

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  |  |
| DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS, EXTENSIÓN Y PUBLICACIONES / 28 de abril de 2017 |  | ASESORÍA TÉCNICA PARLAMENTARIA |

**Tribunal Constitucional y Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Alcance del Principio de publicidad y del Derecho de acceso a la información pública**

Siete sentencias del Tribunal Constitucional, han establecido que el principio de publicidad de la Constitución Política se refiere solamente a los actos, resoluciones de los órganos del Estado, sus fundamentos y procedimientos, en ningún caso a información que obre en poder de la Administración o que ha sido elaborada con presupuesto público, tal como lo dispone el inciso segundo del artículo 5° de la Ley N° 20.285 sobre acceso a la información pública. Asimismo, han planteado que el derecho de acceso a la información pública, no se encuentra en el artículo 8° de la Constitución, sino que podría encontrársele implícito en el artículo 19 N°12°.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha aclarado que el principio de publicidad no es la única finalidad de la Administración, la que debe observar una serie de otros principios, por ejemplo, la participación, la eficiencia y la eficacia de su actuación.

De la misma manera, el Tribunal Constitucional señaló que atendido que no toda información es pública, todo exceso en ese espacio normativo, es una infracción constitucional, es decir un vicio en el actuar de los órganos de la administración, un abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades.

Por su parte, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el acceso a la información pública, en los Instrumentos de Derechos Humanos se manifiesta en los derechos de buscar y de recibir información. Éstos, han derivado, en el derecho de acceso a la información de carácter amplio y que debe aplicarse con una lógica de máxima divulgación de la información que los órganos públicos posean, custodien o controlen, en cualquier formato o medio. Asimismo, el universo de dichos órganos es amplio, incluyendo todos los poderes del Estado, a todos los niveles de la estructura gubernamental, a las entidades autónomas del Gobierno o controladas por éste e incluso a los privados que reciben fondos o beneficios públicos sustanciales.

Existen diferencias entre el doctrina del Tribunal Consttiucional sobre el Principio de Publicidad y la doctrina sobre el Derecho de acceso a la información pública del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. El primero estima que la Constitución Política limita el alcance sólo a actos y resoluciones, sus fundamentos y procedimientos. El segundo considera que la información pública es toda aquella que los órganos públicos posean, custodien o controlen, en un tenor similar al artículo 5° de la Ley N° 20.285.

Está enfocada en apoyar preferentemente el trabajo de las Comisiones Legislativas de ambas Cámaras, con especial atención al seguimiento de los proyectos de ley, contribuyendo a la certeza legislativa y a disminuir la brecha de disponibilidad de información y análisis entre Legislativo y Ejecutivo.

**Contacto**

E-mail: atencionparlamentarios@bcn.cl

Tel.: (56)32-226 3168 (Valpo.)

El presente documento responde a una solicitud parlamentaria del Congreso Nacional, conforme a sus orientaciones y particulares requerimientos. Por consiguiente, tanto la temática abordada como sus contenidos están determinados por los parámetros de análisis acordados y por el plazo de entrega convenido. Su objeto fundamental no es el debate académico, si bien su elaboración observó los criterios de validez, confiabilidad, neutralidad y oportunidad en la entrega.

**Guido Williams O.**

Abogado, Universidad de Chile

Magíster en Derecho (PUCV).

Doctor (c) en Derecho (PUCV)

 E-mail: gwilliams@bcn.cl

Tel.: (56) 3226180

**Introducción**

Se analiza la doctrina de siete sentencias del Tribunal Constitucional (o TC) relativas al alcance del inciso segundo del artículo 8° de la Constitución Política (o CPR), particularmente en relación al tenor del inciso segundo del artículo 5 (del artículo 1°) de la Ley N° 20.285 sobre acceso a la información pública. Asimismo, se analiza la doctrina del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, respecto al sentido del derecho de acceso a la información pública y al derecho a buscar y a recibir información, en los Instrumentos de Derecho Humanos, sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública y en Acuerdos de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos.

Se explicita que se utiliza el concepto Principio de publicidad constitucional (publicidad y transparencia según la doctrina) referido al tenor del inciso segundo del artículo 8° de la Constitución Política, aun cuando esta norma no señala expresamente que es un principio. Por su parte, se entiende que es derecho de acceso a la información pública, aquel reconocido en el artículo 5°, del artículo primero, de la Ley N° 20.285 y en la Ley Modelo Interamericana sobre acceso a la información pública (disposición referida a acceso y finalidad). Este principio y el derecho, en su contenido, como se verá, han sido entendidos de manera diversa.

Se hace presente que el tenor del inciso segundo del artículo 8° de la CPR es el siguiente,

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

Luego, el texto del artículo 5 del artículo primero de la Ley N° 20.285 es el siguiente

Artículo 5°.- En virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado.

Asimismo, es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas.

Las sentencias, instrumentos, ley modelo y acuerdos han sido obtenidos desde los sitios web del Tribunal Constitucional y/o de la Organización de Estados Americanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1. **Tribunal Constitucional**

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado, a propósito de diversos recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, sobre el objeto del inciso segundo del artículo 8° de la Constitución Política.

En primer lugar, cabe reseñar que para Zapata (2014), la actual norma del inciso segundo del art. 8° consagra en nuestro ordenamiento jurídico, y con rango constitucional, dos principios: el de publicidad y el de transparencia. El primero, se configuraría como una obligación de los órganos del Estado, unida al imperativo de dar a conocer sus actos de decisión. El segundo, se vincularía a los procedimientos, contenidos y fundamentos de estos actos, lo que se asocia al derecho de las personas a ser informadas.

Para entender la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el alcance de estos principios se han seleccionado las siguientes decisiones, las que se estiman son las sentencias que fijan o reiteran una doctrina sobre la materia y que son las causas por recurso de inaplicabilidad roles 1.990-2011, 2.153-2011, 2.246-2012, 2.379-2012, 2.351-2012, 2.907-16 y 3.111-2016.

Al respecto, cabe hacer presente asimismo que en la sentencia de la causa rol 2.505-2013, el Tribunal Constitucional por única vez resolvió en sentido contrario a la doctrina reseñada precedentemente.

Las siete sentencias del Tribunal Constitucional antes citadas, han establecido que el Principio de publicidad de la CPR se refiere solamente a los actos, resoluciones de los órganos del Estado, sus fundamentos y procedimientos, y que en ningún caso a información que obre en poder de la Administración o que ha sido elaborada con presupuesto público (como lo establece el inciso segundo de la Ley N° 20.285. Asimismo, el TC ha planteado que el derecho de acceso a la información pública, de encontrarse en la CPR no está en el artículo 8°, sino que podría encontrársele implícito en el artículo 19 N°12° de la carta fundamental.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha sido claro en señalar que los actos y resoluciones deben ser asociados a la forma en que los órganos del Estado expresan su voluntad; los fundamentos son las motivaciones de dichos actos y resoluciones; el procedimiento son las formas que utilizan los órganos del Estado para adoptar sus decisiones. El Tribunal ha aclarado que el principio de publicidad constitucionalno es la única finalidad de la Administración. Para la labor que se le encarga, la Administración debe observar una serie de principios, entre esos están la publicidad, la participación, pero también la eficiencia y la eficacia de su actuación.

La uniformidad de criterios de estas sentencias permite sostener que existe un precedente en la materia. En efecto, el Tribunal Constitucional a partir de casos particulares, estableció una regla general que le ha servido como instrumento normativo para otros casos y así lo ha reconocido en su sentencia de la causa rol 2.379-2012.

A continuación, se describen la esencia de la doctrina relevante en cada una de las sentencias de las causas mencionadas. Cabe mencionar que, se analizan con mayor detalle los fallos de las causas roles 2.153-2011 (llamado caso Ubilla) y 3.111-2016, por cuanto ellas incorporan y desarrollan los principales argumentos de la doctrina del Tribunal Constitucional.

**1. Sentencia de la causa rol 2.153-2011**

La causa rol 2.153-2011 se originó en un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por el ex subsecretario del Interior, Rodrigo Ubilla, respecto del inciso segundo del artículo 5° de la Ley N° 20.285, en la causa sobre reclamo de ilegalidad caratulada “Subsecretaría Interior con Consejo para la Transparencia”, que conocía la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el rol 6.704-2011[[1]](#footnote-1).

En el caso Ubilla, el Consejo para Transparencia (Consejo) calificó como información pública los mensajes de correos electrónicos despachados por la autoridad en el ejercicio de sus funciones públicas. El TC estableció que el inciso segundo del artículo 5, en aquella parte que se refiere a que es pública la información que ha sido elaborada con presupuesto público o que obre en poder la órganos de la Administración, excedía lo dispuesto en la Carta Fundamental, y por ende dicha norma “va más allá de lo que el constituyente estimó debe publicitarse”.

El Tribunal Constitucional[[2]](#footnote-2) entregó diversos argumentos que justifican su decisión, desde razones asociadas a las bases de un régimen republicano y democrático o la redacción de la norma del inciso segundo del artículo 8°, pasando por la evidente primacía constitucional o la existencia de un universo de comunicaciones que son reservadas por razones inherentes a la burocracia nacional, y hasta reconociendo que implícitamente podría existir el derecho de acceso a la información pública, pero en el artículo 19 de la CPR y con limitaciones en todo caso. Se resumen, a continuación, esos argumentos.

En primer lugar, se sostuvo que el mandato de publicidad (de la Carta Fundamental) no es absoluto, y es sólo respecto de ciertos asuntos. Esta idea se sustenta en que:

1. Desde una óptica más política, el objetivo de la publicidad del artículo 8° de la CPR es: garantizar un régimen republicano democrático y el control del poder, obligando a las autoridades a que respondan de sus actos y den cuenta de ellos; promover la responsabilidad de los funcionarios sobre la gestión pública y, finalmente, fomentar una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad[[3]](#footnote-3).
2. El artículo 8° no consagra un derecho de acceso a la información (más aún la CPR no habla de información), éste se encuentra reconocido implícitamente en el artículo 19 N°12° de la Carta Fundamental[[4]](#footnote-4). En todo caso, este derecho no es absoluto[[5]](#footnote-5), por cuanto la publicidad debe hacerse respetando los derechos que el ordenamiento establece[[6]](#footnote-6).
3. Recordando, los principios básicos de un ordenamiento jurídico, la Ley N° 20.285 es un elemento de partida para la interpretación del artículo 8°, sin embargo son las leyes las que deben interpretarse conforme a la Constitución y no está en base a aquéllas[[7]](#footnote-7).

Por otra parte, de acuerdo al TC, la redacción delinciso segundo delartículo 8° es taxativa. En efecto, si se hubiera querido hacer pública toda la información que produzca o esté en poder de la Administración, no hubiera utilizado las expresiones “acto”, “resolución”, “fundamentos” y “procedimientos”. Asimismo, en la lógica de la redacción taxativa cabe considerar que el inciso segundo del artículo 8° de la CPR comienza señalando: “son públicos…”.

También, el Tribunal Constitucional fundamentó su decisión alegando razones prácticas e inherentes al actuar de la burocracia nacional. En efecto, sostuvo que es un:

[h]echo que impone la realidad, que la naturaleza humana tiende a ser más prudente y recatada si sabe que sus actos serán conocidos. En general, esto puede ser positivo. Sin embargo, ello puede afectar la deliberación técnica, restando espontaneidad, franqueza, dureza, en los diálogos, consejos o asesorías dentro de los órganos llamados a tomar decisiones[[8]](#footnote-8).

Así, hay actos que nunca serán públicos, como por ejemplo las conversaciones, reuniones, llamados telefónicos, diálogos, órdenes verbales, entre los funcionarios, especialmente porque no existe registro de ellos. En cambio, lo que se incorpora a un expediente administrativo[[9]](#footnote-9) si es público, como por ejemplo los documentos, las actuaciones, las resoluciones, los informes, las notificaciones y comunicaciones, los escritos, presentados por los órganos de la Administración, por los interesados, o por terceros.

**2. Sentencia de la causa rol 3.111-16**

La sentencia en comento[[10]](#footnote-10)señaló en el considerando vigesimocuarto que, en primer lugar, el artículo 8° no establece el principio de transparencia (ver sentencia causa rol 1.990-2012). En segundo lugar, que la CPR no consagra un derecho de acceso a la información de un modo expreso (ver sentencia de la causa rol 634-2007). En tercer lugar, que la Constitución no habla de información (ver sentencias de las causas roles 2.246-2012, 2.153-2013 y 2.379-2013).

Reiterando, el Tribunal indicó que, en efecto, tal como lo ha sostenido en las sentencias de las causas roles 2.246-2012, 2.153-2013, 2.379-2013 y 2.907-2016, la Ley N° 20.285 introduce el concepto de información. Esta expresión, no la usa la Constitución. En cambio, la Ley citada la utiliza en abundancia,

[d]esde el título de la ley misma (“Sobre acceso a la información pública”) hasta en una serie de disposiciones. Baste señalar que el derecho de acceso es definido como “solicitar y recibir información” (artículo 10, inciso primero)[[11]](#footnote-11).

Luego, haciéndose cargo del espíritu del legislador y reiterando su jurisprudencia (ver sentencias de las causas roles 2.246-2012, 2.153-2013, 2.379-2013 y 2.907-2016), el TC señaló que existe abundante información en la historia legislativa de la Ley N° 20.285[[12]](#footnote-12) que lo que se buscó, por una parte, fue reproducir lo que establecía la CPR y por la otra, no innovar en los conceptos de acto administrativo que definía la Ley N° 19.880[[13]](#footnote-13); consignándose expresamente que las deliberaciones no se consideraban actos administrativos[[14]](#footnote-14).

Ante argumentos planteados en la contienda por el Consejo para la Transparencia, el TC señaló[[15]](#footnote-15) que si el artículo 8° hubiera querido hacer pública toda la información que produzca o esté en poder de la Administración, no hubiera utilizado las expresiones “acto”, “resolución”, “fundamentos” y “procedimientos”. De acuerdo al TC, el uso de estas expresiones fue para enumerar aquello que específicamente se quería hacer público.

Asimismo, el TC planteó que no es efectivo, como lo alegó el Consejo para la Transparencia, que el artículo 8° no tiene una enumeración taxativa de que es público. Explicando su razonamiento, el Tribunal indicó que el Consejo da dos argumentos para tal efecto: i) lo tradicional para las enumeraciones taxativas es que no se encabecen sólo con la expresión “son”, sino que se hagan con una expresión compuesta: “sólo son”. Como el art. 8° sólo dice que “son públicos” ciertos actos, no habría una enumeración taxativa; ii) que se está frente a un principio. Por lo mismo, se debe demostrar no sólo que la ley excede lo dispuesto por la norma constitucional, sino que también lo contraviene[[16]](#footnote-16).

Haciéndose cargo de lo alegado por el Consejo para la Transparencia, el TC señaló[[17]](#footnote-17) lo siguiente:

1. Respecto del primer argumento (tradicional forma de enumerar), es efectivo que en la Constitución en algunas oportunidades se utiliza la forma tradicional de listar taxativamente ciertos asuntos. Este es el caso de las materias de ley, enumeradas en el artículo 63, cuyo encabezado comienza señalando “sólo son materias de ley”.

Sin embargo, también la Constitución utiliza el “son” para listados taxativos. Por ejemplo, lo usa para listar quiénes son chilenos (artículo 10); para enumerar las atribuciones especiales del Presidente de la República (artículo 32); las atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados (artículo 52); las atribuciones exclusivas del Senado (artículo 53); las atribuciones exclusivas del Congreso (artículo 54); y las atribuciones del Tribunal Constitucional (artículo 93).

Por lo tanto, la Constitución enumera listados cerrados de las dos maneras. Utilizando en algunos casos la expresión “son” y en otros la fórmula “sólo son”.

1. En relación al segundo argumento (el artículo 8° consagra un principio y la carga argumentativa implica no sólo demostrar que se excede el principio, sino que se le contraviene), el TC precisó que no lo comparte por las siguientes razones:
* Se confunde la interpretación amplia y extensiva que deben tener los principios, como mandatos de optimización, con los vicios o las infracciones normativas que el desarrollo legal pueda hacer de la Constitución.
* En el art. 8° hay reglas que el legislador tiene que respetar. Una de esas reglas es la competencia que el constituyente establece respecto de los asuntos que deben regirse por el principio de publicidad. El artículo 8° define por materias aquello que el legislador debe hacer público. Por lo mismo, todo exceso o contravención vulnera el artículo 8°.
* Es peligroso introducir la invocación de los principios para considerar que lo que no está prohibido se puede hacer. Eso rompe la legalidad propia de un Estado de Derecho, en que se entregan atribuciones a los organismos, acotándolas por materia, por territorio, por grado. Cuando un órgano del Estado incurre con sus actuaciones en determinados vicios, no hay cómo saltarse el mandato de validez del artículo 7°, que obliga a los órganos a actuar “dentro de su competencia”.

**3. Sentencia de la causa rol 1.990-2011**

La causa rol 1.990-2011 también se originó en un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, respecto del inciso segundo del artículo 5° de la Ley N° 20.285.

En primer lugar, la sentencia aseveró que el artículo 8° de la CPR no establece una declaración genérica de publicidad de ciertos aspectos de la actuación de los órganos del Estado. La norma no habla ni de acceso, ni de entrega, ni de transparencia, tampoco de información.

Luego, el fallo precisó que la norma no establece un principio de publicidad y tampoco dispone que los órganos del Estado deben “dar estricto cumplimiento” a ella y que esto, constituye un elemento de interpretación, frente a otras disposiciones constitucionales que sí establecen una consideración de esta naturaleza*[[18]](#footnote-18)*.

Esta sentencia clarificó, con meridiano detalle, el alcance de las cuatro dimensiones de lo que es público en el actuar de los órganos del Estado (actos, resoluciones, fundamentos y procedimientos)[[19]](#footnote-19) a saber:

1. Los actos y resoluciones: Los actos comprenden, de manera genérica, la forma en que los órganos del Estado expresan su voluntad. Caben aquí las leyes y los actos administrativos, sea que decidan o no.
2. En la expresión “resoluciones”, por su parte, se incluyen las que emanan de las municipalidades, de los jefes de servicio y los reglamentos regionales. También quedan comprendidas aquí las sentencias.
3. Fundamentos de esos actos. Es decir, las motivaciones. En algunas ocasiones, éstas forman parte del acto mismo, como en las sentencias y los actos administrativos desfavorables, las resoluciones que resuelven recursos administrativos y las que ponen término a un procedimiento, que por mandato de la ley deben fundarse siempre. Respecto de los actos y resoluciones que no llevan en sí mismos sus fundamentos, se debe procurar poder acceder a conocerlos. Nada dice la Constitución respecto de la oportunidad en que debe hacerse público el fundamento. Éste, por tanto, puede conocerse simultáneamente con el acto o con posterioridad; y hacerse público de oficio o a petición de parte interesada. Ello lo tendrá que establecer la ley.
4. Procedimientos que utilizan los órganos del Estado para adoptar sus decisiones. Ello implica acceder a los expedientes, donde constan los trámites por los cuales pasa una decisión.

**4. Sentencia de la causa rol 2.246-2012**

La sentencia de la causa rol 2.246-2012 del Tribunal Constitucional, también se originó en un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, respecto del inciso segundo del artículo 5° de la Ley 20.285, en la causa de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, rol 2.496-2012.[[20]](#footnote-20). La sentencia, reiteró en lo esencial la doctrina de sentencia de la causa rol 2.153-2011.

La sentencia agregó, en términos argumentativos, que “no toda información” es pública y que todo exceso en ese espacio normativo, es una infracción constitucional, es decir “un vicio en el actuar de los órganos de la administración, es decir un “abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades” (en base al artículo 2°, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado)[[21]](#footnote-21).

**5. Sentencia de la causa rol 2.379-2012**

La sentencia de la causa rol 2.379-2012 reitera la doctrina que sostiene que solamente ciertos aspectos de los actos administrativos son públicos.

Destacamos de esta sentencia, que el TC[[22]](#footnote-22) afirmó que tiene una doctrina en la materia e incluso que existen precedentes sobre el alcance y la correcta interpretación del inciso segundo del artículo 8° de la CPR. Al respecto, en el considerando decimotercero, señaló lo siguiente:

Que este Tribunal, por lo mismo, tiene una doctrina en la materia. Ello obliga a quien quiera dar argumentos para cambiarlos, hacerse cargo de los planteamientos del Tribunal. Por lo mismo, la carga argumentativa debe ser profunda, persuasiva e innovativa, porque se trata de desafiar una argumentaciónconsolidada, y no meramente discrepar de ella o formular críticas respecto de su formulación.

**6. Sentencia de la causa rol 2.351-2012**

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional declaró inadmisible la acción por inconstitucionalidad, en razón de que el Ministerio reconoció que el contenido de determinados correos electrónicos (que eran requeridos) había sido el fundamento de sus decisiones. En este punto, el TC es coherente con su doctrina. En efecto, señala que si estas comunicaciones eran elementos y antecedentes fundantes de las decisiones ministeriales, ellas debían ser comprendidas en los casos susceptibles de publicidad del inciso segundo del art. 8° de la Constitución.

Conociendo de la causa que dio origen a la sentencia de la causa rol 2.351-2012, la E. Corte Suprema (rol 4.060-2013) señaló que el recurrente reconoció, en su resolución que los documentos serían la base para adoptar sus decisiones, por ende era fundamento de un acto de la autoridad. En consecuencia, se “trata de información que integra la formación del acto de la Administración, que por expresa disposición del constituyente es pública”[[23]](#footnote-23). Así, el máximo tribunal fijó un criterio similar que la del Tribunal Constitucional.

**7. Sentencia de la causa rol 2.907-2016**

Por último, la sentencia de la causa rol 2.907-2016 plantea, en gran medida, lo indicado en sentencia de la causa rol 3.111-2016, pero referido al alcance del artículo 31 bis de la Ley N° 19.300 sobre bases generales del medio ambiente. Ésta disposición también amplía el objeto del acceso a la información, en comparación al inciso segundo del artículo 8° de la CPR.

En efecto, la norma legal señala que las personas tienen derecho a acceder a la información de carácter ambiental “que se encuentre en poder de la Administración, de conformidad a lo señalado en la Constitución Política de la República y en la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública”.

En concreto, el artículo 31 bis de la Ley N° 19.300 dispone lo siguiente:

Artículo 31 bis.- Toda persona tiene derecho a acceder a la información de carácter ambiental que se encuentre en poder de la Administración, de conformidad a lo señalado en la Constitución Política de la República y en la ley Nº 20.285 sobre Acceso a la Información Pública.

Se entenderá por información ambiental toda aquella de carácter escrita, visual, sonora, electrónica o registrada de cualquier otra forma que se encuentre en poder de la Administración y que verse sobre las siguientes cuestiones:

a) El estado de los elementos del medio ambiente, como el aire y la atmósfera, el agua, el suelo, los paisajes, las áreas protegidas, la diversidad biológica y sus componentes, incluidos los organismos genéticamente modificados; y la interacción entre estos elementos.

b) Los factores, tales como sustancias, energía, ruido, radiaciones o residuos, incluidos los residuos radiactivos, emisiones, vertidos y otras liberaciones en el medio ambiente, que afecten o puedan afectar a los elementos del medio ambiente señalados en el número anterior.

c) Los actos administrativos relativos a materias ambientales, o que afecten o puedan afectar a los elementos y factores citados en las letras a) y b), y las medidas, políticas, normas, planes, programas, que les sirvan de fundamento.

d) Los informes de cumplimiento de la legislación ambiental.

e) Los análisis económicos, sociales, así como otros estudios utilizados en la toma de decisiones relativas a los actos administrativos y sus fundamentos, señalados en la letra c).

f) El estado de salud y seguridad de las personas, condiciones de vida humana, bienes del patrimonio cultural, cuando sean o puedan verse afectados por el estado de los elementos del medio ambiente citados en la letra a) o por cualquiera de los factores y medidas señaladas en las letras b) y c).

g) Toda aquella otra información que verse sobre medio ambiente o sobre los elementos, componentes o conceptos definidos en el artículo 2º de la ley.

El TC estimó que este artículo no es totalmente consistente con lo dispuesto en el artículo 8° de la CPR. En efecto, parte de la información que establece el artículo 31 bis se vincula con actos administrativos (artículo 31 bis, letra c)), o con los fundamentos de éstos (letra e)). Sin embargo, el resto de las letras excede el marco del citado artículo 8°[[24]](#footnote-24).

Así, reiterando argumentos ya expuesto, el TC señaló en primer lugar, que no todas letras del artículo 31 bis se vinculan a actos o fundamentos. Asimismo, el tribunal señaló que las disposiciones exigen que la información esté en poder de la Administración, independientemente de si ésta la produjo, o si es información privada aportada por empresas y por último porque la información que se solicita es información de empresas específicas. Ello también excede la evolución de nuestra regulación y el propio artículo 8º, que se refiere a actos y resoluciones de órganos del Estado[[25]](#footnote-25).

**II. Sistema Interamericano de Derechos Humanos**

Referido al alcance del derecho de acceso a la información pública, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha desarrollado en fuentes formales su parecer en diversos Instrumentos de Derecho Internacional (de alcance universal o americano), en una ley modelo, en algunos acuerdos de la Asamblea General de la Organización Americana de Estados (OEA) y también en dos sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las que resuelven conflictos sobre la aplicación e interpretación acerca del derecho a buscar y a recibir información en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

De los textos se concluye que en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el acceso se encuentra establecido a nivel de Convenios como los derechos de buscar y recibir información y que éste ha derivado, conforme una ley modelo, en un derecho de acceso a la información de carácter amplio. Por ende, este derecho debe aplicarse con una lógica de máxima divulgación de la información que los órganos públicos posean, custodien o controlen, en cualquier formato o medio. Asimismo, la ley modelo aclara que el universo de órganos también es amplio, por cuanto incluye a todos los poderes del Estado, a todos los niveles de la estructura gubernamental, a las entidades autónomas del Gobierno o controladas por éste e incluso a los privados que reciben fondos o beneficios públicos sustanciales.

1. **Instrumentos de Derecho Internacional**

En primer lugar, la Declaración Universal de Derechos Humanos (adoptada y proclamada por la Asamblea General de la OEA en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948) señala en el artículo 19 que

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

Luego, también en el ámbito universal, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señala en el artículo 19 número 2 lo siguiente:

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

De la misma manera, pero en una materia determinada, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción dispone en el artículo 10 que habida cuenta de la necesidad de combatir la corrupción,

[c]ada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará las medidas que sean necesarias para aumentar la transparencia en su administración pública, incluso en lo relativo a su organización, funcionamiento y procesos de adopción de decisiones, cuando proceda. Esas medidas podrán incluir, entre otras cosas:

a) La instauración de procedimientos o reglamentaciones que permitan al público en general obtener, cuando proceda, información sobre la organización, el funcionamiento y los procesos de adopción de decisiones de su administración pública y, con el debido respeto a la protección de la intimidad y de los datos personales, sobre las decisiones y actos jurídicos que incumban al público;

b) La simplificación de los procedimientos administrativos, cuando proceda, a fin de facilitar el acceso del público a las autoridades encargadas de la adopción de decisiones; y

 c) La publicación de información, lo que podrá incluir informes periódicos sobre los riesgos de corrupción en su administración pública.

Por otra parte en el ámbito americano, la Carta Democrática Interamericana (adoptada por la Asamblea General extraordinaria de la OEA de **11 de septiembre de 2001)** dispone en el artículo 4 que son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia, entre otros, la transparencia de las actividades gubernamentales y la probidad.

Finalmente en esta parte, la norma más citada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la materia, es la Convención Interamericana de Derechos Humanos (adoptada el 22 de noviembre de 1969), que establece en su artículo 13, a propósito de la libertad de pensamiento y de expresión, que:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión.  Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
2. **Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública**

La Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública, fue aprobada por la Asamblea General de la OEA en junio de 2010 mediante resolución AG/RES 2607 (XL-O/10). Esta disposición modelo tiene por finalidad proporcionar a los Estados el marco legal necesario para garantizar el derecho de acceso a la información, así como una guía de implementación de su implementación, proporcionando la hoja de ruta necesaria para garantizar su funcionamiento en la práctica (OEA, 2009).

La ley señala, entre otros fundamentos, que el derecho de acceso a la información “se aplica en sentido amplio a toda la información en posesión de órganos públicos, incluyendo toda la información controlada y archivada en cualquier formato o medio” y que asimismo, este derecho está basado en el principio de máxima divulgación de la información.

La ley modelo dispone, en cuanto a su alcance y finalidad, la más amplia aplicación posible del derecho de acceso, respecto de la información que esté en posesión, custodia o control de cualquier autoridad pública. La ley se basa en el “principio de máxima publicidad”, que se traduce en la entrega de toda información que se encuentre en manos de instituciones públicas, de manera completa, oportuna y accesible. Esta información, estará sujeta a un claro y preciso régimen de excepciones, las que serán definidas legalmente, gozarán de legitimidad y deberán ser estrictamente necesarias en una sociedad democrática.

A continuación la ley, también en materia de alcance y disposición, establece que el deber de dar acceso se aplica a

[t]oda autoridad pública perteneciente a todas las ramas del Gobierno (Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial) y en todos los niveles de la estructura gubernamental interna (central o federal, regional, provincial o municipal); se aplica también a los órganos, organismos o entidades independientes o autónomos de propiedad del Gobierno o controlados por el mismo, bien actuando por facultades otorgadas por la Constitución o por otras leyes, y se aplica asimismo a las organizaciones privadas que reciben fondos o beneficios públicos sustanciales (directa o indirectamente) o que desempeñan funciones y servicios públicos, pero solamente con respecto a los fondos o beneficios públicos recibidos o a las funciones y servicios públicos desempeñados. Todos estos órganos deberán tener su información disponible de acuerdo con lo previsto en la presente Ley.

1. **Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

De acuerdo a la OEA (s/f) son dos los casos relacionados a acceso a la información pública que han sido resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siendo el caso Claude Reyes y otros Vs. Chile, el más relevante. A continuación se explica el alcance de ambos casos.

1. **Caso Gomes Lund (Guerrilla de Araguaia) y otros vs. Brasil**

De acuerdo a la Corte Interamericana, este caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por las desapariciones forzadas de los miembros de la Guerrilla de Araguaia ocurridas entre 1972 y 1975, así como por la falta de investigación de tales hechos.

En lo referente a los derechos de buscar y a recibir información, la sentencia señaló que el artículo 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, al estipularlos expresamente, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado (Considerando 197).

De la misma manera, el artículo 13 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 y conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando, por algún motivo permitido por la Convención, el Estado limite el acceso a la misma para el caso concreto.

Por su parte, el considerando 199 de la sentencia señaló que la Corte Interamericana ha determinado que en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones. Lo anterior, según el considerando 211, se traduce por ejemplo en que la autoridad debe fundamentar su negativa a proveer información, demostrando que ha adoptado todas las medidas a su alcance para comprobar que, efectivamente, la información solicitada no existía. Asimismo, indicó la sentencia, resulta esencial que, para garantizar el derecho a la información, los poderes públicos actúen de buena fe y realicen diligentemente las acciones necesarias para asegurar la efectividad de ese derecho (considerando 30).

1. **Caso Claude Reyes y otros vs. Chile**

De acuerdo a la Corte Interamericana, este caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la negativa de brindar información relacionada a un proyecto de industrialización forestal a Marcel Claude Reyes, así como a la falta de un recurso adecuado y efectivo para cuestionar tal decisión.

**En su sentencia, la Corte 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, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Esta 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. La entrega de la información a una persona debe permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla (Considerando 77).

Luego, el considerando 86 dispuso 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.

Justificando la existencia del principio de publicidad y de transparencia, el considerando 87, estableció que por parte de la sociedad a través de la opinión pública, se fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública. Por lo anterior, estimó la Corte Interamericana que, 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.

En términos del alcance de los principios de publicidad y transparencia, la Corte observó que en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones (considerando 92).

Por último, la Corte, en el considerando 101 reiteró que, de conformidad con el deber dispuesto en el artículo 2 de la Convención, el Estado tiene que adoptar las medidas necesarias para garantizar los derechos protegidos en la Convención. Lo anterior, implica la supresión tanto de las normas y prácticas que entrañen violaciones a tales derechos, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.

1. **Algunos acuerdos adoptados por la Asamblea General de la OEA sobre Acceso a la Información Pública**
2. **Acceso a la información pública: fortalecimiento de la democracia**

En 2003, la Asamblea General aprobó una resolución (AG/RES. 1932 (XXXIII-O/03)) tendiente a reafirmar que toda persona tiene la libertad de buscar, recibir, acceder y difundir informaciones y que el acceso a la información pública es un requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia. Asimismo, se reitera que

[l]os Estados tienen la obligación de respetar y hacer respetar el acceso a la información pública a todas las personas y promover la adopción de disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para asegurar su reconocimiento y aplicación efectiva.

1. **Principios sobre el derecho de acceso a la información**

En 2008, la Asamblea General de la OEA aprobó (CJI/RES. 147 (LXXIII-O/08)) los Principios sobre el derecho de acceso a la información. Éstos, se encuentran interrelacionados y deben interpretarse de forma integral.

De acuerdo al N° 1 de los Principios, “toda información es accesible en principio”. Así, se estimó que el acceso a la información es

[u]n derecho humano fundamental que establece que toda persona puede acceder a la información en posesión de órganos públicos, sujeto solo a un régimen limitado de excepciones, acordes con una sociedad democrática y proporcionales al interés que los justifica. Los Estados deben asegurar el respeto al derecho de acceso a la información, adoptando la legislación apropiada y poniendo en práctica los medios necesarios para su implementación.

En cuanto a quiénes quedan sometidos al deber de dar acceso a la información, el N° 2 de los Principios dispone que

El derecho de acceso a la información se extiende a todos los órganos públicos en todos los niveles de gobierno, incluyendo a los pertenecientes al poder ejecutivo, al legislativo y al poder judicial, a los órganos creados por las constituciones o por otras leyes, 2 órganos de propiedad o controlados por el gobierno, y organizaciones que operan con fondos públicos o que desarrollan funciones públicas.

Por último, el N° 3 de los Principios en cuanto a que derechos incluye el acceso a la información, establece que es toda información significante, cuya definición debe ser amplia, incluyendo toda la que es controlada y archivada en cualquier formato o medio.

**c.** **Programa Interamericano sobre Acceso a la Información Pública**

Por último, en 2016, la Asamblea General aprobó (Resolución AG/RES.2885 (XLVI‐O/16) el Programa Interamericano sobre Acceso a la Información Pública, en el cual se recuerda que en la materia existe el llamado principio de máxima publicidad, el que es consustancial al acceso a la información pública.

**Referencias**

OEA. (s/f). *Acceso a la Información. Instrumentos de referencia*. Disponible en: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/acceso_informacion_documentos_referencia.asp> (abril, 2017).

OEA. (2003). Acceso a la información pública: fortalecimiento de la democracia.

OEA. (2008). Principios sobre el derecho de acceso a la información.

OEA. (2009). Acceso a la información pública: fortalecimiento de la democracia.

OEA. (2010). Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública.

OEA. (2016). Programa Interamericano sobre Acceso a la Información Pública.

Zapata, Patricio. (2014). *Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en Proyecto de Ley que otorga reconocimiento constitucional al principio de transparencia y al derecho de acceso a la información pública* (Boletín N° 8.805-07).

**Textos normativos**

* Constitución Política de la República.
* Declaración Universal de Derechos Humanos.
* Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
* Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.
* Convención Interamericana de Derechos Humanos.
* Carta Democrática Interamericana.
* Ley N° 20.285 sobre acceso a la información pública.
* Ley N° 19.300 sobre bases generales del medio ambiente.

**Sentencias**

Tribunal Constitucional (s/f). *Sentencias de las causas roles 1.990-2011, 2.153-2011, 2.246-2012, 2.379-2012, 2.351-2012, 2.907-16 y 3.111-2016*. Pueden ser consultadas en el sitio web del Tribunal Constitucional, disponible en: http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes (abril, 2017).

Corte Interamericana de Derechos Humanos:

* Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Ficha técnica del caso, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=332&lang=es> (abril, 2017).
* Caso Gomes Lund (Guerrilla de Araguaia) y otros vs. Brasil. Ficha técnica del caso, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?lang=es&nId_Ficha=342> (abril, 2017).
1. Originado en el Reclamo de Ilegalidad contra el Dictamen rol C406-2011 del Consejo para la Transparencia. [↑](#footnote-ref-1)
2. Considerando decimoquinto y siguiente. [↑](#footnote-ref-2)
3. Citando las sentencias del TC, en causas roles: 634-2007; 1.732-2011; 1.800-2011 y 1.990-2011. [↑](#footnote-ref-3)
4. Citando las sentencias del TC en causas roles: 634-2007 y 1.990-2011. [↑](#footnote-ref-4)
5. Citando las sentencias del TC en causas roles: 634-2007, 1.732-2011 y 1.800-2012. [↑](#footnote-ref-5)
6. Citando la sentencia del TC en causa rol: 1.990-2011. [↑](#footnote-ref-6)
7. Citando la sentencia del TC en causa rol: 1.990-2011. [↑](#footnote-ref-7)
8. Considerando decimonoveno. [↑](#footnote-ref-8)
9. Conforme a la Ley N° 19.880. [↑](#footnote-ref-9)
10. Reclamo de Inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 5°, inciso segundo, de la denominada Ley de Transparencia, originado en recurso de queja rol N° 34.432-2016, sustanciado por la Corte Suprema. [↑](#footnote-ref-10)
11. Considerando trigésimo. [↑](#footnote-ref-11)
12. Citando la Historia de la Ley N° 20.285, Biblioteca del Congreso Nacional, páginas 117 y siguientes. [↑](#footnote-ref-12)
13. #  Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado.

 [↑](#footnote-ref-13)
14. Considerando trigésimotercero. [↑](#footnote-ref-14)
15. Considerando trigésimocuarto. [↑](#footnote-ref-15)
16. Considerando trigésimoséptimo. [↑](#footnote-ref-16)
17. Considerandos trigésimoctavo a cuadragésimo. [↑](#footnote-ref-17)
18. Considerando decimonoveno. [↑](#footnote-ref-18)
19. Considerando vigésimoprimero. [↑](#footnote-ref-19)
20. Originado en Reclamo de Ilegalidad contra la Decisión rol C1.101-2011 del Consejo para la Transparencia. [↑](#footnote-ref-20)
21. Considerando septuagésimocuarto. [↑](#footnote-ref-21)
22. Considerando decimotercero. [↑](#footnote-ref-22)
23. Considerando octavo. [↑](#footnote-ref-23)
24. Considerando cuadragésimoseptimo. [↑](#footnote-ref-24)
25. Considerando cuadragésimooctavo. [↑](#footnote-ref-25)