. Tal derecho, en su alcance incluyó a los órganos de la Administración del Estado, definidos en el artículo 2 de la LGBAE, los que incluyen a la Administración centralizada y descentralizada. Con ello, la ley alcanzaba a los municipios, el Banco Central, la Contraloría General de la República y otras entidades públicas, entre ellas las empresas públicas o aquellas en que el Estado tenga participación.

La ley consagró también las causales de reserva legal, cabe mencionar la que refiere a que la publicidad de los actos impida o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones legales o reglamentarias; el derecho de oposición por un tercero interesado; la afectación sensiblemente de los derechos de los terceros interesados, según calificación fundada efectuada por el jefe superior del órgano requerido; la seguridad de la Nación; y, la publicidad que afecte el interés nacional. Particular interés reviste la causal de reserva con fundamento en disposiciones legales o reglamentarias.

Al incorporar como causal de reserva la potestad reglamentaria, la Ley de Probidad autorizó a la Administración para disponer a su discreción de los casos de información reservada. Mediante el Decreto Supremo N°26 de 2001 de SEGPRES, que establece el Reglamento sobre el Secreto o Reserva de los Actos y Documentos de la Administración del Estado, se concretó un estatuto de reserva reglamentaria que definió de manera estricta el acto administrativo, entendido como las decisiones formales que emiten los órganos de la Administración, en las que se contienen declaraciones finales de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública. Con ello, la Administración limitó la obligación de entregar información, dejando fuera del alcance del derecho la información correspondiente a los procesos deliberativos. De otro lado, el Reglamento extendió las causales de reserva a los actos y documentos cuyo conocimiento o difusión pueda afectar el interés público o privado de los administrados, e incorporó al interés público la defensa, la política exterior, las relaciones internacionales, la política monetaria y los intereses de terceros.

Por último, la obligación impuesta a los órganos de la Administración del Estado por el artículo 9 del Reglamento, de clasificar los actos o documentos conforme a los criterios explicitados, generó en su implementación una silenciosa práctica de resoluciones de secreto, reserva y clasificación de la documentación en poder de los órganos de la Administración del Estado. Se configuró así un expansivo estatuto de secreto y reserva que revirtió la presunción legal de apertura consagrada en el nuevo artículo 13 de la Ley Nº18.575, reemplazándola por la reserva, la cual se transformaba en el interés público llamado a proteger. Tal fue el caso, a modo ejemplar, de la Tesorería General de la República de la Dirección de Presupuestos, la Caja de Previsión de la Defensa Nacional y la Subsecretaría de Marina.

3. INFORME DE LA COMISIÓN DE GOBIERNO DEL SENADO DE 2005

El 4 de enero de 2005, la Mesa del Senado integrada por su Presidente, el Senador de la Unión Demócrata Independiente, Hernán Larraín, y su Vicepresidente, el Senador del Partido Socialista, Jaime Gazmuri, presentaron un proyecto de ley sobre acceso a la información pública. Esta iniciativa se vio motivada por el hecho que la misma ley de probidad disponía que uno o más reglamentos establecerán los casos de secreto o reserva de la documentación y antecedentes que obren en poder de la administración del Estado, lo que constituye una seria barrera al derecho de acceso a la información pública establecido en la ley.

El proyecto propuso la modificación de la Ley de Bases de la Administración del Estado con el fin de regular de manera más sistemática y completa el derecho de acceso a la información. Radicado en la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización del Senado, la moción parlamentaria habilitó un espacio de diálogo institucional entre el Gobierno, a través del Ministerio Secretaría

General de la Presidencia, la sociedad civil y los senadores integrantes de la Comisión.

La iniciativa del Senado encontró la oposición de SEGPRES y su entendimiento de que los controles internos de la Administración eran suficientes para luchar contra la corrupción y que el explícito reconocimiento del derecho de acceso a la información pública representaría un entorpecimiento al ejercicio de la función administrativa. Con relación al DS Nº26 de 2001 se señaló por parte de SEGPRES, que su objetivo fue uniformar y objetivar los casos de secreto y reserva intentando evitar la calificación caso a caso por diversos funcionarios e instituciones. Sin embargo, el mecanismo descrito no rindió los frutos esperados y, en cambio, originó diversas resoluciones excesivas, dónde se incluyeron asuntos o documentos que por su naturaleza no debían comprenderse dentro de la reserva de la Administración, motivando impugnaciones judiciales y reclamos ante organismos internacionales que, en definitiva, llevaron al Gobierno a decidir suspender la dictación de resoluciones sobre secreto y reserva, para lo cual el Ministro Secretario General de la Presidencia impartió instrucciones a todos los Ministerios y sus servicios dependientes o relacionados.1

La concurrencia de la sociedad civil a la Comisión a través de Fundación Pro Acceso ratificó el diagnóstico señalado y tomó iniciativa para la creación de una "Comisión para el Acceso a la información Pública", entendida como un órgano de carácter autónomo, dotado de las atribuciones necesarias para cumplir con sus cometidos en relación con todas las entidades del Estado".

Tal propuesta no fue compartida por el Ministerio SEGPRES que, sin comprometer una decisión sobre

¹ Historia de la Ley N° 20.285, supra nota 121, pág. 32 y ss. Intervención de la Abogada Susana Rioseco.

el punto, podía informar que la evaluación del Gobierno no ha identificado al actual mecanismo de amparo (vía judicial) como uno de los aspectos insuficientes o problemáticos de la normativa vigente; que con la consagración legal de las causales de secreto o reserva y la supresión de las normas administrativas que actualmente rigen la materia, se debería producir una disminución relevante de los casos de denegación de información, por lo que no habría motivo para innovar en el mecanismo de amparo vigente; y que la posición del Ejecutivo en materia de protección de los derechos de los ciudadanos, incluido el derecho de acceso, ha sido impulsar la creación del Defensor del Ciudadano, para lo cual ha presentado un proyecto de reforma constitucional.

El Informe de la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización concluyó que la tradición de práctica de reserva en la Administración del Estado, canalizada a través del D.S. N°26 del año 2001, sobre Secreto y Reserva, y las múltiples resoluciones dictadas en su cumplimiento, restringen el derecho a la información a niveles prácticamente inexistentes. En octubre de 2005, el Senado de la República de Chile aprobó el Proyecto de Ley sobre modificaciones al entonces vigente artículo 13 de la Ley N°18.575, fortaleciendo el acceso a la información pública.

El proyecto fue remitido a la Cámara de Diputados donde quedó suspendido hasta diciembre del año 2016, como se verá más adelante.

4. REFORMA EL ARTÍCULO 8º DE LA CONSTITUCIÓN Y DEROGACIÓN DEL D.S. N°26 DE 2001

A partir del año 2000, se conocen nuevos casos de corrupción en el país, entre otros, la desviación de los fondos del Ministerio de Obras Públicas a la empresa Gestión Ambiental y Territorial (GATE) para el financiamiento de los gastos de campaña en la elección presidencial de diciembre de 1999 y el cobro de indemnizaciones a los ejecutivos de Correos de Chile y otras empresas estatales. Asimismo, la detección en el año 2002 de una red de falsificación de certificados de licencia automotriz dio origen al denominado Caso Coimas, que invo-

lucró a la Subsecretaría de Transportes y derivó en el procesamiento posterior de dos diputados de la República. Sumado a ello, y alcanzando al Comandante en Jefe de la Fuerza Aérea, en el año 2003 se da inicio a la investigación por el pago de comisiones en la adquisición de 25 aviones Mirage. Ese mismo año, se conoce la transferencia de información privilegiada del Banco Central a la administradora del mercado de valores Inverlink y la sustracción por parte del Jefe de Tesorería de documentos a plazo de CORFO a través de la misma entidad financiera.

La crisis institucional requirió una solución de naturaleza político-legislativa conocida como el "Acuerdo sobre Modernización del Estado, Transparencia y Promoción del Crecimiento de 2003", que incluyó la propuesta del Senado de elevar a rango constitucional el principio de probidad como una manera de exaltar un elemento cualitativo del desempeño público.

La entrada en vigencia del artículo 8º de la Constitución, en agosto de 2005, fue una respuesta institucional por parte del Senado ante el avance de la corrupción y una medida de rectificación de las prácticas de secreto de la Administración.

Aprobada en agosto del 2005, la Ley N°20.050 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile, incorporó un nuevo artículo 8° al capítulo primero de la Carta Magna sobre Bases de la Institucionalidad. Conforme al nuevo texto:

"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".

La historia de la reforma muestra el entendimiento del Senado de preservar un equilibrio entre lo que las personas tienen derecho a saber y los documentos o debates internos de los órganos del Estado que no es conveniente que trasciendan a la opinión pública. El Senado identificó la existencia de un derecho de acceso a la información pública, integrado al principio de transparencia, por vía de la Convención Americana y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y expresó su desconfianza en el ejercicio de las facultades discrecionales de la Administración en la determinación de la reserva.

En respuesta al abuso del estatuto reglamentario de secreto y reserva, el Senado aprobó el inciso 2 del artículo 8° de la Constitución que consagra el principio de publicidad e incorpora en el texto constitucional causales de reserva a la información limitadas al debido cumplimiento de las funciones de un órgano público, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional. Su determinación en casos concretos se deriva al legislador de quórum calificado, sustrayendo tal facultad de la esfera reglamentaria de la Administración.

Ante el nuevo texto constitucional y la falta de orientación y claridad por parte de los servicios públicos, el Ministerio SEGPRES dejó sin efecto el Decreto Supremo Nº26 de 2001 por ser contrario a la norma constitucional. La medida fue complementada por una guía, que describe los criterios y reglas actualmente aplicables en materia de publicidad y acceso a la información administrativa, a fin de dar respuesta a las solicitudes ciudadanas de acceso a la información pública.

5. LA SOCIEDAD CIVIL: LA ABOGACÍA DE INTERÉS PÚBLICO

Ante la certeza de que los controles ejercidos entre el Ejecutivo, el Parlamento y los partidos políticos eran insuficientes para superar la tradición del secreto, el Informe de la CNEP recomendó al Estado a inducir a que la sociedad civil ejerciera un control eficaz sobre la esfera pública. Este llamado a ser colaboradora en la promoción de la cultura de la transparencia y de la publicidad de la

información, es también el reconocimiento de un componente humano colectivo, de carácter activo, que caracteriza al régimen democrático consagrado por el artículo 4º de la Constitución Política de la República.

En efecto, la sociedad civil ha sido definida como una red compleja v heterogénea de actores sociales no estatales, portadores de valores, intereses y necesidades diversos. Ella se ha representado como un sujeto de derechos y capacidades de gestión y fiscalización. El Informe de la CNEP caracteriza su intervención como "igual a la información más el compromiso y organización social, más la posibilidad de participar e influir en las decisiones públicas en el uso "de todos los recursos que el sistema político pone a su disposición para ejercer el control ciudadano". Según el mismo informe, la sociedad civil se orienta a "hacer operativas las prácticas exigidas a la sociedad civil para vigilar y evaluar, en un proceso continuo, las actividades de los agentes e instituciones públicas".2

Durante la década de los 90, las falencias institucionales que afectan la protección del ejercicio del derecho a la libertad de expresión -y que aún persisten- llamaron la atención de un sector de la profesión de abogado. Sus representantes son depositarios de una recambio generacional caracterizado por una mayor confianza en las capacidades profesionales que en los contenidos ideológicos; una relación de mayor horizontalidad con el Estado; una sensibilidad a las agendas globales de las esferas de la prevención de la corrupción y los derechos humanos; y una disponibilidad para vincularse con las organizaciones sociales de base.

A partir de 1997, este sector ejerció la labor auxiliar de la justicia y

² Informe de la Comisión Nacional de Ética Pública de 1994, Página 214

coadyuvante que el Informe de la CNEP encomendaba a la sociedad civil. Con el apoyo de la Fundación Ford, los abogados de interés público revitalizaron los contenidos sociales del derecho mediante la sustentación de litigios que favorecieron la participación ciudadana y una propuesta de interpretación constitucional expansiva de la libertad de expresión y del derecho de acceso a la información pública, lo que los transformó en actores ciudadanos críticos de la autoridad y a su vez celosos del respeto del Estado de Derecho.

Sus referentes institucionales más relevantes fueron la Asociación de Abogados por las Libertades Públicas A.G. (hoy Libertades Públicas AG.), las Clínicas Jurídicas de Interés Público de la Universidad Diego Portales, la ONG Pro Bono y el Capítulo Chileno de Transparencia Internacional y Fundación Pro Acceso.

La primera en aparecer fue la Asociación de Abogados por las Libertades Públicas A.G. Creada en 1997 en respuesta a la censura cinematográfica aplicada por la Corte Suprema a la película "La Última Tentación de Cristo", la Asociación convocó a los referentes generacionales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y de la Universidad Católica. Mediante el procedimiento de denuncia internacional que establece la Convención Americana de Derechos Humanos, Libertades Públicas AG. contribuyó a la primera sentencia condenatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado de Chile, cerrando un ciclo de integración del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico en el país, pendiente desde 1989.

En efecto, el cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada el año 2001 requirió la reforma al artículo 19 $N^{\circ}12$ de la Constitución, sustituyéndose la censura por un régimen de calificación cinematográfica; la revisión del estatuto legal y reglamentario respectivo; y, por cierto, la exhibición de la película.

En el mismo año 1997, surgió la Clínica de Acciones de Interés Público (CAIP) y Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales. Con una visión fundacional de respuesta ciudadana ante la falta de credibilidad de la clase política,

orientó su labor al litigio estratégico en favor de la libertad de expresión y el acceso a la información de interés público. Sus programas de intercambio, docencia y enseñanza fueron acompañados del Informe Anual de Derechos Humanos. La CAIP de la Universidad Diego Portales se constituyó en un referente profesional de encuentro y diálogo de los abogados de interés público que favoreció la reflexión colectiva, la articulación, intercambio y el registro académico de la contribución jurídica y los precedentes jurisprudenciales logrados.

Inspirada en la práctica del Colegio de Abogados de Nueva York y vinculada a los liderazgos de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica, en el año 2000, emerge Fundación Pro Brono. La iniciativa convocó a las oficinas de abogados de Santiago y de Concepción. A través de la puesta en marcha de un sistema de gestión de casos que vincula y acerca a las oficinas de abogados y organizaciones no gubernamentales, el sector privado canalizó su aporte de trabajo en el procedimiento de amparo de acceso a la información contenido en el artículo 14 de la Ley 18.575, alcanzando su intervención a los Jueces de Letras, la Corte de Apelaciones de Santiago y de Valparaíso, la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional.

También, a contar del 2006, se destaca la contribución del Capítulo Chileno de Transparencia y el liderazgo de su presidente, el abogado Davor Harasic, en la integración del Grupo de Expertos convocada por la Presidenta Michelle Bachelet. También su capacidad de articular consensos en el seno de la clase política durante la discusión legislativa del estatuto de acceso a la información pública e iniciativas de campaña radial y participación en el debate público.

Asimismo, la iniciativa de Fundación Pro Acceso en su rol articulador y de sentido colectivo al litigio de interés público logró visibilizar las dimensiones de la tradición de secreto de la gestión pública y contribuir a la discusión legislativa mediante una ley modelo de acceso a la información pública. Fue también responsable ante el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos del caso Claude Reyes contra el Estado de Chile y canalizó el interés y la contribución de organizaciones internacionales como el *Justice Initiative*

del Open Society Institute, la Fundación Avina, el Consejo Británico y la organización "Artículo 19". Asimismo promovió el intercambio con la sociedad civil de la Región, entre ellas, la Asociación por los Derechos Civiles de la Argentina, el Consejo de la Prensa Peruana, Limac y CETA de México, la comunidad Pro Bono de Nueva York, el Due Process of Law Foundation.

Por último, el aporte de la Corporación Participa, la Fundación Nacional y la Universidad Diego Portales en la puesta en marcha de ejercicios de monitoreo y del derecho de acceso a la información pública, a través del "Barómetro de Acceso a la información", facilitó un espacio institucional de expresión del interés de la prensa escrita en la promoción del derecho de acceso a la información pública.

"El procedimiento de amparo adquirió una naturaleza instrumental y estratégica de empoderamiento de la sociedad civil mediante el patrocinio de casos emblemáticos para llamar la atención del Poder Judicial en busca de directrices interpretativas del derecho de acceso a la información pública".

6. CONTROL SOCIAL: EL AMPARO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Sobre la base de la Ley 19.653 sobre Probidad en los Órganos de la Administración del Estado, entre los años 2001 y 2007, se encuentra una vigorosa y articulada incidencia del ejercicio de la abogacía de interés público, que generó precedentes judiciales que resultaron fundamentales en la consolidación del derecho de acceso a la información pública.

En el artículo 11 ter de la Ley 19.653 - sistematizado en el artículo 14 de la Ley 18.575-, se consagró un procedimiento administrativo escriturado de soli-

citud de información ante el Jefe de Servicio del órgano correspondiente de la Administración; y un mecanismo de protección judicial en caso de silencio o respuesta negativa al requerimiento de información. Se dispuso además el derecho de oposición de los terceros interesados a la solicitud de entrega de información.

El mecanismo de protección judicial consistió en un procedimiento especial de amparo y revisión ante los tribunales civiles, cuya sentencia definitiva era apelable ante la Corte de Apelaciones correspondiente. Si la causal de reserva invocada se sustentaba en la seguridad de la Nación o el interés nacional, excepcionalmente, el reclamo era conocido directamente por la Corte Suprema.

La exigencia procesal al interesado de asumir la carga de recurrir a los tribunales de justicia ante la negativa de acceso a la información pública, resultó una severa limitación al ejercicio del derecho que se explica entre otros, por los costos de patrocinio de abogado. Tal percepción fue compartida por la Comisión Asesora Presidencial para la Protección de los Derechos de las Personas, agencia dependiente del propio Ministerio SEGPRES, que tomó la "iniciativa frente a algunos organismos de la Administración del Estado para exhortarlos, de manera oficiosa, a que den respuesta a las demandas de obtención de información planteadas por particulares y, especialmente, por personas jurídicas sin fines de lucro", con resultados "infructuosos por cuanto la legislación vigente en la materia reserva a un procedimiento contencioso administrativo especial [...] la dilucidación del conflicto planteado entre el requirente de la información y el servicio público requerido. [...] Estando pues reservada a la competencia judicial la decisión sobre si procede o no entregar la información pública que el ciudadano demanda, la lógica inclinación de los jefes de servicios ante esta clase de requerimientos es [fue] esperar

que el tribunal competente se los ordene", dado que sólo así se "relevará de responsabilidad ante eventuales reclamos de terceros".

Entonces, el procedimiento de amparo adquirió una naturaleza instrumental y estratégica de empoderamiento de la sociedad civil mediante el patrocinio de casos emblemáticos para llamar la atención del Poder Judicial en busca de directrices interpretativas del derecho de acceso a la información pública.

Los precedentes judiciales emanados de Jueces de Letras, Cortes de Apelaciones, de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional, explicitaron la existencia de un derecho fundamental de acceso a la información pública, integrado a la Constitución Política y a la Convención Americana de Derechos Humanos e hicieron visible la práctica de reserva de la Administración.

En sus sentencias, los Jueces de Letras se mostraron receptivos ante un derecho novedoso que se encontraba fuera de su ámbito habitual de competencia, contribuyendo con ello a darle forma y a fijar su contenido. Primero, ratificaron la naturaleza fundamental del derecho de acceso a la información y reconocieron el rol coadyuvante de la sociedad civil en el control de asuntos de interés público. Luego, habilitaron al ciudadano como titular para su ejercicio, sin necesidad de acreditar el interés en las solicitudes de acceso. Asimismo, identificaron los estándares procesales relacionados con la carga de la prueba y la declaración de incumplimiento estatal de respuesta a las solicitudes de acceso. Finalmente, pesquisaron los nuevos desafíos jurídicos a los que se verían enfrentados, por ejemplo, con respecto a la obligación de generar información de interés público y a los costos asociados a la reproducción.

Dentro de los casos emblemáticos que destacan de dicho período, cabe destacar:

La sentencia del 3° Juzgado Civil de Valparaíso en 2004, al conocer un reclamo originado en la decisión del Servicio Nacional de Aduanas de negar la información solicitada por el diario peruano El Comercio, que solicitaba detalles sobre la exportación de un auto de lujo que un Congresista de dicho país realizó desde Chile en 1999. El Servicio Nacional de Aduanas justificó su negativa en que los antecedentes del caso habían sido acompañados a un proceso criminal que se encontraba en estado de sumario (etapa secreta del procedimiento penal vigente en la época); así como en lo dispuesto por el D.S. N°26 de 2001 y por la Resolución N°2.305 de la Dirección de Aduanas.

El Tribunal, en su sentencia, reconoció la existencia del derecho de acceso a la información pública y resolvió fundado en una presunción de publicidad de la información restringiendo la interpretación de las limitaciones a este derecho. La acción contó con el respaldo de la Asociación Nacional de la Prensa AG., lo que, probablemente, influyó en la decisión del Servicio Nacional de Aduanas de no apelar a la sentencia.

También la sentencia del 29º Juzgado Civil y ratificada por la Corte de Apelaciones de Santiago en el caso Claude Reyes con CONAF (Corporación Nacional Forestal) que reconoció la labor coadyuvante de la sociedad civil en la fiscalización del actuar de la administración. La causa se originó en la decisión de la CONAF de no entregar la información sobre las denuncias particulares por infracción a la normativa de protección del bosque nativo. El Tribunal calificó la negativa de la Corporación como una vulneración al legítimo ejercicio del control social sobre los agentes del Estado y la esfera pública, tratándose de asuntos que tienen como fundamento el interés de la comunidad.

7. SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERI-CANA DE DERECHOS HUMANOS

El inciso 2° del artículo 5 de la Constitución Política realizada en 1989 consolidó en Chile un sistema de doble fuente de protección de derechos fundamentales: uno de carácter interno -la Constitución Política- y otra de carácter internacional que incorpora los derechos contenidos en los Tratados ratificados por el Estado. Especial importancia reviste la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, de 1969 y ratificada por Chile en 1990.

Ante la falta de certeza jurisdiccional del ejercicio del derecho de acceso a la información y las dificultades para superar la tradición de secreto de la Administración del Estado, los abogados de interés público recurrieron al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, con miras a una solución sistemática mediante una sentencia condenatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los hechos que dieron origen a este caso se remontan al año 1998 y son anteriores a la entrada en vigencia de la Ley N°19.653. La respuesta parcial del Vicepresidente Ejecutivo del Comité de Inversiones Extranjeras, a una solicitud de acceso a la información pública del economista Marcel Claude Reyes sobre un inversionista interesado en el desarrollo de un proyecto de alto impacto ambiental forestal en el sur de Chile, motivó el reclamo ante la Corte de Apelaciones de Santiago en sede de protección.

Conforme lo exige el artículo 20 de la Constitución Política de Chile, la afectación del derecho de acceso a la información pública se fundamentó directamente en la libertad de expresión, garantizada en el artículo 19 Nº12 de la Constitución. La acción se formuló expresamente en el artículo 5, inciso 2° de la Constitución y, por esta vía, el artículo 13.1 de la Convención Americana y el artículo 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La Corte de Apelaciones de Santiago, como era previsible, declaró inadmisible la acción por "manifiesta falta de fundamento", por no encontrarse el derecho taxativamente explicitado entre aquellos protegidos por el artículo 20 de la Constitución.

Tras el agotamiento de los recursos internos en Chile y de conformidad con lo señalado en los artículos 41 y siguientes de la Convención Americana de Derechos Humanos, los abogados de interés público hicieron uso del procedimiento de queja individual activando la protección internacional de derechos fundamentales que consagra el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.

El 8 de julio de 2005, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos una demanda contra el Estado de Chile, caratulada Claude Reyes y otros vs. Chile, con el fin de que la Corte declare que el Estado era responsable por la violación de los derechos consagrados en los artículos 13 (Libertad de Pensamiento y Expresión) y 25 (Derecho a la Protección Judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la misma, en perjuicio de los tres ciudadanos chilenos denunciantes.

La Comisión indicó que la negativa del Comité de Inversiones Extranjeras a la solicitud de información se dio sin una justificación válida de acuerdo con la legislación chilena. Agregó que el Estado no otorgó a los denunciantes un recurso judicial efectivo para impugnar una violación del derecho al acceso a la información y no aseguró los derechos de acceso a la información y a la protección judicial, ni contó con mecanismos establecidos para garantizar el derecho al acceso a la información pública.

El Estado de Chile justificó ante la Corte la omisión de entrega de información en el interés público colectivo de proteger y dar garantías a la inversión extranjera en Chile, toda vez que no podía darse el caso de que las empresas extranjeras que acudían al Comité de Inversiones Extranjeras tuvieran que hacer pública de esa forma información financiera, potencialmente muy relevante en relación a su competencia y, por lo tanto, su entrega podría inhibir el proceso de inversión extranjera. Asimismo, sostuvo que hasta el año 2002 el Comité de Inversiones Extranjeras mantuvo el criterio de entregar sólo información de la cual era titular y la práctica de no entregar información relativa a los estados financieros y a los nombres de los socios de una compañía inversora.

A través de su sentencia de fecha 19 de septiembre de 2006, en el Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estimó que:

"En su sentencia del 19 de septiembre de 2006, en el Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estimó que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a "buscar" y a "recibir" "informaciones", protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado".

"el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a "buscar" y a "recibir" "informaciones", protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima

restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea".

La Corte Interamericana consideró que el Estado de Chile no demostró que la restricción respondiera a un objetivo permitido por la Convención Americana, ni que fuera necesaria en una sociedad democrática, ya que la autoridad encargada de responder la solicitud de información no adoptó una decisión escrita fundamentada que pudiera permitir conocer cuáles fueron los motivos para restringir el acceso a tal información en el caso concreto. Asimismo, sostuvo que el establecimiento de restricciones al derecho de acceso a la información bajo el control del Estado a través de la práctica de sus autoridades, sin la observancia de los límites convencionales, creaba un campo fértil para la actuación discrecional y arbitraria del Estado en la clasificación de la información como secreta, reservada o confidencial, y se generaba inseguridad jurídica respecto al ejercicio de dicho derecho y las facultades del Estado para restringirlo.

Por último, ante los diversos elementos probatorios aportados al expediente, la Corte llamó la atención sobre las prácticas de secreto de la gestión pública en el Estado de Chile -que incluyen la omisión de respuesta de los funcionarios públicos a las solicitudes de información -, y ordenó que en un plazo razonable se adoptarán las medidas necesarias para garantizar la protección al derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, dentro de las cuales debe garantizar la efectividad de un procedimiento administrativo adecuado para la tramitación y resolución de las solicitudes de información, que fije plazos para resolver y entregar la información, y que se encuentre bajo la responsabilidad de funcionarios debidamente capacitados" sobre la normativa que rige este derecho, que incorpore los parámetros

convencionales que deben respetarse en materia de restricciones al acceso a dicha información".

El Tribunal Regional condenó al Estado de Chile, declarando su responsabilidad internacional por la violación de los derechos señalados, y ordenando que el Estado: a) entregara la información originalmente solicitada por los denunciantes o adoptara una decisión fundamentada al respecto; b) adoptara las medidas necesarias para garantizar el derecho de acceso a la información bajo el control del Estado; y, c) realizara la capacitación a los órganos, autoridades y agentes públicos encargados de atender las solicitudes de acceso a la información, que incorporara los parámetros convencionales que debieran respetarse en materia de restricciones al acceso a dicha información.

"Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla" (Sentencia CIDH).

8. RESPALDO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A pocos meses de conocerse el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional, mediante el requerimiento de oficio de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, tuvo ocasión de pronunciarse sobre la aplicabilidad de la causal de reserva del artículo 13 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, que autorizaba al Jefe de Servicio para declarar de oficio la reserva de información

calificada de sensible a los derechos e intereses de terceros.

El Tribunal Constitucional -aunque sin mencionarlo- recogió los principios del dictamen de la Corte Interamericana y, en su sentencia de 9 de agosto de 2007, declaró que el derecho de acceso a la información pública se encontraba reconocido constitucionalmente en Chile, La interpretación del Tribunal se fundamentó en que, tal y como se afirma en el artículo 4º de la Constitución Política, Chile es una república democrática lo que implica que las autoridades públicas responden a la sociedad. Agregó que el derecho a acceder a las informaciones que obran en poder de los órganos del Estado forma parte de la libertad de expresión que se encuentra consagrada en el artículo 19 Nº12 de la Carta Fundamental. Finalmente, el Tribunal invoca el artículo 8º de la Constitución Política, introducido por la reforma constitucional de agosto de 2005 (Ley N 20.050), en cuanto consagra los principios de probidad, publicidad y transparencia en la actuación de los órganos del Estado.

De esta manera, continúa el Tribunal Constitucional, 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, lo cual 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.

9. INICIATIVA DE LA PRESIDENTA DE LA REPÚBLICA

La divulgación de nuevos escándalos conocidos como ChileDeportes y PGE el 2006 acrecentaron la falta de confianza ciudadana, el desprestigio de la función pública y la percepción crítica del Gobierno de generar una cultura contra la corrupción y de utilización de fondos públicos con propósitos políticos.

La concurrencia del Senado, el empoderamiento de la sociedad, el cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la desorientación de la Administración tras la derogación de la reserva reglamentaria tras la entrada en vigencia del artículo 8 de la Constitución y la necesidad de acotar las competencias interpretativas de los jueces, generó urgencia en la Administración del Estado.

"El derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea" (Fallo Claude Reyes).

La Presidenta de la República, Michelle Bachelet, tomó la iniciativa en noviembre del 2006 convocando a un Grupo de Expertos para proponer un diseño institucional. En su informe, el Grupo de Expertos ratificó el diagnóstico previo del Senado de que la legislación sobre acceso a la información pública en Chile, aprobada en 1999, era ineficaz y recomendó fortalecer el principio de transparencia mediante la difusión de oficio de información de gestión pública de los órganos del Estado. Respecto del derecho de acceso a la información pública, el informe lo identificó como una herramienta importante a nivel mundial para mejorar la transparencia y la probidad de la gestión pública, considerándolo como parte sustantiva de la libertad de expresión y de la participación ciudadana en cuanto permite a las personas participar en el debate público debidamente informadas. Por último, siguiendo la experiencia internacional recomendó a la Presidenta crear una institución autónoma, con atribuciones eficaces y los recursos humanos, financieros y logísticos adecuados, ojalá de rango constitucional, para promover y garantizar el cumplimiento del derecho de acceso a la información.

En noviembre del 2006 y con ocasión de la promulgación de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, la Presidenta de la República ratificó su compromiso hacia los principios de transparencia y de publicidad, y su voluntad de crear un órgano autónomo, con atribuciones resolutivas que velara por el respeto del derecho de acceso a la información. Con miras a preparar a la Administración del Estado, mediante el Instructivo Presidencial Nº008 de 4 de diciembre de 2006, se ordenó el inicio del proceso de generación de información y de homologación de los sitios Web de la Administración para dar cumplimiento a la implementación del principio de transparencia activa.

En base a la autoría de la moción de los senadores Gazmuri y Larraín, del 6 de diciembre de 2006, la Presidenta Michelle Bachelet ingresó a la Cámara de Diputados una indicación sustitutiva total a la moción e impulsaba con urgencia la tramitación del proyecto de Ley sobre "Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado", que derivó en la Ley 20.285 de agosto de 2008.

No obstante el apoyo a la iniciativa presidencial, el Senador Larraín recordó la falta de voluntad previa del Ejecutivo de avanzar en la creación de una entidad pública que se preocupara de impulsar la transparencia en todos los órganos de la Administración, criterio que se mantuvo y sólo fue alterado tras el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el caso Chiledeportes.

10. TRAMITACIÓN DE LA LEY SOBRE ACCESO A INFORMACIÓN PÚBLICA

La preocupación por el avance del fenómeno de la corrupción y la sentencia condenatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos favorecieron la confluencia de las voluntades del Poder Ejecutivo, el Congreso y la sociedad civil que, en un acotado período entre diciembre de 2006 y agosto del 2008, lograron superar la inercia de la Administración del Estado, la resistencia de las autonomías constitucionales y la prevalencia de los partidos políticos durante la discusión de la Ley.

La discusión del estatuto legal se inicia con la indicación sustitutiva ya referida, del 6 de diciembre de 2006 y culmina el 20 de agosto del 2008 con la publicación de la Ley Nº 20.285 sobre Acceso a Información Pública.

Radicada en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara, el estudio de la nueva propuesta legislativa comprometió transversalmente a los diputados. El trabajo se desarrolló en 14 sesiones, entre el 18 de octubre de 2006 y el 8 de mayo del 2007. La tramitación incluyó la intervención de la Comisión de Hacienda, Ambos Informes fueron aprobados por la sala de la Cámara con fecha 12 y 13 de junio de 2007. En su tercer trámite constitucional, la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización del Senado informó a la Sala, con fecha 17 de julio de 2007, que los cambios introducidos por la Cámara afectaron aspectos de fondo y de forma al proyecto original aprobado por el Senado "conviniendo en que las nuevas propuestas alcanzan una complejidad tal que ameritan un debate que desborda la alternativa de aceptación o rechazo del texto reformado, única opción que ofrece la actual instancia legislativa de tercer trámite constitucional", debiendo, por ende, activarse "el mecanismo constitucional de la Comisión Mixta, instancia que no está sujeta a las limitaciones de aceptación o rechazo ya señalados".

Con fecha 18 de julio de 2007, la Sala del Senado rechazó el proyecto de la Cámara de Diputados constituyéndose, el 19 de julio de ese año, una Comisión Mixta. La nueva comisión celebró un total de 12 sesiones, entre el 31 de julio de 2007 y el 8 de enero del 2008. Su informe del14 de enero fue aprobado por la Sala del Senado y de la Cámara de Diputados el 16 y 17 de enero del 2008, respectivamente.

El texto aprobado por el Congreso fue remitido a la Presidenta de la República el 4 de marzo de 2008 y el 7 de marzo el Ejecutivo manifestó no tener observaciones. Conforme a ello, el 11 de marzo el Senado remitió la iniciativa de ley al Tribunal Constitucional, para los efectos de lo establecido en el artículo 93 Nº 10 de la Constitución Política. El 10 de julio, el Tribunal Constitucional emitió sentencia de constitucionalidad. En última instancia, el 15 de julio del mismo año, el Senado informó a la Presidenta de la aprobación del proyecto de ley, "iniciado en Moción de los Senadores señores Jaime Gazmuri Mujica y Hernán Larraín Fernández", el que fue publicado en el Diario Oficial, el 20 de agosto de 2008 bajo el número 20.285.

11. INCIDENCIA DE LA SOCIE-DAD CIVIL EN EL PROCESO LEGISLATIVO

Fundación Pro Acceso y Chile Transparente participaron activamente de la discusión legislativa concentrando sus esfuerzos en la difusión en el ámbito internacional de la iniciativa legal, la obtención de insumos técnicos al proceso legislativo y el intercambio de experiencias institucionales, que perfeccionaran el proyecto de ley.

Con el apoyo del Consejo Británico, durante el mes de mayo del año 2007, Fundación Pro Acceso canalizó una invitación al Reino Unido destinada a conocer la experiencia institucional de dicho país tras la entrada en vigencia el año 2005 del Acta de Libertad de Información y, en particular, la labor de la Oficina del Comisionado de Información, autoridad responsable de promover y verificar el cumplimiento del acceso público a la información oficial y la protección de los datos personales, contando para ello con atribuciones que le permiten conocer y sancionar los incumplimientos normativos.

El proyecto de Ley aprobado por la Cámara de Diputados fue objeto de un análisis legal de contraste con el derecho internacional y las mejores prácticas en materia de acceso a la información. Elaborado durante el mes de Julio de 2007 por Fundación Pro Acceso, el Open Society for Justice Initiative y Artícle 19, el Memorándum analizó el articulado del proyecto de ley aprobado por la Cámara de Diputados concluyendo que "contiene una serie elementos positivos", como el reconocimiento del derecho a deducir reclamos ante la denegación de una solicitud de información y el establecimiento del Consejo para la Transparencia como ente resolutivo de reclamos y fiscalizador independiente del principio de transparencia. No obstante, "el Proyecto de Ley adolece de una serie de deficiencias significativas, incluyendo un régimen de excepciones demasiado amplio que confiere un grado de discrecionalidad excesivo a los funcionarios públicos y disposiciones débiles para la publicidad activa. También encontramos preocupante el hecho de que el Proyecto de Ley no goce de preeminencia sobre las leyes de reserva dado que ello podría frustrar efectivamente el acceso al régimen de información".

La entrega del Memorándum al Congreso fue acompañada de una campaña internacional de difusión que involucró la opinión de organizaciones de la sociedad civil de Chile y la Región sobre el proyecto de ley aprobado por la Cámara de Diputados. Asimismo se efectuó difusión a nivel nacional mediante un inserto en el Diario La Segunda de 5 de noviembre de 2007. Como una contribución adicional al debate y deliberación pública de la iniciativa, durante el mes de noviembre del año 2007, Fundación Pro Acceso convocó a un segundo seminario internacional

"Hacia una Nueva Institucionalidad de Acceso a Información Pública en Chile". En particular, con el objeto de conocer la experiencia de autonomía operativa, presupuestaria y de decisión del Instituto Federal de Acceso a Información Pública de México, creado tras la entrada en vigencia el año 2002 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

Por último, el aporte técnico de Pro Acceso durante todo el proceso legislativo a través de un documento sobre "Observaciones a la Indicación sustitutiva del gobierno al proyecto de ley de transparencia de la función pública y acceso a la información de la Administración del Estado", y la asistencia permanente a las comisiones legislativas del Congreso.

12. AUTONOMÍA DEL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA

La adhesión de la Presidenta Bachelet al informe del Grupo de Expertos de avanzar en un estatuto legal que precisara e hiciera efectivo el derecho ciudadano de acceso a la información pública y una institucionalidad con competencia sobre la totalidad de los órganos del Estado, fue matizada en la indicación sustitutiva del Ministerio SEGPRES.

La historia de la ley devela la resistencia de la Administración al control externo; la defensa corporativa de las autonomías constitucionales, en particular de la Contraloría General de la República; la preocupación parlamentaria de control político de los integrantes del Consejo; las exigencias de independencia de la sociedad civil y la desconfianza del Tribunal Constitucional.

La indicación sustitutiva del Ministro Secretaría General de la Presidencia consideró la creación de un Instituto para la Transparencia, radicando su dirección en un Consejo Directivo integrado por un consejero designado por el Presidente de la República, en calidad de calidad de director y jefe de servicio y cuatro consejeros designados por el Jefe del Estado con el acuerdo de los dos tercios del Senado.

Tal integración fue objeto del reparo de Fundación Pro Acceso que ante la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados señaló que "En lo que respecta a su Director Ejecutivo, funcionario de nombramiento del Jefe del Estado, creían que para garantizar su independencia, podría establecerse que para su nombramiento o remoción debería requerirse el acuerdo del Senado. Creían, igualmente, que el quórum de dos tercios de los miembros en ejercicio del Senado, exigidos para acoger la proposición que haga el Presidente de la República para el nombramiento de los demás integrantes del Consejo, era muy elevada, siendo partidarios de equipararla con el quórum exigido para los miembros del Consejo de Alta Dirección Pública, es decir, los cuatro séptimos. Señalaron, asimismo, que parecía más lógico nominar a la nueva institución por su relación con el derecho que busca cautelar, es decir, Instituto de Acceso a Información Pública, coincidiendo así con normativa mexicana e inglesa. Pensaban que debería reducirse el número de consejeros a sólo tres, nombrados por el Presidente con acuerdo del Senado y cuyas funciones serían incompatibles con toda otra, salvo las académicas. No podrían estos consejeros pertenecer a partidos políticos, durarían siete años en sus cargos y la elección de los mismos no podría tener lugar en períodos electorales. El Consejo elegiría entre sus miembros a su Presidente y sus remuneraciones equivaldrían a las de un consejero del Banco Central"3.

"Así, y condicionado por la premura exigida por la Presidenta de la República Michelle Bachelet, el trabajo desarrollado en la Comisión Mixta de Diputados y Senadores logró superar los obstáculos habilitando la aprobación de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado N°20.285".

La Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, recogió en parte la preocupación ya que "parecía conveniente garantizar la independencia del Director del Consejo respecto del Jefe del Estado", agregando además que "la Corporación debería tener también participación, al igual que el Senado, en el nombramiento de los consejeros".

Ante la insistencia de la Cámara de Diputados, SEGPRES eliminó del proyecto de Ley al Consejero nombrado por el Presidente de la República, reduciendo la integración del Consejo a "cuatro consejeros designados por el Presidente de la República con acuerdo del Senado, todos los cuales durarán seis años en sus funciones", estableciendo entre ellos una presidencia rotativa. Llama la atención la falta de justificación del Ejecutivo frente al modelo seguido y la escasa opinión parlamentaria de la paridad de cuatro de los integrantes del Consejo. Entre ellas, el "temor" manifestado por el Senador Larraín por la irrupción de la nueva entidad independiente requiere (para superarlo) "un Consejo independiente, que va a ser integrado por cuatro personas nominadas por el Primer Mandatario, con acuerdo del Senado, y cuya presidencia será rotativa, garantiza una total neutralidad, como organismo de Estado más que de Gobierno, en el ejercicio de sus funciones".

Así, y condicionado por la premura exigida por la Presidenta de la República Michelle Bachelet, el trabajo desarrollado en la Comisión Mixta de Diputados y Senadores logró superar los obstáculos habilitando la aprobación de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado Nº20.285.

En su Artículo primero, la Ley establece el estatuto de acceso a

³ Historia de la Ley No 20.285, Página 178 de 638

información pública y transparencia que rige a la Administración del Estado que contiene 49 artículos y tres disposiciones transitorias. Se encuentra allí el estatuto de acceso a información pública que incluye, entre otras materias, el régimen de transparencia activa de los órganos de la Administración, el procedimiento de solicitud de acceso a información, las causales de reserva legal, el procedimiento de protección y el mandato y atribuciones del Consejo para la Transparencia y el rol revisor del Poder Judicial. Las exigencias del artículo 8º de la Constitución que obliga a todos los órganos del Estado impactaron la tramitación legislativa, irradiando a los otros Poderes del Estado y demás organismos constitucionales. Mediante una técnica legislativa confusa, en los artículos quinto, sexto, séptimo, octavo, noveno y décimo de la Ley, se establecieron estatutos legales particulares que rigen a la Contraloría General de la República, el Congreso Nacional, Poder Judicial, Banco Central, Ministerio Público, el Tribunal Constitucional, la Justicia Electoral y las empresas públicas.

El artículo primero de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado N°20.285 establece en su artículo 31 un Consejo para la Transparencia, como una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio. Sus competencias asignadas en artículo 2 de la Ley se extienden a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones, los gobiernos regionales, las municipalidades, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa.

13. INSTALACIÓN DEL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA

La publicación en el Diario Oficial de la Ley N°20.285 sobre Acceso a Información Pública el 20 de agosto de 2008, determinó su entrada en

vigencia para el 20 de abril del 2009, generando un desafío estatal doble de preparar en un corto período a la Administración para el cumplimiento de las obligaciones de transparencia activa y la puesta en marcha del Consejo para la Transparencia.

La identificación de consejeros fundacionales que compatibilizaran la naturaleza política de la nominación con criterios de reconocimiento profesional y legitimidad social, satisfizo la aspiración de autonomía emanada de la sociedad civil.

En septiembre del año 2008, la Presidenta Bachelet solicitó el acuerdo del Senado para nombrar en el cargo de consejero del Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia, a los abogados Alejandro Ferreiro Yazigi y Roberto Guerrero Valenzuela por el período de seis años, con vencimiento en en 2014, y a los señores Juan Pablo Olmedo Bustos y Raúl Urrutia Ávila, por el período de tres años, el que expiró en octubre de 2011.

En las dependencias de la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos, el 29 de octubre de 2008 se llevó a efecto la Sesión Constitutiva del Consejo para la Transparencia. La condición compartida de abogado contribuyó a dar sentido, cohesión y confianza durante el período de instalación fundacional, lo que privilegió, en mi opinión, el consenso y la unidad institucional interna para el desarrollo de la labor encomendada. La elección del abogado Juan Pablo Olmedo como Primer Presidente comprometió su dedicación exclusiva y caracterizó el liderazgo ciudadano del proceso de instalación del Consejo para la Transparencia 4.

Ante la falta de diagnóstico y experiencia institucional, entre octubre 2008 y abril de 2009 los consejeros orientaron su labor a una reflexión sobre el rol institucional y la elaboración de un plan estratégico que asegurara el ejercicio ordenado y progresivo de sus funciones. La invitación del Instituto Federal de Acceso a Información de México a los integrantes del nuevo Consejo

^{*}Sesión Nº1 de 29 de octubre de 2008. La delegación de facultades al Presidente incluyó la de "difundir la ley, desarrollar la vocería pública, transmitir las decisiones y representar al Consejo ante las autoridades, los medios de comunicación social, la sociedad civil, organismos equivalentes extranjeros, etc. En el ejercicio de tal función el Presidente debe canalizar la voluntad colectiva favoreciendo el interés institucional. En el orden interno, le corresponde proponer la pauta de trabajo del Consejo y vincularse y hacer de nexo de coordinación entre el Consejo y el Director de la entidad en su trabajo diario, así como del personal de la institución, sin perjuicio de las funciones que se establezcan en el estatuto que dicte el Consejo"

para la Transparencia facilitó una homologación de conocimiento técnico y de mejores prácticas vinculadas al derecho de acceso a información pública, la transparencia, la protección de datos personales, las políticas de archivos, entre otros. A ello se sumó el apoyo del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) que favoreció la construcción de un "mapa mental común" entre los Consejeros y el equipo profesional en la formulación del Plan Estratégico del Consejo para la Transparencia.

"La vocación ciudadana representa el ethos fundacional del Consejo para la Transparencia, da sentido y legitimidad social a la autonomía legal, sirve de soporte de validación de los Consejeros y orienta la implementación de los procesos asociados al ejercicio de las competencias legales del Consejo para la Transparencia".

> La inserción del Consejo para la Transparencia dentro del Estado de Chile contó con el apoyo de la Presidenta de la República, del Ministro Secretario General de la Presidencia, de la Dirección de Presupuesto, del Consejo de la Alta Dirección Pública, del Consejo de Defensa del Estado y de la Contraloría General de la República. La celebración de acuerdos de trabajo con entidades similares como el Instituto Federal de Acceso a la Información de México (IFAI) y la Agencia de Protección de Datos Personales de España; el desarrollo de proyectos específicos de cooperación con el BID, el Banco Mundial y el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD); y, la contribución en la determinación de los estándares de la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información

y la Guía de Implementación aprobada por la OEA en junio de 2010, dan cuenta de un esfuerzo similar de integración en la esfera regional iberoamericana.

A solo tres días de la entrada en vigencia de la Ley, el Plan Estratégico aprobado definió al Consejo para la Transparencia como un instrumento privilegiado del Estado de Chile para superar la tradición de secreto en la gestión pública, le exige un alto estándar de calidad en su funcionamiento y releva al ciudadano "como evaluador final del resultado de la acción, dado que es él el portador del derecho que se busca satisfacer"5. La vocación ciudadana representa el ethos fundacional del Consejo para la Transparencia, da sentido y legitimidad social a la autonomía legal, sirve de soporte de validación de los Consejeros y orienta la implementación de los procesos asociados al ejercicio de las competencias legales del Consejo para la Transparencia. Su revisión anual ha facilitado el perfeccionamiento de las definiciones fundacionales, organizativas y operativas.

14. LA PRÁCTICA DE OLVIDO DE LA ADMINISTRACIÓN

Sustentada en la percepción de falta de comprensión social de los problemas y efectos de las decisiones públicas, la tradición de secreto estatal encuentra en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública un poderoso estímulo de reconversión cultural que reduce la asimetría de información y la exclusión social que de ella deriva. Su ejercicio vigoriza el control social y la deliberación democrática, el ejercicio de otros derechos ciudadanos en función de la información obtenida y fortalece la igualdad política y la participación ciudadana en la

⁵ Olavarría Gambi, "La Institucionalización y Gestión Estratégica del Acceso a Información y la Transparencia en Chile" publicado por el Consejo para la Transparencia de 2011, p. 46

gestión de los asuntos públicos. Tales aspiraciones exceden con creces el ámbito de la prevención de la corrupción y se concentran en un nuevo orden democrático que caracteriza a las sociedades abiertas de la comunidad internacional.

La autonomía legal de órganos de control de la Administración resultó inédita y extraña en la estructura jurídico-institucional del Estado de Chile. La decisión de la Presidenta y del Congreso Nacional de avanzar en la creación del Consejo para la Transparencia representa una solución ad hoc que lo acerca, por una parte, a un servicio público y, por la otra, desafecta a sus autoridades de la exclusiva confianza del Ejecutivo, circunstancia única en el ordenamiento jurídico institucional del país.

No obstante las reiteradas recomendaciones del Consejo para la Transparencia de solicitar la iniciativa legal de la Presidencia de la República para superar algunas falencias de la Ley, a la fecha del cierre de este recuento no se ha tomado una iniciativa sobre la materia. Tal omisión ha sido rectificada -en parte- mediante la presentación de una moción originada en la Cámara de Diputados que Modifica la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado (Boletín N°7686-07).

La práctica de olvido del derecho de acceso a la información pública alcanzan al Tribunal Constitucional y a la Corte Suprema, cuya interpretación reciente en casos emblemáticos socavan los estándares que emanan de la sentencia del Tribunal Regional. Señalar lo obrado por el Tribunal Constitucional en sentencia de 2012 que revisó su criterio fundacional desvinculando el derecho de acceso a información pública del artículo 8º de la Constitución ya que ésta "no habla ni de acceso, ni de entrega, ni de transparencia. No los descarta; pero tampoco cierra posibilidad al legislador. Tampoco habla de información", de modo tal que el referido artículo 8º no "consagra un derecho de acceso a la información". Y, en el mismo sentido, la Corte Suprema en marzo de 2016 modificó el asentado criterio de afectación para la aplicación del secreto señalando que no resulta necesario que el órgano público respectivo deba acreditar la forma específica en que ha de verificarse el daño, requisito, según la Corte, no

exigido ni por la Constitución ni por la ley que regula la materia, apartándose de sus facultades legales en contravención a lo dispuesto en el artículo 7 de la Carta Fundamental".

Por último, la función protectora del derecho del Consejo para la Transparencia (CPLT) encuentra una creciente resistencia e impugnación judicial del Poder Ejecutivo -que abiertamente lo desconoce- en esferas sensibles como son la seguridad nacional, relaciones exteriores y defensa del interés fiscal. En el ámbito particular de los derechos humanos, por ejemplo, la preocupación del Relator para la Libertad de Expresión de la OEA del no cumplimiento de la resolución del CPLT por parte del Gobierno del acceso a las actas del Consejo de Seguridad Nacional (COSENA), celebradas de 1989 a 2012, referidas a las consecuencias políticas y sociales del Informe Rettig y las restricciones al acceso de los documentos, testimonios y antecedentes aportados por las víctimas ante la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura (Comisión Valech I).

15. LA INSUFICIENCIA DE LA AUTONO-MÍA LEGAL

Transcurridos más de siete años de implementación de la Ley, la experiencia acumulada descrita muestra que la autonomía legal del Consejo para la Transparencia resulta insuficiente para superar la tradición de secreto en el país.

Su gobierno institucional fragmentado dificulta el liderazgo para asumir un rol político en la deliberación pública y de promoción -más allá de sus resoluciones- de los contenidos de derechos humanos en sus programas de estudio y capacitación. Su frágil sistema de nominación y renovación de consejeros generó en el año 2011 un periodo de cesación de funciones y un evidente atraso en el ejercicio del rol resolutivo y de las demás actividades de dicho órgano. La neutralidad política en el liderazgo orgánico que emana de la dedicación parcial de los consejeros y remuneración mediante dietas por sesiones de escaso monto, restan eficacia al liderazgo frente a otras autoridades de la República y debilita el compromiso institucional para revertir la tradición de secreto de la Administración.

La falta de competencias legales del Presidente del Consejo -que dura solo 18 meses en el cargominimiza su rol institucional de ser referente de la cultura de transparencia y acceso a la información frente a las autonomías constitucionales como son la Contraloría General de la República y el Congreso Nacional y la sociedad civil. Respecto de ésta última, además, se constata la desafección y desarticulación de la sociedad civil comprometida con el derecho fundamental de acceso a la información pública y su reemplazo por nuevos referentes de incidencia localizados en la agenda de probidad y transparencia. El rol articulador de los abogados y el uso del litigio estratégico para la reforma institucional que caracterizó el liderazgo social de Fundación Pro Acceso y el Capítulo Chileno de Transparencia, ha sido sustituido por la emergencia de Espacio Público y Ciudadano Inteligente que, focalizadas en la agenda de probidad, han recurrido al uso de las tecnologías para el control social, la denuncia pública y el recurso a la sanción penal.

16. LA EXPANSIÓN DE LAS COMPETENCIAS DEL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA

El fortalecimiento institucional del derecho acceso a información pública y sus órganos garantes encuentra en la esfera de la protección de los datos personales una expresión natural para ampliar sus facultades y robustez institucional. En el caso de Chile, los compromisos internacionales adquiridos en torno a su ingreso a la OCDE incluyen la adecuación del régimen de protección de datos personales a los estándares que exige la organización internacional.

A contar del 2007, se constatan iniciativas legislativas que incluyen la moción liderada por el Senador Felipe Harboe para una reforma constitucional que explicite el derecho a la protección de datos personales en el artículo 19 №4 de la Constitución Política. A ella se agrega la convocatoria de la Subsecretaría de Economía al sector privado, la sociedad civil y el mundo académico en la formulación del anteproyecto de ley que incluyó un período de consulta pública y cuyos contenidos generan amplio consenso.

Queda entonces solo pendiente la definición de la institucionalidad de protección de datos personales. El entendimiento de los sectores comprometidos, la experiencia comparada y las obligaciones internacionales de Chile, muestran la importancia de generar un órgano colegiado y autónomo, de miembros que se dediquen a tiempo completo y sean nombrados conjuntamente por el Congreso y el Presidente de la República.

En función de la tutela de la Ley N°19.628, por parte de los órganos de la Administración del Estado, el Consejo para la Transparencia ha debido aplicar la legislación de datos personales e instado por precisar algunos aspectos relativos a la protección de datos personales. A través de la Instrucción General Nº10 del Consejo para la Transparencia sobre el procedimiento administrativo de acceso a la información (2012) y de la Instrucción General N° 11, sobre transparencia activa (2014), se ha tenido una especial preocupación en orientar la tutela de datos personales, conforme al régimen legal vigente. Del mismo modo, ha dictado Recomendaciones sobre protección de datos personales por parte de los órganos de la Administración del Estado (2011), con el objeto de velar por el debido cumplimiento de la Ley N° 19.628.

Durante el mes de marzo del presente año, el CPLT ha manifestado a diversos órganos del Estado su disponibilidad para asumir la institucionalidad en protección de datos personales, obteniendo la favorable acogida por parte del Senado de la República. Mediante acuerdo de fecha 8 de mayo de 2016, el Senado ha tomado iniciativa y solicitado a la Presidenta de la República el pronto ejercicio de sus facultades legales para "dar protección a los datos personales de Chile, consolidando en el Consejo para la Transparencia las competencias de tuición de dicha normativa".

17. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFOR-MACIÓN PÚBLICA

A contar del año 2015 se ha profundizado la crisis de confianza ciudadana en la institucionalidad estatal. El financiamiento irregular y sistemático del sector privado a las campañas políticas que surge tras el denominado caso Penta, nuevos escándalos de corrupción que afectan al entorno familiar de la Presidenta Michelle Bachelet, los cuestionamientos a las prácticas del Congreso y la formalización de parlamentarios por la participación en la entrada en vigencia de legislación que favorece al sector privado en el ámbito de la explotación de recursos naturales, han precipitado una crisis de confianza ciudadana en las instituciones de representación.

La respuesta de la Presidenta de la República de convocar a un Consejo Asesor Presidencial Contra Los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción, creado por Decreto Nº002 de 2015, no ha sido acompañada de la iniciativa e impulso de las recomendaciones del Consejo referidas a concretar un reconocimiento explícito en la Constitución de la transparencia y del acceso a la información pública como principios rectores del actuar de la administración del Estado, así como la consagración del derecho a acceder a información pública como una garantía constitucional y a equiparar y fortalecer las obligaciones que establece la Ley 20.285 sobre el derecho de acceso a la información del Poder Legislativo, del Poder Judicial y de órganos con autonomía constitucional, obligándolos a cumplir con el mismo estándar que se aplica en el Poder Ejecutivo, y extendiendo la competencia del Consejo para la Transparencia a todas las instituciones del Estado.

Tal omisión ha sido suplida, en parte, por la moción de reforma constitucional Boletín N°8.805-07 de 24 de enero de 2013, de los Senadores Hernán Larraín, Isabel Allende, Soledad Alvear, José García y Eugenio Tuma, que busca el reconocimiento al principio de transparencia y de acceso a la información en la Constitución, aclarando así la línea histórica de la política de probidad del Estado chileno, y dando reconocimiento expreso al derecho fundamental de acceso a la información.

Durante la tramitación de la iniciativa -que se encuentra desde enero del 2015 a la espera de la constitución de una Comisión Mixta-, se constató que la falta de consagración expresa en la Constitución del principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública ha derivado en criterios interpretativos contradictorios de su inserción en la Constitución. Y también, de la evaluación del Consejo para la Transparencia, de que las principales barreras inhibidoras que condicionan la satisfacción del derecho de acceso a la información pública en la Administración son la debilidad de los procedimientos de respuesta estatal a las solicitudes de información pública y el desconocimiento ciudadano de la Ley.

El reciente llamado de enero de 2016 del CPLT para la constitución de un Consejo Consultivo de la sociedad civil y la convocatoria a los liderazgos históricos comprometidos con el derecho de acceso a la información pública y a los nuevos referentes sociales como son Espacio Público y Ciudadano Inteligente, son una valiosa oportunidad para revitalizar la adhesión social a la institucionalidad creada en virtud de la Ley 20.285. Tal invitación extendida también a otras autonomías legales, como el Instituto Nacional de Derechos Humanos y el Consejo Directivo del Servel, comprometen un impulso para precipitar la reforma constitucional pendiente y superar la práctica de olvido de los contenidos de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Claude Reyes.

Chile, y en esto coincido con lo señalado por el Relator para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, requiere de manera urgente la iniciativa de la Presidenta de la República para dar inicio a la revisión legal de la institucionalidad de protección del derecho de acceso a la información pública y adecuarla a las actuales necesidades del país, extendiendo el alcance del derecho de acceso a la información pública a los poderes Judicial y Legislativo, las empresas estatales, universidades públicas y entidades públicas o privadas que ejerzan funciones públicas.

18. REFLEXIÓN FINAL

Los esfuerzos de promoción de transparencia y prevención de la corrupción iniciados hace ya más de 20 años han generado una mayor conciencia ciudadana y favorecido la rendición de cuenta estatal. Sin embargo, la magnitud y extensión del fenómeno de la corrupción y la severa crisis de confianza ciudadana han dejado en evidencia la insuficiencia de los tradicionales poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

"Chile, y en esto coincido con lo señalado por el Relator para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, requiere de manera urgente la iniciativa de la Presidenta de la República para dar inicio a la revisión legal de la institucionalidad de protección del derecho de acceso a la información pública y adecuarla a las actuales necesidades del país".

El llamado en octubre de 2015 de la Presidenta de la República Michelle Bachelet a un proceso deliberativo para una refundación de la democracia en Chile requerirá el concurso del Congreso Nacional. La intervención del Poder Legislativo en la reforma constitucional comprometida genera nuevos desafíos país, entre ellos, el de superar las resistencias que tal proceso genera en el seno de la propia Administración, los partidos políticos y el Poder Legislativo. Tal exigencia no puede ser radicada en la sociedad civil y no alcanza a ser suplida por los movimientos sociales. Se requiere la concreción de mecanismos institucionales autónomos y permanentes sensibles a la ciudadanía que puedan dar contención al conflicto social que vive el país y superar la desconfianza recíproca del ciudadano y del Estado que experimenta Latinoamericana y nuestro país.

La reciente reforma constitucional de México del año 2014 que otorgó jerarquía constitucional del Instituto Nacional de Acceso a la Información Pública con facultades de supervisión de transparencia, acceso a la información pública y protección de datos personales respecto de todo el aparato estatal, incluidas las autonomías constitucionales, los partidos políticos, los sindicatos, muestra la emergencia de un nuevo poder del Estado articulador del control social que se ha mostrado útil para compensar las falencias institucionales en dicho país.

Con ocasión de este décimo aniversario de la Sentencia de la Corte Interamericana en contra de Chile en el caso Claude Reyes de 2006, elevar al Consejo para la Transparencia a la Constitución como garante del principio de transparencia y del derecho de acceso a la información pública ratifica el compromiso de Chile ante el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y fortalece el sistema de democracia representativa y participativa a que se refiere la Carta Democrática Interamericana de los Estados Miembros de la OEA.

La consagración de tal jerarquía constitucional en el artículo 8 de la Constitución, como recipiente de un ethos ciudadano que convoque a las fuerzas sociales y a las esferas institucionales de derechos humanos, prevención de la corrupción, modernización del Estado e inserción internacional del país, complementa el régimen de separación de poderes y habilita una instancia de contención social de la crisis de confianza en la democracia, de participación y seguimiento eficaz del proceso constituyente y de superación de la tradición de secreto en la gestión pública en Chile.



Gloria de la Fuente

Directora Ejecutiva de la Fundación Chile 21, ha sido directora del programa calidad de la política de la misma institución y analista político tanto en entidades privadas como públicas. Ha trabajado en temas de transparencia y acceso a la información pública como directora de proyecto para Chile Transparente y consultora internacional para la Red de Transparencia y Acceso a la Información Pública (RTA) y Eurosocial. Es además miembro del directorio de la Fundación Proacceso.

Además de los temas de transparencia y acceso a la información, se ha especializado en el área de Instituciones y procesos políticos, siendo miembro de la red de estudios sobre calidad de la democracia que preside el académico Leonardo Morlino y coordinadora del grupo homónimo en la Asociación Latinoamericana de Ciencia Política (ALACIP).

Doctora(C) en Ciencias Sociales de la Universidad de Chile; Cientista Política de la Universidad Católica de Chile; Diplomada en Estudios Políticos (INAP) y Gerencia Pública (DII) de la Universidad de Chile.

Derecho de acceso a la información: desafíos de la próxima década

GLORIA DE LA FUENTE · Directora Ejecutiva de Fundación Chile 21

e cumplen diez años de la sentencia condenatoria del caso "Claude Reyes y otros" contra el Estado de Chile, hito relevante en América Latina por cuanto supuso un impulso definitivo para que muchos países iniciaran debates que terminaron en la aprobación de normativas para garantizar el derecho de acceso a la información pública. En efecto, si se mira el panorama regional, la mayoría de los países ha avanzado en el reconocimiento de este derecho en la última década, siendo muy pocos los que aún no cuentan con una norma en la materia. En tal cuadro, sin duda el balance es exitoso, porque en pocas oportunidades es posible encontrar un hito regional que haya incidido de manera tan definitiva en la incorporación de una política pública específica a nivel nacional.

"Considerando las cuentas alegres de esta etapa, es también preciso trazar los desafíos de cara a la próxima década, especialmente porque el derecho de acceso a la información pública es y debiera constituirse en una política pública que, siendo reconocida como un derecho humano fundamental, debiera ser plenamente incorporada por la ciudadanía como la llave que abre la puerta al ejercicio de otros derechos".

No obstante, considerando las cuentas alegres de esta etapa, es también preciso trazar los desafíos de cara a la próxima década, especialmente porque el derecho de acceso a la información pública es y debiera constituirse en una política pública que, siendo reconocida como un derecho humano fundamental, debiera ser plenamente incorporada por la ciudadanía como la llave que abre la puerta al ejercicio de otros derechos. Al respecto, creo que es posible reconocer al menos tres desafíos para la próxima década.

El primero es, sin duda, la existencia de un órgano garante autónomo y con atribuciones para velar por el ejercicio del derecho. En efecto, es posible observar en la región una multiplicidad de órganos encargados de velar por la política, pero con diversos grados de especificidad y autonomía respecto al poder político, que no sólo limita en muchos casos la independencia del rol, sino que también, amenaza incluso la propia garantía del derecho. En el último año fue posible ver en Brasil cómo, a partir de una decisión gubernamental, la continuidad del derecho se vio amenazada a partir de una serie de ajustes que se quiso realizar en Contraloría General de la Unión, oficina que depende del poder Ejecutivo de ese país. Un órgano garante autónomo y con atribuciones para vigilar y sancionar permitirá avanzar sustantivamente en este derecho, evitando que las

coyunturas políticas específicas se traduzcan finalmente en retrocesos.

El segundo desafío tiene que ver con el alcance de la norma. En esto influye no sólo la organización político administrativa del país (estados unitarios vs. estados federales), sino que también la propia decisión que el legislador adoptó respecto a la naturaleza de los sujetos obligados. En el primer caso, existe una clara distinción entre países federales y unitarios, en los primeros el alcance de la norma se circunscribe a la realidad de cada estado y su aplicación. Avances interesantes en la materia han sido promovidos en los últimos años por México, que ha buscado unificar la norma a partir de la promoción de reformas constitucionales.

"El desafío de la siguiente década carecerá de sentido si el derecho de acceso a la información no ha sido "apropiado" suficientemente por la ciudadanía".

Otro desafío importante, como señalaba, tiene que ver con el alcance de la norma y la naturaleza de los sujetos obligados. En efecto, mientras existen países donde la norma es aplicable sólo al Ejecutivo y unas pocas entidades públicas (Chile), hay otras realidades donde el número de sujetos obligados es muy amplio y difícil de cuantificar (Colombia y Guatemala). Si bien es cierto que a mayor cantidad de sujetos obligados más extendido está socialmente el derecho, también es preciso considerar que ello requiere un órgano garante con suficiente capacidad para poder fiscalizar y sancionar, lo que implica además dotar de rango constitucional a esta entidad para, por ejemplo, actuar sobre los distintos poderes del Estado.

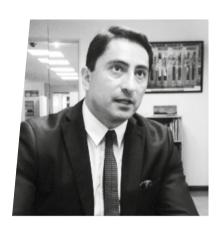
Por último y lo más importante, el desafío de la siguiente década carecerá de sentido si el derecho de acceso a la información no ha sido "apropiado" suficientemente por la ciudadanía. Al respecto

los pocos datos conocidos hasta ahora son poco alentadores. En efecto, pese a que ha habido un avance sustantivo en el reconocimiento del derecho a nivel de la norma, mejoras en la capacidad de los órganos garantes de realizar su trabajo y, en general, la valoración desde quienes elaboran políticas públicas del derecho de acceso a la información como un derecho "llave" que habilita el ejercicio de otros derechos, lo cierto es que el nivel de conocimiento de la norma y más aún, la "apropiación" de los ciudadanos de ella es aún muy baja.

Si bien hay pocos datos en América Latina respecto a este punto, por cuanto son pocos los países que cuentan con instrumentos de medición, lo cierto es que ahí donde hay información, ésta señala que menos del 30% de las personas sabe que existe una norma de esta naturaleza y/o desconoce que existe un órgano encargado de velar por su cumplimiento. Esta información es determinante en los resultados de la política en la actualidad, porque si las personas desconocen la existencia de este derecho y de la institucionalidad que garantiza su ejercicio, es difícil que su uso pueda ser visto como la puerta de entrada al ejercicio de otros derechos políticos, económicos y sociales. En tal sentido, es imperativo que en la próxima década la promoción del derecho sea una tarea insoslayable y prioritaria.

El derecho de acceso a la información pública, como derecho humano fundamental, debiera estar en el centro de las políticas públicas en la próxima década. Sólo su correcta promoción otorga a la ciudadanía la posibilidad de ejercer tanto sus derechos individuales y colectivos y devuelve a la democracia la posibilidad de desarrollar capacidad de respuesta y rendición de cuentas frente a una ciudadanía cada vez más demandante.

"El derecho de acceso a la información pública, como derecho humano fundamental, debiera estar en el centro de las políticas públicas en la próxima década. Sólo su correcta promoción otorga a la ciudadanía la posibilidad de ejercer tanto sus derechos individuales y colectivos y devuelve a la democracia la posibilidad de desarrollar capacidad de respuesta y rendición de cuentas frente a una ciudadanía cada vez más demandante".



Moisés Sánchez

Secretario Ejecutivo de la Alianza Regional por la Libre Expresión e Información, coalición de 22 organizaciones de 18 países de las Américas, que trabaja desde 2005 en el fortalecimiento de las capacidades y conocimientos de las organizaciones miembros para que ellas realicen intervenciones tendientes a mejorar las condiciones de libertad de expresión y acceso a la información en sus países. Director Ejecutivo de Fundación Pro Acceso Chile hasta julio de 2013. Estudió Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad de Chile. Ha sido profesor de la "Cátedra Interamericana de Acceso a la Información Pública" (2008), en el marco de las actividades de la Alianza Regional, realizadas en Panamá, El Salvador, Honduras, Nicaragua y República Dominicana. También ha sido expositor en materias de libertad de expresión y acceso a la información en diversos encuentros internacionales en nuestro continente, Europa y Africa.

Una década de acceso a la información en las Américas

MOISÉS SÁNCHEZ · Secretario Ejecutivo Alianza Regional por la Libre Expresión e Información

1. ANTECEDENTES

En la última década, la mayor parte de los países de las Américas han generado avances importantes en el reconocimiento legislativo del derecho humano de acceso a la información pública (AIP). Las leyes más recientes en la región son las de Argentina (2016) y Paraguay (2014), y durante este año se han producido importantes avances en el proyecto de ley que se debate en Venezuela, lo que muestra que el compromiso regional con esta agenda está más vigente que nunca, aunque desde luego en un contexto diferente y con renovados desafíos.

"La adopción en 2010 por parte de la Asamblea General de la OEA de la "Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública", así como su guía de implementación, fue un paso clave para lograr que el fallo Claude Reyes se "hiciera carne" en instrumentos jurídicos concretos que han servido de referencia a muchos países de la región".

Para el impulso de este derecho en la región, resultó decisivo en 2006 el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Claude Reyes Vs. Chile" (Nº 12.108), que estimó que la negativa del Comité de Inversiones Extranjeras de entregar

a organizaciones sociales y ciudadanos una serie de documentos e informes respecto de un proyecto de contenido ambiental, violaba el derecho de acceso a la información pública de los solicitantes, lo que de paso fue un importante reconocimiento de la existencia de este derecho a nivel interamericano, así como de sus estándares.

Por otra parte, la adopción en 2010 por parte de la Asamblea General de la OEA de la "Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública", así como su guía de implementación, fue un paso clave para lograr que el fallo Claude Reyes se "hiciera carne" en instrumentos jurídicos concretos que han servido de referencia a muchos países de la región, tanto para el debate público como para orientar la reflexión legislativa. Esta iniciativa, impulsada por el Departamento de Derecho Internacional de la OEA, ha sido fundamental para la construcción posterior de leyes y políticas públicas de la región.

Recientemente, en el mes de junio de este año, fue aprobada en la Asamblea General de la OEA, celebrada en República Dominicana, el "Programa Interamericano de Acceso a la Información Pública", instrumento que por primera vez considera una instancia de revisión de los avances y desafíos de las leyes de información de las Américas ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la OEA, además de

otras acciones de impulso y difusión de este derecho en las Américas. Sin duda, esto es evidencia de la actualidad de esta agenda, y de las nuevas oportunidades y espacios para evaluar sus desafíos a nivel regional.

2. EL ROL DE LA SOCIEDAD CIVIL

Para lograr cada uno de estos avances regionales, el rol de la sociedad civil ha sido clave. En efecto, la génesis e impulso del caso Claude Reyes provino desde la sociedad civil¹, y su instalación como agenda internacional comprometió a muchos actores de las Américas, que vieron en él una oportunidad de consolidar este derecho en cada uno de sus países, generándose procesos locales que en muchas ocasiones culminaron con la aprobación de una ley de acceso a la información.

En el marco de las Américas, el compromiso de la Alianza Regional por la Libre Expresión e Información con esta agenda fue el norte que guió gran parte de su trabajo en esta década. Una de las primeras iniciativas fue el diseño de la "Cátedra Interamericana de Derecho de la Información", la que se desarrolló entre los años 2007 y 2008, llevando los contenidos del caso Claude Reyes a distintos países de nuestra región: México, El Salvador, Nicaragua, Panamá, Honduras y Guatemala. Además, se desarrollaron una serie de acciones de apoyo a esta agenda, entre las cuales podemos mencionar de manera ejemplar²:

- ▶ La incidencia en el campo legislativo por medio de asistencia técnica en proyectos de leyes de acceso y campañas de sensibilización sobre el derecho de acceso a la información en Honduras, Nicaragua, Guatemala, Colombia, Paraguay, El Salvador y Venezuela;
- ► La presentación conjunta de *amicus curiae*³ en trámites judiciales locales cuando éstos revisten carácter estratégico para la agenda de AIP de la región. Por ejemplo, los presentados en los casos de Paraguay (2010)⁴, Argentina (2010)⁵ y Honduras (2016)⁶;
- ► La participación en la elaboración de documentos de organismos internacionales, fundamentalmente la OEA, sobre buenas prácticas en acceso a la información pública⁷;
- ▶ La integración del grupo de expertos que –en representación de la sociedad civil elaboró la Ley Modelo Interamericana de Acceso a la Información y su Guía de Implementación, desarrolladas por el Departamento de Derecho Internacional de la OEA con participación de las agencias y los Estados miembros del organismo internacional, el sector privado, académicos, expertos en la materia y representantes de la sociedad civil⁸;
- ► La obtención de la primera audiencia temática sobre acceso a la información en las Américas ante la CIDH (2011). Allí se presentó el "Informe

¹ Es importante destacar el rol clave de Fundación Pro Acceso de Chile en el impulso del caso a nivel regional, del abogado Juan Pablo Olmedo en la estrategia judicial local y ante el SIDH, así como de actores como: Roberto Saba (en esa fecha Director Ejecutivo de la Asociación por los Derechos Civiles) y de Eduardo Bertoni (en ese momento Relator para la Libertad de Expresión), quienes aportaron como expertos en el proceso que llevó a obtener esta importante decisión internacional.

² Banfi, K. y Urribarri, D. (2013). "Fuerza Colectiva: Aprendizajes de la Alianza Regional para la Incidencia". Alianza Regional para la Incidencia: Montevideo. Disponible en http://www.alianzaregional.net/acciones/investigacion-aplicada/la-alianza-regional-presenta-el-libro-fuerza-colectiva-aprendizajes-de-la-alianza-regional-para-la-incidencia/

³ Amicus Curiae: En latín significa "amigo del tribunal". Con frecuencia, se trata de una persona o grupo que no es una parte de una demanda, pero tiene un gran interés en el asunto, para lo cual presenta un escrito en la acción con la intención de influir en la decisión del tribunal.

⁴ Alianza Regional para la Incidencia (2010) "Defensoría del Pueblo vs. Municipalidad de San Lorenzo" . Más información disponible en http://www.alianzaregional.net/acciones/litigio-estrategico/presentacion-amicus-brief-de-la-alianza-regional-en-paraguay/

⁵ Alianza Regional para la Incidencia (2010). "CIPPEC*c," Estado Nacional Ministerio de Desarrollo Social". Más información disponible en http://www.alianzaregional.net/acciones/corte-suprema-de-argentina-falla-en-favor-del-acceso-a-la-informacion-en-caso-que-conto-con-amicus-de-la-alianza-regional/

⁶ Alianza Regional para la Incidencia (2016). Caso Inconstitucionalidad de Ley de Secretos de Honduras. Más información disponible en http://www.alianzaregional.net/acciones/litigio-estrategico/alianza-regional-presenta-amicus-curiae-en-caso-sobre-inconstitucionalidad-de-la-ley-de-secretos-en-honduras/

⁷ Disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/CP-CAJP_2608-08.pdf

⁸ Participaron de este proceso Karina Banfi, ex-Secretaria Ejecutiva de la Alianza Regional por la Libre Expresión e Información y la organización Calnfo, de Uruguay.

Regional del Estado de Situación de Acceso a la Información Pública", elaborado por el conjunto de organizaciones miembros y se solicitó que el tema del acceso a la información fuera incorporado en los informes por país que realiza cada año la CIDH;

- ▶ La elaboración periódica del informe SABER MÁS, sistematizando información sobre el estado del acceso a la información en todos los países donde funcionan las organizaciones miembros⁹;
- ▶ La participación en la sesión especial de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la OEA (2016), a partir de la cual se definieron las bases del Programa Interamericano de AIP¹º.

En los últimos años, el impulso de esta agenda ha sido acompañado también por redes y comunidades que trabajan en la agenda de Datos Abiertos, y constituye un desafío en la actualidad sumar esfuerzos para lograr que el acceso a la información realmente sirva para mejorar la calidad de vida de las personas.

3. OBLIGACIÓN DE GENERAR INFORMACIÓN DE INTERÉS PÚBLICO

No obstante la existencia de este antecedente jurisprudencial internacional, de la Ley Modelo y —ahora— del Programa Interamericano de AIP, se constata la existencia de diferentes niveles de cumplimiento de las normas, lo que en cada país tiene razones y justificaciones diferentes conforme a la realidad local.

La agenda de AIP internacional, al menos en las Américas, está marcada por un interés de lograr mecanismos de respuesta efectivos por parte del Estado a las solicitudes de información. No obstante, en el escenario actual la mayor parte de los países cuentan ya con estos mecanismos, desde luego

con distintos niveles de cumplimiento. En esta misma línea, una de las constataciones más importantes es que, más allá de las hipótesis de reserva o secreto, una de las razones más esgrimidas para negar la entrega de información es la inexistencia de la misma, lo que va de la mano con la argumentación de la no existencia de una obligación estatal de generar información. Esto genera una importante fragilidad para hacer exigible este derecho y concretizarlo en mejoras para la calidad de vida de las personas, así como una ineficacia del procedimiento de respuesta. En este artículo, nos referiremos a este punto.

En este sentido, el fallo Claude Reyes ya señalado, al reflexionar sobre la configuración jurídica del derecho de AIP, indica en su párrafo 77 que "...la Corte estima que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a "buscar" y a "recibir" "informaciones", protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención". Esta reflexión, a la vez que genera un reconocimiento al derecho de solicitar información que está en poder del Estado, deja abierta la interrogante respecto de cómo generar acceso público a aquella información que el Estado no ha generado o no tiene bajo su control, no señalando criterios de aplicación para este tipo de situaciones. Si a ello sumamos que la práctica internacional en materia de tratados de DDHH es considerar que las obligaciones de generar información estadística son de carácter progresivo y no de cumplimiento inmediato, se percibirá lo delicado de la situación en esta primera aproximación.

⁹ Informe disponibles en http://www.alianzaregional.net/contenidos/saber-mas/

¹⁰ La Alianza Regional estará representada por una delegación integrada por Guillermo Medrano, de la Fundación Violeta Barrios de Chamorro (FVBCH – Nicaragua), Ezequiel Santagada, del Instituto de Derecho y Economía Ambiental (IDEA Paraguay), y la Secretaría Ejecutiva. Más información disponible en http://www.alianzaregional.net/acciones/cabildeo-y-reuniones/la-alianza-regional-expone-ante-la-comision-de-asuntos-juridicos-y-politicos-de-la-oea/

La situación jurídica descrita, sumada a la debilidad en los procesos de modernización estatal en nuestra región, con deficiente gestión documental, archivística y de conservación, lleva a la generación de una "brecha" entre la información disponible en los Estados y la que la sociedad necesita realmente para que las personas puedan mejorar su calidad de vida. A ello hay que sumar los incentivos perversos que se crean para no generar información por parte de las autoridades públicas para eludir el control social, minimizando la actividad registral de sus actuaciones.

"La génesis e impulso del caso Claude Reyes provino desde la sociedad civil, y su instalación como agenda internacional comprometió a muchos actores de las Américas, que vieron en él una oportunidad de consolidar este derecho en cada uno de sus países, generándose procesos locales que en muchas ocasiones culminaron con la aprobación de una ley de acceso a la información".

Desde esta perspectiva, la problemática fundacional en materia de AIP, relacionada con la obligación de *entregar* la información que le es solicitada, adquiere una nueva dimensión en la obligación de *generar* información de interés público, siendo parte fundamental de esta nueva perspectiva la reflexión jurídica sobre la existencia de obligaciones que hagan exigibles a los Estados crear esta información sin necesidad de que le sea solicitada.

5. ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y DATOS ABIERTOS PARA MEJORAR LA CALIDAD DE VIDA DE LAS PERSONAS

Tal como ya se señaló, el estándar internacional fijado por la Corte IDH sobre AIP sólo reflexiona sobre la información que está en manos del Estado, pero no dice mucho respecto de aquella que no tiene o no ha generado. Acá cabe preguntarse si es posible afirmar la existencia de una obligación estatal de generar información en otros ámbitos.

Para estos efectos, en primer lugar, es importante tener presente que el criterio existente en el sistema interamericano de derechos humanos es que los acuerdos en estas materias son "vivos" y deben ser adaptados a las circunstancias de los tiempos, para asegurar la calidad de vida de las personas.

Teniendo presente lo anterior, también se pueden encontrar aportes para esta discusión en la agenda específica de DDHH, en la que encontramos reflexiones sobre la necesidad de cumplimiento de ciertas obligaciones de generación de información estadística, cuando ello es necesario para la protección de un derecho amenazado. Por ejemplo, en el caso de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará o CBDP), se considera la necesidad de contar con información estadística completa para definir factores e indicadores de riesgo vital y, en consecuencia, para avanzar en políticas más adecuadas de prevención de la violencia contra la mujer. En particular, considera en su artículo 8º letra h, la obligación de "garantizar la investigación y recopilación de estadísticas y demás información pertinente sobre las causas, consecuencias y frecuencias de la violencia contra la mujer, con el fin de evaluar la eficacia de las medidas para prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra la mujer y de formular y aplicar los cambios que sean necesarios". Por otro lado, el Comité que supervisa el cumplimiento de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), ha señalado que en la definición de la discriminación se incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada (Recomendación

General Nº 19). Dentro de las recomendaciones que formula el Comité a los Estados en relación con el cumplimiento de la Convención y los informes al Comité, se señala que aquellos deben proporcionar información "sobre todas las formas de violencia contra la mujer, e incluyan todos los datos de que se dispongan acerca de la frecuencia de cada forma de violencia y de los efectos de esa violencia sobre las mujeres víctimas".

Un aspecto que resulta muy interesante en este caso, es la generación de interpretaciones que apuntan a establecer el cumplimiento inmediato de ciertas obligaciones de generación de información. Siguiendo con el mismo caso de la CBDP, se ha entendido que el deber de "actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer", que señala su artículo 7º —que se entiende es de cumplimiento inmediato—, comprende la obligación de conocer e investigar los patrones de violencia que afectan a las mujeres, como en el caso del femicidio, esto es, como parte de la actuación diligente del Estado para prevenir la violencia contra la mujer de manera inmediata.

En total coherencia con esta reflexión generada en materia de género, los "Principios sobre el Derecho de Acceso a la Información" elaborados por el Comité Jurídico Interamericano de la OEA, señalan que "los órganos públicos deben difundir información sobre sus funciones y actividades —incluyendo su política, oportunidades de consultas, actividades que afectan al público, presupuestos, subsidios, beneficios y contratos— de forma rutinaria y proactiva, aún en la ausencia de una petición específica, y de manera que asegure que la información sea accesible y comprensible".

Si bien el caso Claude Reyes y otros vs. Chile no abordó en profundidad el punto, el tema sí ha tenido un desarrollo posterior por distintos organismos del Sistema Interamericano, en que se han definido con claridad los parámetros y obligaciones que tienen los Estados respecto de la generación y producción de información.

Así, por ejemplo, en el caso Gomes Lund y otros vs. Brasil, la Comisión Interamericana de DDHH alegó que "los Estados tienen la obligación positiva de producir y conservar información, lo que obliga a buscarla y a implementar medidas que permitan la custodia, el manejo y el acceso a los archivos"¹¹, teniendo especial alcance en materias de derechos humanos, imponiendo una obligación clara de acceso y sistematización de la información de conformidad al artículo 13 de la Convención Americana.

Por lo demás, ya en el año 2008, el reporte Lineamientos para la Elaboración de Indicadores de Progreso en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, señalaba: "El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha precisado que es una obligación estatal la de producir bases de información a partir de las cuáles sea posible la validación de indicadores y, en general, el acceso a muchas de las garantías cubiertas por cada derecho social. Esta obligación es entonces fundamental para la exigibilidad de estos derechos"12. "El Estado tiene así la obligación de brindar acceso a la información que está bajo su custodia, administración o tenencia; la información que el Estado produce, o la información que está obligado a producir, entre otros"13.

Asimismo, "el Estado no está sólo obligado a respetar el derecho permitiendo el acceso a archivos y bases de datos, sino que tiene una obligación positiva de producir información en determinados circunstancias"¹⁴. Estas circunstancias van desde la producción

¹¹ Parra. 184, Gomes Lund y otros vs. Brasil, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 24 de noviembre de 2010.

¹² Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2008). Lineamientos para la Elaboración de Indicadores de Progreso en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Disponible en: http://www.cidh.oas.org/pdf%20files/Lineamientos%20final.pdf

¹³ CIDH (2009). El derecho de acceso a la información, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, , párrafo 16, disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/acceso_a_la_informacion_lineamientos_CIDH.pdf

¹⁴ Op. Cit. Párrafo 81.

de información para colectivos vulnerables, como también "la obligación de producir o captar la información que necesita para el cumplimiento de sus deberes, según lo establecido por normas internacionales, constitucionales o legales".¹⁵

Claramente, el deber de producir información tiene un contenido cierto y tangible. Así, la Comisión Interamericana estima que "la obligación del Estado de adoptar medidas positivas para resguardar el ejercicio de derechos sociales tiene importantes derivaciones, por ejemplo, en cuanto al tipo de información estadística que el Estado debe producir. La producción de información debidamente desagregada, a efectos de determinar estos sectores desaventajados o postergados en el ejercicio de derechos, desde esta perspectiva, no es sólo un medio para garantizar la efectividad de una política pública, sino una obligación indispensable para que el Estado pueda cumplir con su deber de brindar a estos sectores atención especial y prioritaria".16

"La existencia de estándares consolidados en las Américas en materia de Acceso a la Información Pública, así como la proliferación de políticas de uso, reutilización y redistribución de datos en formatos abiertos en nuestra región, son la base sobre la cual se puede innovar y lograr desarrollos tangibles y mensurables para las personas".

Por otra parte, en el contexto de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, existe el compromiso de distintos actores y Estados de garantizar el levantamiento de datos directamente relacionados con el cumplimiento de cada uno de sus objetivos. Son los datos los que permitirán hacer un diagnóstico de la situación actual, medir los avances y detectar las brechas y desafíos.

Cabe entonces preguntarse ¿cómo el Estado puede excusarse en la inexistencia de la información si es que tiene un deber legal, constitucional e internacional de generar cierta información? La producción de esta información no es accidental, sino que por el contrario, sirve para el cumplimiento de los derechos económinos, sociales y culturales en plenitud.

De esta manera, el abuso del argumento de inexistencia de la información deja en verdadera desventaja a la ciudadanía a la hora de ejercer y exigir sus derechos humanos. A mayor abundamiento, la generación de indicadores, estadísticas y otros datos deben ser en beneficio directo de la población, y no un mero dato carente de utilidad práctica. Así, y como ya se ha dicho, la generación de datos en formatos abiertos permite el uso, distribución, redistribución y transformación de la información con fines diversos y, por tanto, la satisfacción de los derechos humanos.

La inexistencia de la información no puede ser una causal válida cuando los organismos del Estado tienen el deber, debido a su estructura legal, funciones y poderes expresos o implícitos, de generar y poseer ciertos datos en el ámbito de su competencia. En esa línea, han existido casos en que la Administración Pública se ha excusado de entregar información sobre instituciones directamente fiscalizadas por ella¹⁷.

¹⁵ CIDH (2011). El Derecho de Acceso a la Información en el Marco Jurídico Interamericano, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, párrafo 35, disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/ACCESO%20A%20LA%20INFORMACION%202012%202da%20edicion.pdf

¹⁶ CIDH (2008). Lineamientos para la Elaboración de Indicadores de Progreso en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párrafo 58, disponible en: http://www.cidh.oas.org/pdf%20files/Lineamientos%20final.pdf

¹⁷ Así, por ejemplo, resulta ridículo un caso en que se solicita al Ministerio de la Comunicación y de la Agencia Brasileña de Telecomunicaciones que remita los datos en formatos abiertos acerca del cierre de las radios comunitarias por la Policía Federal y que haya informado, en su primera respuesta, que no poseia la información. ¿Si es que ellos no poseen la información, quién más podría tenerla? Disponer de esa información en formatos abiertos, puede, por ejemplo, ayudar a verificar si es que los cierres de esas radios fueron realizados de manera regular o, por el contrario, se hicieron como mecanismos indirectos para restringir la libertad de expresión. Informe Saber Más VII, 28 septiembre 2015, p. 37, disponible en: http://www.alianzaregional.net/wp-content/uploads/saber_mas_VII_final.pdf

Desde esta perspectiva, la interrogante respecto de la obligación estatal de responder solicitudes de información (aspecto que ya está abordado por el estándar de DDHH sentado por la Corte IDH en el fallo Claude), también da paso al cuestionamiento respecto de ¿qué cosas debe preguntarse el Estado a sí mismo para ejercer de manera eficiente y eficaz su función pública? En efecto, para la toma de decisiones de política y el desarrollo de la gerencia pública, es imprescindible contar con niveles suficientes de información que permitan al Estado actuar sobre base racional y no arbitraria. Además, si estas actuaciones se ejecutan sobre ámbitos de alto interés público, como las políticas sociales y económicas, o tienen impacto directo en materia de derechos humanos, esa información, además, debiera ser en principio pública.

La existencia de estándares consolidados en las Américas en materia de AIP, así como la proliferación de políticas de uso, reutilización y redistribución de datos en formatos abiertos en nuestra región, son la base sobre la cual se puede innovar y lograr desarrollos tangibles y mensurables para las personas. De esta manera, los avances legales y las herramientas tecnológicas se vuelven prácticas, cercanas y cotidianas, y pueden concretarse en aplicaciones interactivas para información ciudadana, o nuevos mecanismos de fiscalización ciudadana sobre las autoridades, sólo por mencionar un par de ejemplos.

El desarrollo actual del derecho de acceso a la información pública y la tecnología no permiten obviar el uso de los formatos abiertos. A la inversa, tampoco se puede avanzar de manera real en el uso de datos abiertos sin contar con el respaldo de

"Resulta necesario avanzar en la definición de estándares mínimos de información que el Estado debe generar, tomando como criterio de selección su alto interés público y/o su relevancia para el ejercicio y protección de ciertos derechos".

adecuados estándares legales de AIP. El uso de formatos abiertos (en especial en las plataformas de transparencia activa), debe tener como punto central aquellos datos que pueden representar una oportunidad para mejorar contextos y facilitar mejoras en la calidad de vida de las personas y la población en general.

7. REFLEXIONES FINALES

La reflexión jurídica internacional muestra la existencia de suficientes razones sustantivas y ejemplos que permiten afirmar la existencia de una obligación estatal de generar información de interés público y que, en muchos casos, ni siquiera se necesitaría solicitud previa de la misma si se trata de antecedentes necesarios para el ejercicio de la correspondiente función pública. Junto con ello, también muestra evidencia de que en muchos casos especialmente urgentes o graves, dicha generación de información debe ser de cumplimiento inmediato.

Siendo así, resulta necesario avanzar en la definición de estándares mínimos de información que el Estado debe generar, tomando como criterio de selección su alto interés público y/o su relevancia para el ejercicio y protección de ciertos derechos.

Estos mínimos deben ser puestos a disposición de las personas sin necesidad de esperar una solicitud, por lo que también es necesario fortalecer todas las medidas de transparencia activa, para lo cual es necesario generar una reflexión respecto de la calidad de la información que es entregada.

El uso de formatos abiertos es una oportunidad, pues son herramientas que permiten "aterrizar" el derecho de acceso a la información en medidas que ayudan a mejorar la calidad de vida de las personas de manera concreta.

