

#RET

Revista Española de la Transparencia

Núm. 9. Segundo Semestre 2019

ISSN 2444-2607. Págs. 133-159



Carmen Gloria Droguett González¹
Universidad Andrés Bello. Chile

El derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental y su reconocimiento en la jurisprudencia constitucional chilena. Avances y desafíos para una mayor transparencia a 10 años de la ley 20.285.



RECIBIDO: 5 de marzo de 2018
ACEPTADO: 19 de junio de 2019

RESUMEN: Se dice que los principios de probidad, transparencia y especialmente el derecho de acceso a la información pública son mecanismos de control de la autoridad. El año 2008 Chile fijó un nuevo marco normativo para ellos por medio de la promulgación de la Ley N° 20.285, Sobre acceso a la información pública. Con ello, el país buscaba fortalecer la transparencia pública y modernizar los procedimientos administrativos que existían en materia de acceso a la información. Este trabajo tiene por objeto revisar la importancia del derecho de acceso a la información como derecho fundamental y cuál ha sido el reconocimiento del derecho en Chile. Lo anterior, para luego plantear que transcurridos 10 años desde la entrada en vigencia de la Ley, los esfuerzos hacia una mayor transparencia han sido insuficientes, que no existen importantes innovaciones en materia de reformas y que, si lo que se pretende es fortalecer la gestión pública, el gobierno abierto y la democracia, el principal desafío sigue siendo el reconocimiento explícito del

¹ Profesora. Facultad de Derecho, Universidad Andrés Bello. Bellavista 0121, Providencia, Santiago, Chile. Doctora en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Magister en Ciencias Jurídicas y Magister en Derecho LLM. con mención en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica de Chile.

Carmen Gloria Droguett González

derecho de acceso a la información como un derecho fundamental en el texto constitucional.

PALABRAS CLAVE: Probidad, transparencia, derecho de acceso a la información, derecho fundamental, derechos implícitos.

CONTENIDOS: 1. Introducción. – 2. Probidad, Transparencia y Derecho de acceso a la información en Chile. *2.1 El acceso a la información pública como mecanismo de control público y su relación con el buen gobierno y con el principio democrático. 2.2. Evolución del reconocimiento del derecho de acceso a la información pública en Chile.* - 3. Naturaleza jurídica del acceso a la información pública. Reconocimiento del derecho de acceso a la información como derecho fundamental por la doctrina y jurisprudencia del tribunal constitucional chileno. - 4. Reconocimiento del derecho de acceso a la información como derecho fundamental por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno. - 5. A modo de conclusión: desafíos en materia de derecho de acceso a la información pública en Chile. - 6. Bibliografía.

The right of access to public information as a fundamental right and its recognition in Chilean constitutional jurisprudence. Advances and challenges for greater transparency to 10 years of law 20.285

ABSTRACT: It is said that the principles of probity, transparency and especially the right of access to public information are control mechanisms of the authority. In 2008, Chile established a new regulatory framework for them through the enactment of Law No. 20.285 on Access to Public Information. With this, the country sought to strengthen public transparency and modernize the administrative procedures that existed in terms of access to information. The purpose of this work is to review the importance of the right of access to information as a fundamental right and what has been the recognition of the right in Chile. The foregoing, to then state that after 10 years since the Law entered into force, efforts towards greater transparency have been insufficient, that there are no important innovations in terms of reforms and that, if what is intended is to strengthen the management public, open government and democracy, the main challenge remains the explicit recognition of the right of access to information as a fundamental right in the constitutional text.

KEYWORDS: Probity, transparency, right of access to information, fundamental right, implicit rights.

El derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental y su reconocimiento en la jurisprudencia...

1. INTRODUCCIÓN.

Si bien la Ley N° 20.285, Sobre acceso a la información pública —publicada el 20 de agosto de 2008 y que entró en vigencia el año 2009—, significó un importante avance para Chile en materia de transparencia activa y pasiva, ella mantiene parte de los inconvenientes que existían previos a su dictación. Entre ellos, se destacan: la exclusión parcial de órganos estatales y administrativos de la aplicación cabal del régimen que establece, una imperfecta configuración del derecho de acceso a la información que desconoce su carácter de derecho fundamental y la existencia de un mismo órgano —el Consejo para la Transparencia— a cargo de la fiscalización tanto de esta ley como de la ley sobre protección de datos personales. Lo anterior, ha motivado la presentación de distintos proyectos de ley al Congreso, los cuales, si bien han sido elaborados con miras a un fortalecimiento de la transparencia, no resuelven los citados problemas y, con ello, la difícil aplicación de la normativa vigente. Entre tales dificultades, una de las más importantes es, como destaca Harasic (2010:11), la falta de un reconocimiento formal del derecho de acceso a la información como parte de la libertad de expresión y, con ello, de la dimensión social e individual de un derecho que estimamos es fundamental.

El derecho de acceso a la información pública en su dimensión individual, garantiza la autonomía de toda persona para acceder a información en poder del Estado, sin importar los motivos por los que le parezca importante requerirla. En su dimensión social, en cambio, el derecho de acceso a la información supone el derecho colectivo de todos a recibir la información en poder del Estado, sirviendo como herramienta de control democrático de sus labores y como una adecuada herramienta para la defensa de otros derechos. En este sentido y tal como sostiene Fiss (1996:3), la expresión es valorizada por ser esencial para la autodeterminación colectiva, y no por ser una forma de autoexpresión. Producto de lo anterior, esto es atendida la importancia del derecho de acceso a la información pública en sus dos dimensiones, es imposible desconocer la actual necesidad que existe de un reconocimiento constitucional explícito del derecho de acceso a la información, como parte de los derechos fundamentales que formalmente son asegurados por la Constitución Política chilena. Del mismo modo, es imposible desconocer la necesidad de establecer garantías constitucionales eficaces para su ejercicio. Lo anterior, atendida la importancia que tiene este derecho para un gobierno democrático participativo. (Zegarra, 2010:132).

Consecuencialmente, este trabajo examina la regulación del derecho de acceso a la información en Chile, y destaca su importancia y naturaleza jurídica como un derecho fundamental que sí se encuentra asegurado por la Constitución Política chilena. Asimismo, el trabajo analiza el reconocimiento dado al derecho de acceso

a la información pública por la jurisprudencia nacional, en especial, la del Tribunal Constitucional chileno. Lo anterior, con el objeto de destacar que, si bien Chile no se ha mantenido al margen de la regulación del derecho, sí requiere modificar su normativa, haciendo aplicable a él los mecanismos de tutela y garantías propios de todo derecho fundamental. Ello, atendida la importancia que éste derecho reporta para el fortalecimiento de un gobierno abierto, que garantice en último término la democracia y disminuya los índices de corrupción.

2. PROBIIDAD, TRANSPARENCIA Y DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN CHILE.

2.1 El acceso a la información pública como mecanismo de control público y su relación con el buen gobierno y con el principio democrático.

Si bien Chile cuenta desde el año 2008 con una ley especial sobre acceso a la información pública —Ley N° 20.285—, temas como derecho de acceso a la información, libertad de opinión y libertad de información, no son cuestiones recientes para la doctrina nacional y comparada. Ya en 1859 John Stuart Mill, entendía la libertad de expresión como una necesidad objetiva para el buen funcionamiento de un sistema de gobierno (1994: 75 -77). La principal razón para ello, concluimos que se encuentra en la relación que existe entre la vigencia la libertad de expresión en un sentido amplio y la formación de una opinión pública libre, capaz de controlar, cuestionar y criticar las decisiones y actuaciones de sus gobernantes.

La garantía institucional de una opinión pública libre e informada, crea una íntima relación entre las libertades de expresión e información —de la que forma parte el derecho de acceso a la información— y el principio democrático (Rodríguez, 1998, pp. 9 y 10). Esto es, siguiendo a Bobbio, dichas libertades se relacionan con aquella forma de gobierno que se caracteriza por la existencia de un conjunto de reglas fundamentales, las cuales establecen tanto *quién* está autorizado para tomar las decisiones colectivas, como bajo *qué procedimientos*. (2010:24). La regla fundamental de una democracia es la regla de la mayoría, es decir, la consideración de decisiones colectivas y obligatorias para todo el grupo, quienes deben estar en condiciones de optar entre distintas alternativas (Bobbio, 2010: 25 y 26). Parte de dichas condiciones, es precisamente poder acceder a toda aquella información que les permita elegir adecuadamente; esto es, un derecho de acceso a la información que, al forma parte de la libertad de información, se encontraría reconocido en Chile. En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derecho Humanos ha indicado, en su Opinión Consultiva N° 5/85, que «la libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de la sociedad

El derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental y su reconocimiento en la jurisprudencia...

democrática. Es indispensable para la formación de una opinión pública y para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada».

El derecho de los ciudadanos de acceder a información relevante para la toma de decisiones, previo a la adopción de ellas, es lo que permitirá a todos los miembros tener igual y efectiva oportunidad de formar su opinión sobre las autoridades y que su participación sea efectiva al interior de un gobierno. Para algunos autores, es precisamente la efectiva participación de las personas uno de los estándares de un proceso democrático (Dahl, 2000:37). De esta forma, compartimos el criterio del Tribunal Constitucional español, para quien el principio democrático «presupone el derecho de los ciudadanos a contar con hechos que les permitan formar sus convicciones, su conciencia, ponderando opiniones diversas e incluso contrapuestas, y participar así en la discusión relativa a los asuntos públicos» (STCe 159/1986, Fj. 6. En el mismo sentido, se pronuncia en las sentencias 144/1998, 65/2015 y 58/2018).

En opinión de Allesch (2005:39) la vigencia de las libertades de expresión e información es importante para la existencia de una Administración Pública sujeta a la juridicidad y que a la vez sea controlable por la comunidad. Si esto es así, al ser parte de la libertad de información, el derecho de acceso a la información es primordial, pues se trata de una herramienta para el control democrático de la gestión gubernamental (Ugarte, 2007:14). Por otra parte, el derecho de acceso a la información es también relevante, ya que es instrumental para el ejercicio de otros derechos, tales como el derecho de igualdad ante la ley. En este sentido, el derecho de igualdad ante la ley no puede ser entendido vigente, si las personas no pueden conocer el tratamiento que el Estado ha dado a otros en igualdad de circunstancias. (Ugarte, 2007:14). Fue probablemente dicha trascendencia del derecho de acceso a la información, lo que motivó que en el año 1994 se creara la Comisión Nacional de Ética Pública, por medio del Decreto Supremo N° 423 del Ministerio del Interior. Dicha Comisión, estuvo a cargo de proponer reformas a la reglamentación vigente, las cuales estuvieron destinadas a garantizar una mayor transparencia. Por ello, su objetivo fue constituir una instancia de estudio y elaboración de propuestas de políticas públicas e iniciativas legales que, contribuyendo a perfeccionar la democracia, reforzaran los procedimientos e instituciones que cautelaban el cumplimiento de deberes legales y éticos en la actualidad pública. La importancia que en los años 90 se otorgó a los principios de transparencia activa y pasiva —y con ello al derecho de acceso a la información— se constata al examinar la parte considerativa del citado Decreto Supremo N° 423 del Ministerio del Interior, la cual, indica como puntos relevantes para su dictamen «1.- La conveniencia de promover una reflexión informada sobre el tema de la Ética Pública, involucrando para ello de manera activa a los distintos poderes del Estado y sectores de la ciudadanía. 2.- La necesidad de actualizar constantemente los mecanismos jurídicos que tienen por objeto la prevención y la represión de los fenómenos de la corrupción, el tráfico de influencias y colisión de intereses. 3.- La exigencia de transparencia que demanda la estrecha vinculación entre el sector

Carmen Gloria Droguett González

público y el sector privado.4.- La necesidad de modernizar la gestión pública orientar el desarrollo de sus funciones para al cumplimiento de sus objetivos, mejorando la eficiencia, la productividad y la calidad de las prestaciones que otorgan los servicios públicos. [y] 5.- La conveniencia de modernizar los mecanismos de control y fiscalización de los órganos que forman parte de la Administración del Estado».

Lo anterior, es significativo, si se piensa que en Chile el tema de la corrupción política y administrativa no tuvo relevancia sino hasta comienzos de los noventa, pues desde 1973 a 1990 la forma de gobierno no permitió la existencia de una real libertad de opinión ni de prensa. Es así como solo a partir la década de los 90', la corrupción comenzó a formar parte de la agenda nacional. De esta forma, bajo dicho marco, en 1994 el Informe de la Comisión Nacional de Ética Pública propuso 41 medidas cuyo objetivo general creemos fue precisamente enfrentar la corrupción detectada en Chile. Tales medidas fueron las que más tarde sirvieron de motivación para la Ley N° 19.653 sobre probidad administrativa en el año 2001. Esto, pues son precisamente las disposiciones jurídicas de perfeccionamiento y fortalecimiento del control y fiscalización del actuar de los órganos del Estado, aquellas que garantizan la eficacia del derecho y el cumplimiento permanente de sus tareas propias. A este respecto, sabido es que uno de los componentes básicos de un sistema de control y fiscalización en Chile ha sido el derecho de acceso a la información.

Tal derecho de acceso contribuye a la reducción de malas prácticas al interior de un Estado, como la corrupción de las autoridades. Ello, pues el conocimiento es poder en manos de las autoridades, pero asimismo, el conocimiento es poder en manos de los ciudadanos que quieren ejercer conforme a la ley sus derechos, lo cual presupone poseer la información sobre los actos que llevan a cabo quienes los gobiernan.

Dicha relación entre el acceso a la información, buen gobierno y particularmente control público ha sido analizada también por la jurisprudencia internacional. Es así como el derecho de acceso a la información es reconocido con amplia vigencia en el ámbito de la Unión Europea, permitiendo el acceso a registros y archivos comunitarios. Un buen ejemplo de ello es la sentencia del Tribunal Europeo del caso *Youth Initiative for Human Rights v. La República de Serbia* de 2013. En dicha instancia, el Tribunal fundado en el ámbito de la libertad de expresión del artículo 10 del Convenio Europeo y siguiendo la línea ya formulada en los casos anteriores de *Társaság a Szabadságjogokért v. Hungría* y *Kenedi v. Hungría*, debió resolver en contra de la reiterada negativa de la agencia de inteligencia serbia de proporcionar información vinculada con la vigilancia electrónica. En su sentencia de 2013, el TEDH no solo reconoció el derecho a la información de los poderes y administraciones públicas como un derecho fundamental, sino que asimismo estableció una presunción conforme a la cual toda la información en manos de las instituciones públicas es pública y solo debe estar limitada por un sistema

El derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental y su reconocimiento en la jurisprudencia...

restringido de excepciones. Dicho reconocimiento —a juicio del Tribunal Europeo—, se fundamenta precisamente en el carácter esencial del derecho de acceso a la información para el control público por las ONGs, quienes realizan un rol similar a la prensa (§20 y §24).

Al interior del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, por su parte, fundamental es la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Claude Reyes y otros v. Chile*, por medio de la cual la Corte reconoció el derecho fundamental de acceso a la información pública como contenido del derecho a buscar y recibir información reconocido en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (§77). Asimismo, en su sentencia la Corte ordenó al Estado de Chile rectificar sus normas de acceso a la información e iniciar procesos de capacitación para sus funcionarios públicos (§163 a §165). Para la Corte Interamericana el derecho de acceso a la información, tal como la libertad de expresión en sentido amplio, se concibe como un atributo fundamental de la democracia, pues es indispensable para la formación de una opinión pública libre y una condición para que la comunidad, al momento de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. De lo contrario, dicha sociedad no es plenamente libre (§85). Producto de lo anterior, para la Corte son los principios de publicidad y transparencia de la gestión pública, los que permiten a las personas que se encuentran bajo el actuar de un Estado, ejercer control democrático de las gestiones del Estado, con el objeto de resolver si dichas autoridades por medio de sus actos han dado cumplimiento a las funciones públicas (§86). Por ello, a fin de permitir el control democrático es fundamental que el Estado garantice el derecho de acceso a la información de interés público, pues es el ejercicio de dicho control democrático el que finalmente fomenta la participación de las personas en aquellos intereses que comparte con el resto de la sociedad (§87). Estas ideas, han sido mantenidas por la Corte Interamericana en fallos posteriores, tales como su sentencia en el caso *Granier y otros (radio Caracas televisión) v. Venezuela* (§135 y 136) y en el caso *I.V. v. Bolivia* (§156).

2.2. Evolución del reconocimiento del derecho de acceso a la información pública en Chile.

Desde el año 1990, Chile ha avanzado en materia de transparencia. Un importante paso en dicha labor, fue la entrada en vigencia de la Ley N° 19.653, sobre probidad administrativa, normativa que modificó la Ley N° 18.575, sobre bases generales de la Administración del Estado. Con ella, se concretaba la recomendación efectuada por la Comisión de Ética Pública en su informe del año 1994, en orden a efectuar una regulación legal del derecho de acceso a la información como mecanismo de control social, frente a la existencia de una verdadera cultura de secretismo al interior de Chile. La ordenación establecida por la Ley N° 19.653, significó la regulación de dos importantes materias. Así y en conformidad a la ley, se reconoció a las personas el derecho de acceso a cierta información —*actos y documentos* que le servían de sustento o complemento directo y esencial— en manos de la

Carmen Gloria Droguett González

administración. Por otro lado, importante es destacar que con la Ley N° 19.653 el sujeto activo del derecho se denominó *interesado*, a quien no se exigía legitimación de ningún tipo para acceder al procedimiento finalizado. Finalmente, la nueva ley distinguió expresamente en sus normas entre la denegación de acceso a información por razones de oportunidad o protección de terceros, de las causales de secreto o reserva que expresamente consignó. Fue precisamente este último punto una de las razones por la que la finalidad pretendida por la nueva normativa fue cuestionada.

En efecto, la primera razón por la que el pretendido mayor control ciudadano por medio del derecho de acceso no encontró un resultado satisfactorio, fue que la Ley N° 19.653 estableció como causal de denegación «la reserva o secreto establecido en disposiciones legales o reglamentarias». Asimismo, la normativa en su artículo 13 inciso final ordenó la existencia de uno o más reglamentos que debían determinar los casos de secreto o reserva de la información. En cumplimiento de la citada disposición, el Poder Ejecutivo dictó el año 2001 el Decreto Supremo N° 26. El Decreto reglamentó los casos de secreto y reserva de actos y documentos, permitiendo a los Jefes Superiores de los Servicios dictar resoluciones exentas, por medio de las cuales declararían que determinados actos y documentos debían ser secretos o reservados y, por ende, ser excluidos de la publicidad. Tal como indica Olmedo (2010:14) fue dicha habilitación del Reglamento como causal de reserva que podía invocar la Administración y que se concretó por medio del Decreto Supremo N° 26, lo que motivó a los órganos de la Administración a dictar aceleradamente resoluciones por medio de las cuales declararon el secreto y reserva de grupos de actos, transformando al secreto en la regla general al interior de la Administración pública nacional. Por su parte, la segunda razón por la que el pretendido control ciudadano no fue plenamente alcanzado, se debió a la inexistencia de respuestas a los requerimientos de acceso a la información que se efectuaban, tendencia que fue respaldado por la justicia fundada en una facultad de reserva que era propia de la Administración.

Fueron estas circunstancias, las que motivaron la intervención del Congreso Nacional, por medio de un proyecto de ley de reforma constitucional que, entre otros puntos, pretendió otorgar reconocimiento constitucional a los principios de probidad y transparencia, a fin de frenar la tendencia al secretismo en el ejercicio de funciones de la Administración. La reforma constitucional del año 2005, por medio de la Ley N° 20.050 reconoció con jerarquía constitucional tales principios. Así, de acuerdo al nuevo artículo 8° de la Constitución, lo público de los órganos del Estado se encuentra configurado por los «actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen». De esta forma, si bien el principio matriz es la publicidad se trata de una publicidad limitada, pues la norma constitucional no faculta el acceso a toda información, sino que solamente a aquella que se traduce en actos y resoluciones, así como sus fundamentos y procedimientos. La misma disposición reglamenta en su inciso segundo la excepción a la regla general de publicidad. Tales hipótesis deben ser

El derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental y su reconocimiento en la jurisprudencia...

interpretadas restrictivamente y cumplir copulativamente dos requisitos, a saber: ser establecidas por medio de una ley de quorum calificado —esto es, aprobada por la mayoría de los diputados y senadores en ejercicio— y que la publicidad de la información «afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional». De esta forma y tal como sostiene Cordero (2010:31), si bien es posible que existan en la actualidad normas legales previas a la reforma constitucional del año 2005, que imponen el secreto o reserva de determinados actos y resoluciones del Estado, para que ellas conserven su validez, deben ser interpretadas de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 8° de la Constitución para casos concretos. De lo contrario, dicha declaración legal deviene en inconstitucional.

Con la reforma constitucional, se produjo la derogación del Decreto Supremo N° 26 y con ello, decayeron todas aquellas resoluciones administrativas que habían sido dictadas durante su vigencia declarando el secreto y reserva de actos y documentos en poder de la Administración. Asimismo, la reforma del año 2005, tuvo por efecto remitir al legislador la calificación del secreto o reserva de la información, lo que se tradujo finalmente en la Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública, del año 2008. Sin embargo, previo a ello es importante destacar que entre los años 2005 y 2008 otros hechos complementaron la necesidad de presentar la moción legislativa que finalizó en la Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública —en adelante LSAIP—. Sin lugar a dudas, uno de los más relevantes fue la sentencia condenatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Claude Reyes y otros v. Chile* (Serie C N° 151). Lo anterior, por cuanto en ella la Corte IDH reconoció el derecho fundamental de acceso a la información pública y ordenó a Chile a corregir sus disposiciones legales en la materia y a capacitar a sus funcionarios públicos en dichos procesos. Otros hechos relevantes fueron el reconocimiento del carácter constitucional del derecho de acceso a la información por parte del Tribunal Constitucional chileno en su sentencia Rol N° 634-2006 del año 2007 y la dictación del Instructivo Presidencia N° 008 el año 2006 que, con el objeto de preparar a la Administración para los nuevos estándares de la nueva ley, dispuso obligaciones específicas para la Administración en materia de transparencia activa.

La LSAIP entró en vigencia con fecha 20 de abril de 2009. Su implementación quedó a cargo de un nuevo órgano creado por ella y denominado Consejo para la Transparencia. Entre sus logros, cabe destacar que junto con complementar la obligación de transparencia activa la LSAIP mejoró la regulación del derecho de acceso a la información pública. Asimismo y no obstante la Constitución Política vigente no lo contempla, la LSAIP configuró como información pública desde la perspectiva del principio de transparencia —además de los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos y procedimientos—, a «los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial» (artículo 5° inciso primero LSAIP) y a «la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la

Carmen Gloria Droguett González

Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procedimiento» (artículo 5° inciso segundo LSAIP). En el marco de la regulación del derecho de acceso a información, la LSAIP estableció el derecho de toda persona a solicitar y recibir de la Administración las informaciones contenidas en «actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales» (artículo 10 LSAIP). Asimismo, desarrolló las causales de secreto y reserva y proveyó un listado que considera entre ellas la afectación de los derechos de las personas, particularmente «su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico» (artículo 21 N° 2 LSAIP). Con ello, la LSAIP no solo amplió el ámbito específico del ejercicio del derecho de acceso a la información, sino que también amplió una de las causales de reserva o secreto que la Constitución establece, entendiendo lo privado más allá de lo íntimo, toda vez que la causal comprende toda otra información cuya revelación pudiera afectar «los derechos de las personas» y en especial los que la norma indica. (Covarrubias, 2012:503).

Desde el año 2009, Chile ha efectuado diversas reformas en materia de transparencia. Entre ellas, cabe citar la Ley 20.880 —que modificó el artículo 43 de la LSAIP y amplió la aplicación de las normas de probidad establecidas en la ley sobre Probidad en la Función Pública y Prevención de los Conflictos de Intereses y las disposiciones del Título III de la ley N°18.575 del año 2015— y la Resolución Exenta N° 7 del Consejo para la Transparencia — que ejecutó el acuerdo del Consejo Directivo sobre política de participación del Consejo para la Transparencia del año 2016. Asimismo, desde su entrada en vigencia, han sido presentados más de diez proyectos de ley vinculados a la LSAIP. Entre tales, cabe citar el proyecto que modifica la ley N° 20.285 incluyendo en el deber de transparencia activa, la publicación de los números de teléfonos celulares pagados con recursos públicos de junio del año 2010, el proyecto de ley que modifica la LSAIP extendiendo su aplicación a los partidos políticos de abril del año 2015, el proyecto de ley que modifica el Código de Justicia Militar y la LSAIP, para aplicar a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública las normas de transparencia y publicidad de los actos de la Administración del Estado de 2018 y el proyecto de ley que modifica la LSAIP de septiembre del año 2018. Todos en actual tramitación.

El derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental y su reconocimiento en la jurisprudencia...

3. NATURALEZA JURÍDICA DEL ACCESO A LA INFORMACION PÚBLICA. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO.

A partir de lo indicado en el acápite anterior, es posible constatar la inclinación que existe en la jurisprudencia nacional e internacional por considerar al derecho de acceso a la información como un derecho reconocido implícitamente por normas jurídicas constitucionales y como tal, en Chile, de un derecho fundamental. No obstante ello, si bien compartimos el punto, estimamos que es importante iniciar este acápite dando cuenta de qué vamos a entender por derecho fundamental, toda vez que al ser considerado como tal, el derecho de acceso a la información compartiría sus rasgos distintivos.

Entre los autores chilenos, destacamos a José Luis Cea, para quien los derechos fundamentales son «derechos, libertades, igualdades o inviolabilidades que, desde la concepción, fluyen de la dignidad humana y que son intrínsecos de la naturaleza singularísima del titular de esa dignidad. Tales atributos, facultades o derechos públicos subjetivos son, y deben ser siempre, reconocidos y protegidos por el ordenamiento jurídico, permitiendo al titular exigir su cumplimiento con los deberes correlativos» (2012: 221). El mismo autor, agrega que son «atributos que jamás tienen alcance absoluto, pues si lo poseyeran se convertirían en prerrogativas típicas de un déspota que obra, con rasgos ilícitos o abusivos» (Cea, 2002: 58). Humberto Nogueira, por su parte, destaca que «constituyen preceptos directamente vinculantes y aplicables que configuran y dan forma y de modo esencial al Estado, siendo éste un Estado instrumental al servicio de la dignidad y de los derechos de la persona humana y del bien común» (2003:409).

En derecho comparado, Pérez Luño sostiene que son «el conjunto de facultades que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de libertad, dignidad e igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos internos e internacionales» (2005:46). Ferrajoli, a su vez, indica que son «aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos dotados del estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar, entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica». (1999:37) En el mismo sentido, Gregorio Peces-Barba sostiene que una persona tiene un derecho o un deber fundamental solamente cuando una norma jurídica lo reconoce o lo establece. Para este autor, los derechos fundamentales son pretensiones morales que se encuentran justificadas, que son incorporadas al derecho y susceptibles de ser satisfechas por él, atendida la realidad social. (1995, p. 101 y ss.)

Carmen Gloria Droguett González

Lo anterior, nos lleva a proponer un concepto amplio de derecho fundamental, distinguiendo esta categoría de otras a fin de apreciar las implicancias que se siguen de considerar al derecho de acceso a la información como tal. De esta forma, sin perjuicio de la multiplicidad de conceptos formulados por la doctrina y ajenos a la identificación entre derecho fundamental y constitucional propia de la Ley Fundamental de Bonn, proponemos como derechos fundamentales, a *aquellos derechos, libertades, igualdades e inviolabilidades derivados de la dignidad humana, poseídos por toda persona sin distinción y que favorecen su desarrollo, los cuales son asumidos explícita o implícitamente por el ordenamiento interno o internacional, como exigencias de la persona frente al Estado o a los particulares*. Dicha noción obedece a una concepción extensa que permite comprender en la categoría de derecho fundamental, no solo aquellas exigencias concretas de las personas, sino también aquellas que no han sido expresamente consideradas por el ordenamiento jurídico interno y que no obstante ello se incorporan a normas constitucionales. Compartimos así el concepto propuesto por Pablo Marshall (2017:97) para quien, son derechos fundamentales aquellos sin los cuales no puede existir legítimamente un orden estatal, tales como —indica el autor— aquellos derechos de participación en la generación democrática del derecho al cual los habitantes de un Estado se encuentran típicamente vinculados.

Lo anterior es importante, atendido que la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información es un tema discutido. Así, el status de este derecho al interior de un ordenamiento jurídico puede ser el de un derecho ordinario o legal, o bien, el de derecho fundamental con reconocimiento constitucional. Tal como sostiene Hernández Ramos, la principal y más inmediata consecuencia que se sigue de la adopción de una u otra postura son las garantías con las que los ciudadanos contarían en uno u otro caso gozan para reclamar su cumplimiento (2016: 145). La cuestión que se plantea es si existe el derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental en el texto constitucional y, en caso que no estuviera claramente enunciado, si es posible defenderlo y cuál sería la vía para su reconocimiento. (Sánchez de Diego, 2007: 32).

Este trabajo plantea que el derecho de acceso a la información es un derecho fundamental contenido en el texto constitucional chileno y no un derecho autónomo. El apoyo a nuestra postura lo encontramos en argumentos a nivel legal, doctrinario y jurisprudencial. En este acápite analizaremos los dos primeros argumentos, en el siguiente será examinada la jurisprudencia, con especial énfasis en lo resuelto por el Tribunal Constitucional chileno.

Como apoyo en orden legal, el punto de partida para ello es afirmar que el catálogo de derechos fundamentales que establece el artículo 19 de la Constitución chilena no es cerrado ni taxativo. La norma no posee un carácter de enunciado exclusivo y excluyente. En dicho sentido la norma se inicia indicando que «la Constitución asegura a todas las personas». Tal como indica José Luis Cea, dicho artículo no afirma que ellos son los únicos derechos asegurados, producto

El derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental y su reconocimiento en la jurisprudencia...

de lo cual es posible que existan otros derechos fuera de los expresamente indicados (2012:52). En el mismo sentido se pronuncia Alejandro Silva Bascuñán (2006:26). Ahora bien, la ampliación de los derechos fundamentales puede realizarse a través de diferentes técnicas, a saber: la constitucionalización de nuevos derechos, la ampliación a través de la ratificación de los tratados y convenios internacionales, o por vía interpretativa en la jurisprudencia (Álvarez Conde, 1992: 249). Tratándose del derecho de acceso a la información en Chile, opinamos que su reconocimiento se realiza por medio de la ampliación de protección de derechos a través de la ratificación de los tratados y convenios internacionales que permite el artículo 5º inciso segundo de la Constitución, que establece explícitamente como límite a la soberanía los derechos esenciales de la persona contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentre vigentes. Tal es el caso del artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Nosotros sostenemos que el derecho de acceso a la información pública es un derecho fundamental que cuenta con reconocimiento en el texto constitucional, aun cuando el asunto es discutido, existiendo autores que defienden su carácter de derecho fundamental (Nogueira Alcalá, 2003, García y Contreras, 2009 y Harasic Yaksic, 2010) y otros que lo desconocen como tal (Contesse Singh, 2006 y Abramovich y Courtis, 2000).

Ahora bien, tratándose de su incorporación al ordenamiento jurídico nacional, es posible destacar dos posturas al respecto. Es así como, por un lado, para Humberto Nogueira el derecho de acceso a la información pública es un derecho fundamental implícito. De esta forma, el autor sostiene que producto del artículo 5º de la Constitución, el estatuto constitucional chileno permite la incorporación al ordenamiento jurídico de todos aquellos derechos que vaya siendo necesario u oportuno explicitar producto del desarrollo progresivo de los derechos y garantías acorde a la naturaleza y necesidades esenciales del ser humano, dándoles el respectivo estatuto. Es por esta razón que la que Constitución efectúa un aseguramiento genérico y deben considerarse comprendidos como derechos esenciales no solo los que la Constitución explicita sin taxatividad en el artículo 19, sino que también aquellos «derechos esenciales implícitos que puedan desarrollarse en el futuro, respecto de los cuales no hay reconocimiento aún a través de las diversas fuentes del derecho interno o internacional» (2003: p.411). Para Nogueira, el derecho de acceso a la información pública integra la libertad de información, pues se necesita para acceder plenamente a aquellas fuentes que materializan su ejercicio, ya que difícilmente se podrá comunicar aquello que no se conoce (2000: 362 y 2010: 66). Lo mismo —entendemos— sucedería en España donde José Desartes Guanter afirma que «el derecho del artículo 105 b) no es otra cosa que la consolidación específica con respecto a los documentos administrativos y a los mensajes en ellos contenidos de la facultad de investigación, una de las que componen el derecho a la información, implícitamente reconocida en el artículo 20 de la Constitución en virtud de la

Carmen Gloria Droguett González

integración normativa del artículo 96 e interpretativa del artículo 10.2». (1987: 160). Por su parte, contrariamente a lo afirmado por Nogueira, para García y Contreras el derecho de acceso a la información no es un derecho implícito, sino que es una norma iusfundamental adscripta a normas del texto de la Constitución, entre ellas, a los artículos 19 N° 12 y 5° inciso segundo de la Carta Fundamental, que permiten complementar el ordenamiento constitucional nacional con el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos. (2009: 137 y 141). Para estos autores, tanto el artículo 5° como el artículo 19 N° 12 son normas expresamente estatuidas en la Constitución Política de 1980, y que permitirían fundamentar una norma adscripta a ellas, tal como es el caso del artículo 13 de la Convención Americana. (2009: 142). De esta forma, el derecho de acceso a la información es parte también de los derechos fundamentales asegurados por la Constitución Política de 1980, reconocido por el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, por el 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y por el 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, normas que reconocen las facultades de *investigar, buscar y recibir* información como parte de la libertad de expresión en sentido amplio. En este sentido, el artículo 19 de la Declaración Universal establece las facultades de *investigar, recibir y difundir* informaciones y opiniones, mientras que el artículo 19 de Pacto Internacional y 13 de Convención Americana reconocen los derechos a *buscar, recibir y difundir* informaciones e ideas de toda índole.

Es precisamente el reconocimiento de la facultad de investigar y/o buscar informaciones que reconocen los citados instrumentos internacionales, el fundamento jurídico del derecho de acceso a la información. La facultad de investigar, esto es aquella que autoriza la búsqueda de información, es un requisito previo de la libertad de informar y un requisito imprescindible para garantizar una sociedad libre y pluralista, caracteres inherentes de un sistema democrático. Para informar lógicamente necesito conocer, esto es buscar o investigar, facultades que cuentan con reconocimiento expreso en instrumentos internacionales en la misma disposición que evoca las libertades de expresión e información y que se incorpora a nuestro ordenamiento interno producto del artículo 5° inciso segundo. Así, la libertad de información tiene una doble dimensión y admite en el contenido de sus facultades la libertad de *emitir* y de *recibir* información sin trabas injustificadas, esto es, de comunicar hechos noticiables o noticiosos —que puede ser ejercida por cualquier medio de difusión— y de recepción —que supone el derecho de cada persona a ser debidamente informada en aquellos casos que legalmente procede—.

Este mismo argumento es utilizado por aquella parte de la doctrina española que adhiere al reconocimiento del derecho de acceso a la información como derecho fundamental en España, aun cuando la Constitución española no lo consigne como tal expresamente en sus normas. Es así como Francisco Laporta, indica que junto a las reglas y principios pertenecientes al ordenamiento jurídico, existen otras reglas en estado latente, las cuales pueden ser inferidas de aquellas y aplicadas a un caso

El derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental y su reconocimiento en la jurisprudencia...

concreto donde las reglas explícitas no parece dar solución (2002: 139). La misma doctrina destaca que el derecho de acceso a la información integra y presupone la existencia del derecho a la información, el cual comprende tanto la facultad de dar como de recibir información. En este sentido, sostienen que el derecho a recibir información —reconocido en la Constitución española como «derecho a informarse» en el artículo 20.1.d) —, que integra la facultad de acudir a fuentes informativas como son los órganos de la administración, se encuentra en la base del derecho de acceso a la información (Moretón Toquero, 2014: 10).

4. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL POR LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO.

La jurisprudencia es un elemento fundamental al momento de estudiar el concepto y naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información. Es así como tratándose de su reconocimiento en el marco del sistema interamericano es posible citar, entre otros, como importantes pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos vinculados al derecho, que en algunos casos han fijado su contenido y alcances, las sentencias de los casos *Ivcher-Bronstein Vs. Perú* (2001), *Herrera Ulloa y otros Vs. Costa Rica* (2004), *Ricardo Canese Vs. Paraguay* (2004), *Palamara Iribarne vs. Chile* (2005), *Claude Reyes y otros Vs. Chile* (2006), *Caso Kimel vs. Argentina* (2008), *Ríos y otros vs. Venezuela* (2009), *Radilla Pacheco V. México* (2009), *Fontevicchia D'Amico vs. Argentina* (2011), *Gomes Lund y Otros ("Guerrilha do araguaia") vs. Brasil* (2010).

Al interior del Sistema Interamericano no es para nosotros debatible que los aspectos resolutivos de los fallos de la Corte Interamericana, que han sido dictados dentro de su competencia, ejercen fuerza obligatoria y vinculante a los Estados que son partes en un proceso tramitado ante su jurisdicción como es el caso chileno. Ello, en mérito de lo reglado en el artículo 1º y 2º de la Convención Americana y en el acatamiento del principio de buena fe según lo prescribe la Convención de Viena sobre cumplimiento de los tratados. Lo anterior es importante, por cuanto fue precisamente un fallo que sancionó a Chile aquel que reconoció el derecho de acceso a la información como derecho fundamental, y estableció los estándares para su adecuada interpretación. El mismo efecto obligatorio y vinculante tiene la *ratio decidendi*, esto es, los criterios centrales del razonamiento que determinó el sentido de la decisión del punto central del debate (Carmona Tinoco, 2009; Nogueira Alcalá, 2006; y Ferrer Mac-Gregor, 2013). Ello, pues tal como afirma Carmona, los criterios interpretativos son regularmente encontrados en parte considerativa o de justificación de las sentencias y no en la resolutive (2009: 262 y 263).

Carmen Gloria Droguett González

Por su parte, en el marco del sistema europeo no podemos desconocer el aporte de las sentencias del Tribunal Europeo pronunciadas en casos emblemáticos como *Loiseau v. Francia* (2004), *Sdružení Jihočeské Matky v. la República Checa* (2006), *Társaság a Szabadságjogokért v. Hungría* (2009), *Kenedi v. Hungría* (2009) y *Youth Initiative for Human Rights v. Serbia* (2013).

Ahora bien, tratándose de la jurisprudencia nacional, la del Tribunal Constitucional es un referente ineludible para establecer las bases constitucionales del derecho de acceso a la información pública en nuestro país y su naturaleza jurídica. Es así como, al analizar los casos desde 1995 a la fecha relevantes en la materia, estimamos que es posible establecer tres momentos claves de sus pronunciamientos.

El primer momento, se inicia con el fallo 226/95 del mes de octubre de 1995, oportunidad en que el Tribunal Constitucional conoció del requerimiento en contra del Proyecto de Ley de Prensa y afirmó que «la doctrina como nuestra Constitución Política reconocen la existencia de derechos, aunque no estén consagrados en el texto constitucional, a menos que esta consagración implique una violación a las normas fundamentales. Esta última expresión significa que los hombres son titulares de derechos por ser tales, sin que sea menester que se aseguren constitucionalmente para que gocen de la protección constitucional» (STCch 226/95, c. 25). Importante es que la normativa vigente, al momento de dictarse la sentencia, estaba contenida en el artículo 13 de la Ley N° 18.175, como vimos, según texto refundido, coordinado y sistematizado fijado por Decreto con Fuerza de Ley N° 1/19.653, del año 2001. En esta sentencia asimismo, el Tribunal Constitucional indicó a propósito del derecho de acceso a la información, que si bien el artículo 19 N° 12 de la Constitución se refieren a la libertad de emitir opinión e información, ello implica también el reconocimiento del derecho de acceso a la información. Lo anterior, por cuanto aun cuando el texto definitivo de la Constitución Política de 1980 no lo recogió expresamente, «éste forma parte natural y se encuentra implícito en la libertad de opinión y de informar, porque de nada sirven estas libertades si ellas no tienen destinatarios reales» (STCch 226/95, c. 19). El razonamiento del Tribunal Constitucional en la sentencia 226/95 se fundamenta en el principio democrático reconocido por la Constitución Política chilena en su artículo 4°, norma que da cuenta de la responsabilidad de las autoridades por sus acciones ante la sociedad, sirviendo el derecho de acceso como herramienta fundamental para controlar dichas acciones. Asimismo, se basa en el artículo 19 N° 12 de la Constitución. Dicha disposición, para el Tribunal Constitucional contiene el derecho de acceso a la información pública como parte de libertad de información, pues tal libertad comprende en su opinión el derecho a recibir informaciones.

El derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental y su reconocimiento en la jurisprudencia...

Como parte de este primer momento, es importante señalar que en el año 2007 el Tribunal Constitucional volvió a pronunciarse sobre la materia, en su sentencia Rol 634-06, dictada tras la reforma constitucional del año 2005 que dio reconocimiento constitucional a los principios de probidad y publicidad. En dicha instancia, el Tribunal Constitucional reiteró que el derecho de acceso a la información era un derecho implícito en la libertad de expresión asegurada por el artículo 19 N° 12 de la Constitución Política (STCch 634-2006, c. 9). La argumentación la realizó nuevamente a partir del principio democrático reconocido en el artículo 4° de la Constitución y del artículo 19 N° 12. En dicha oportunidad, asimismo, en sus fundamentos el Tribunal Constitucional citó la «Declaración de Principios de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos» del año 2010, y sostuvo que sin la información que obra en poder del Estado, no puede ser ejercido el derecho a la libertad de expresión, como mecanismo de participación ciudadana y de control social. Con ello, para el Tribunal Constitucional chileno, el derecho de acceso a la información tenía reconocimiento implícito como un mecanismo esencial para la vigencia del régimen democrático, de asunción de responsabilidades y rendición de cuentas por las autoridades y, asimismo, un soporte para el ejercicio y defensa de otros derechos fundamentales.

El segundo momento estimamos se produce con el giro que experimenta el criterio del Tribunal Constitucional el año 2012, en su sentencia 1990-11. En dicha oportunidad, el Tribunal resolvió la inaplicabilidad de los artículos 5° inciso 2 y 21, N° 1, letra b) de la vigente LSAIP, por afectar el derecho a la vida privada reconocido constitucionalmente. El caso concreto, tenía por objeto de conflicto un reclamo de ilegalidad, producto de la orden del Consejo para la Transparencia de entregar información relacionada a un proceso de selección para el cargo de Director Nacional del Fondo de Solidaridad e Inversión Social (FOSIS). El documento solicitado y cuyo acceso resolvió el Consejo, incluía la evaluación psico-laboral del seleccionado, consignado la valoración de atributos con puntajes, la descripción de la motivación y la conclusión. Para el recurrente, la reserva de esta información, se encontraba amparada por en el derecho a la vida privada y el artículo 5° de la LSAIP, que motivó la decisión del Consejo y que había ordenado la entrega de la información solicitada, infringía la Constitución Política. En dicha oportunidad, el Tribunal Constitucional sostuvo que aun cuando el derecho de acceso a la información se encuentra reconocido implícitamente en el artículo 19 N° 12 de la Constitución, ello no obsta a que la LSAIP pueda establecer y desarrollar el derecho de acceso, sin embargo, dicha normativa que debe tener como fundamento preceptos constitucionales, lo que no sucedía en el caso. (STCch 1990-11, c. 25). De esta forma, si bien la LSAIP puede establecer y desarrollar el derecho de acceso a la información en cuanto a las hipótesis de publicidad y las causales de secreto o reserva, dicha legislación debe tener presente además del artículo 8° de la Constitución, las otras disposiciones constitucionales (STCch 1990-11, c. 26). Tal es el caso, de la excepción a la publicidad fundada en la afectación a los derechos de las personas que el ordenamiento establece; para el tribunal, no

Carmen Gloria Droguett González

importa el tipo de lesión que cause la publicidad, asimismo, al no hablar el artículo 8° de derechos constitucionales, sino que de derechos de las personas, puede incluso tratarse de la afectación de derechos de rango legal. (STCch 1990-11, c. 27). En virtud de lo anterior, el Tribunal estima que las evaluaciones personales forman parte de la vida privada, derecho que se encuentra asegurado a todas las personas no solo en el artículo 19 N° 4 de la Constitución chilena, sino que asimismo amparado frente a su afectación en el artículo 21 N° 2 de la LSAIP y en la Ley N° 19.628. (STCch 1990-11, cc. 37 y 38). Dicha afectación, a juicio del Tribunal, se configura con la sola entrega de la evaluación personal y documentos solicitados (STCch 1990-11, cc. 40, 43 y 45).

Finalmente, consideramos que un tercer momento se inicia a propósito de los denominados casos de los *correos electrónicos* el año 2011 con la sentencia 2153-11 y más tarde con la 2246-12 y 2379-2012. En ellos la discusión se dio en torno a si la entrega de información contenida en un medio de comunicación electrónica vulneraba o no el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, asegurado en el artículo 19 N° 5 de la Constitución Política. En su sentencia 2153-11, el Tribunal Constitucional estimó que la publicidad ordenada por la Constitución solo se limita a los actos o resoluciones administrativas, sus fundamentos y procedimientos, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 8° de la Constitución. En consecuencia, el artículo 5 de la LSAIP violaría la Constitución al referirse —en las disposiciones cuestionadas— genéricamente a información y no circunscribirse exclusivamente a tal enumeración taxativa. Lo interesante de estos últimos pronunciamientos es que en ellos, tras reiterar que el nuevo artículo 8° no consagra el derecho de acceso a la información y que éste se encuentra reconocido en el artículo 19 N° 12 de la Carta, sostiene que la Constitución debe ser interpretada a la luz de los procesos tecnológicos e indica cuáles son los supuestos para que un documento se encuentre dentro de aquellos que pueden ser conocidos vía derecho de acceso a la información pública. Asimismo, interesante es que en ellos que el Tribunal Constitucional alude al interés público de la información solicitada y la aplicación del y denominado test de interés público. —a propósito del voto disidente en la STCch 2153-11 y en la parte considerativa en la 2246-2012—. Un último punto a destacar es que la inaplicabilidad del artículo 5° de la LSAIP en materia de correos electrónicos es un criterio que se mantiene en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ejemplo de ellos es la sentencia Rol 2689-14 de 24 de mayo de 2016.

El derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental y su reconocimiento en la jurisprudencia...

5. A MODO DE CONCLUSIÓN: DESAFÍOS EN MATERIA DE DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN CHILE.

En Chile la forma de gobierno que reconoce nuestra Constitución Política se encuentra indudablemente ligada al reconocimiento que el ordenamiento jurídico otorgue a los derechos fundamentales y, particularmente, al derecho de acceso a la información pública. Si bien el derecho constitucional chileno vive un momento auspicioso al ser constantemente enriquecido por la presentación de proyectos de ley que tienen por propósito una mayor transparencia y avance en su regulación, estimamos que tales esfuerzos siguen siendo insuficientes tratándose del reconocimiento de la naturaleza jurídica del derecho así como de aquellos estándares que permiten una adecuada aplicación de los límites al derecho de acceso a la información pública en casos de conflictos de derechos.

Al comenzar el presente trabajo, nos preguntamos por la importancia, contenido y naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información. En el primer acápite, no solo analizamos la importancia y evolución de la regulación del derecho de acceso a la información en Chile, sino que asimismo, desde un punto estrictamente de teoría analítica, revisamos el contenido del derecho y su naturaleza jurídica como derecho fundamental. Para ello, propusimos como punto de partida y concepto de derechos fundamentales a *aquellos derechos, libertades, igualdades e inviolabilidades derivados de la dignidad humana, poseídos por toda persona sin distinción y que favorecen su desarrollo, los cuales son asumidos explícita o implícitamente por el ordenamiento interno o internacional, como exigencias de la persona frente al Estado o a los particulares*. Tal concepto comprende no solo aquellas exigencias concretas de las personas, sino también aquellas que no han sido expresamente consideradas por el ordenamiento jurídico interno y que se incorporan en disposiciones expresas a partir de lo dispuesto en el artículo 5° inciso segundo de la Constitución. Tal es el caso, como vimos, del derecho de acceso a la información pública, producto de lo dispuesto los artículos y 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que reconocen las facultades de *investigar, buscar y recibir* información como parte de la libertad de expresión en sentido amplio.

En el marco de su reconocimiento como derecho fundamental, citamos importantes sentencias de derecho internacional, aun cuando la atención estuvo puesta en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y en su evolución que no ha desconocido el carácter de fundamental e implícito del derecho.

Ahora bien, no obstante el trabajo desarrollado en Chile en esta materia, estimamos existen dos importantes desafíos pendientes para la regulación del derecho de acceso a la información pública. Tales son, su reconocimiento constitucional explícito y la ampliación de los sujetos pasivos obligados por este

Carmen Gloria Droguett González

derecho. De esta forma, si bien actualmente existen proyectos de reforma constitucional que buscan otorgar a este derecho un reconocimiento explícito (tales como el Boletín N° 8.805-07 del año 2007), no se ven avances significativos en dicho esfuerzo. Así, en vez de una reforma constitucional al Capítulo III de nuestra Carta, Ejecutivo y Legislativo siguen presentando proyectos de reforma a la LSAIP, que no simplifican los problemas de interpretación que surgen precisamente de la falta de reconocimiento explícito del derecho y de su garantía, en los artículos 19 y 20 de la Constitución respectivamente. Lo mismo sucede con la falta de precisión en la regulación constitucional de la delimitación del derecho y estándares para la aplicación de sus límites. Lo anterior, da lugar a una eventual actuación arbitraria del Estado en la clasificación de la información como pública, secreta o reservada y genera inseguridad jurídica respecto al ejercicio del derecho de acceso a la información y de las facultades del Estado para restringirlo. Por su parte, tratándose de los sujetos obligados por la ley a permitir el acceso a la información que se solicita, un importante punto a considerar y en el que creemos los proyectos de ley avanzan, es la ampliación de los órganos más allá de la Administración del Estado como sujetos pasivos del derecho. Lo anterior, importa por cuanto no solo la administración ejerce poder político, y debe, por ende, ser objeto de control de actuación por las personas a través del ejercicio del derecho de acceso a la información pública.

En la actualidad, tales desafíos son esenciales por cuanto la protección efectiva de los derechos fundamentales depende de nuestra posibilidad de generar un ordenamiento jurídico que no solo especifique derechos, sino que asimismo articule intereses contrapuestos, respete la Constitución y satisfaga la aspiración de seguridad jurídica de los miembros de una comunidad. Parte de dicha seguridad es, precisamente, el reconocimiento un derecho acceso a información pública que fomente mayor responsabilidad de la autoridad.

El derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental y su reconocimiento en la jurisprudencia...

BIBLIOGRAFÍA.

- Abramovich, V. y Courtis, C. 2000. «El acceso a la información como derecho», en *Cuadernos de Análisis Jurídico. Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público*. (Santiago de Chile, Ediciones Universidad Diego Portales: 196-218.
- Allesch Peñailillo, J.S. 2005. «Aproximación dogmática y jurisprudencial a los principios de transparencia y publicidad de los actos e información administrativa», en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXIII, 2° Semestre: 31-88.
- Álvarez Conde, E. 1992. *Curso de Derecho Constitucional*. Volumen I. El Estado constitucional. El sistema de fuentes. Los derechos y libertades. Madrid, Tecnos.
- Bobbio, N. 2010. *El futuro de la democracia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Carmona Tinoco, J.U. 2009. «La recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito interno. El caso de México», en García y Ramírez (coordinadores), *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas)
- Cea Egaña, J.L. 2012. *Derecho constitucional chileno*. Tomo I. Santiago, Editorial de la Universidad Católica de Chile.
- Cea Egaña, J.L. 2002. *Derecho constitucional chileno*. Tomo II. Santiago, Editorial de la Universidad Católica de Chile.
- Contesse Singh, J. 2006. «La opacidad del administrador y la indulgencia judicial: Jurisprudencia y práctica sobre acceso a la información pública en Chile», en Felipe González (editor), *Libertad de expresión en Chile*, Santiago de Chile: Universidad Diego Portales.
- Cordero Vega, L. 2010. «Delimitando la ley de acceso a la información: los dilemas tras la regulación», en Raúl Letelier Wartenberg y Enrique Rajevic Mosler (coordinadores), *Transparencia en la Administración Pública*. Santiago de Chile: Editorial Abeledo Perrot LegalPublishing, 19-42.
- Covarrubias Cuevas, I. 2012. «Las falencias del test de interés público como instrumento de ponderación entre el acceso a la información pública y la vida privada», en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXIII, 1° Semestre: 499-541.
- Dahl, R. A. 2000. *On Democracy*. U.S: Yale University Press.

Carmen Gloria Droguett González

- Desantes Guanter, J.M. 1987. *Teoría y Régimen Jurídico de la Documentación*. Madrid: Eudema.
- Ferrajoli, L. 1999. *Derechos y garantías. La ley del más débil* Madrid: Trotta.
- Ferrer Mac-Gregor, E. 2013. «Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (Sobre el cumplimiento del Caso Gelman Vs. Uruguay), en *Estudios Constitucionales*, Año 11, N° 2: 641 – 694.
- Fiss, O. M.1996. *The irony of free speech*. Londres: Oxford University Press.
- García P., Gonzalo y Contreras V., Pablo. 2009. «Derecho de acceso a la información en Chile: nueva regulación e implicancias para el sector de la defensa nacional», en *Revista Estudios Constitucionales*, Año 7: 137-175.
- Harasic Yaksic, D. 2010. "Historia de la consagración del derecho fundamental de acceso a la información pública en Chile", en Raúl Letelier Wartenberg y Enrique Rajevic Mosler (coordinadores), *Transparencia en la Administración Pública*. Santiago de Chile: Editorial Abeledo Perrot LegalPublishing, 7-12.
- Hernández Ramos, M. 2016. «El derecho de acceso a la información pública en el ordenamiento jurídico español. Legitimación subjetiva, derecho aún no fundamental y balance crítico», en *Revista Transparencia & Sociedad*, No. 4: pp. 133-156.
- Laporta, F.J. 2002. «La creación judicial y el concepto de derecho implícito», en *Revista Jurídica*, N° 6, Universidad Autónoma de Madrid: 133-152.
- Marshall, P. 2017. «Clasificación de los derechos fundamentales», en Pablo Contreras y Constanza Salgado (editores), *Manual sobre derechos fundamentales*. Santiago de Chile, LOM Ediciones: 93-118.
- Mill, J.S. 1994. *Sobre la libertad*. Madrid: Alianza Editorial.
- Moretón Toquero, A. 2014. «Los límites del derecho de acceso a la información pública», en *Revista jurídica de Castilla y León*, N° 33: 1-24.
- Nogueira Alcalá, H. 2003. «Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia», en *Revista lus et Praxis*, núm. 9 (1): 403-466.
- Nogueira Alcalá, H. 2000. «El derecho a la información en el ámbito del derecho constitucional chileno y comparado en Iberoamérica y Estados Unidos», en *Revista lus et Praxis*, núm. 1 (6), 321-404.

El derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental y su reconocimiento en la jurisprudencia...

- Nogueira Alcalá, H. 2006. «La sentencia constitucional en Chile: aspectos fundamentales sobre su fuerza vinculante», en *Revista Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca*, Año 4 N° 1: 97-124.
- Nogueira Alcalá, H. 2010. Derechos fundamentales y garantías constitucionales. Tomo II. Derechos del pensamiento libre, derechos de seguridad jurídica, derechos de libertad colectiva y derecho a un medio ambiente libre de contaminación. Santiago de Chile, Editorial Librotecnia, Segunda Edición.
- Peces-Barba, G. Y otros. 1995. Curso de derechos fundamentales, BOE-Universidad Carlos III de Madrid.
- Pérez Luño, A.E. 2005. Los derechos fundamentales, Madrid: Tecnos.
- Rodríguez García, J.A. 1998. *El control de los medios de comunicación. La participación de los grupos ideológicos en el control de medios de comunicación*. Madrid: Dykinson.
- Sánchez de Diego Fernández de la Riva, M. 2007: «Un derecho fundamental a acceder a la información pública», en Sánchez de Diego Fernández de la Riva (coordinador) *El derecho de acceso a la información pública (Actas del Seminario Internacional Complutense Madrid, 27 -28 junio 2007)*. Madrid, Cersa: 7-41.
- Silva Bascuñán, A. 2006. *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo XI. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- Olmedo Bustos, J.P. 2010. "Acerca del proceso de institucionalización del derecho de acceso a la información pública en Chile", en Raúl Letelier Wartenberg y Enrique Rajevic Mosler (coordinadores), *Transparencia en la Administración Pública*, 13-17.
- Ugarte, J.M. 2007. *El derecho de acceso a la información*. Buenos Aires: La isla de la luna.
- Zegarra Valdivia, D. 2010. «El ejercicio del derecho de acceso a la información pública en Perú: marco jurídico administrativo», en Raúl Letelier Wartenberg y Enrique Rajevic Mosler (coordinadores), *Transparencia en la Administración Pública*. Santiago de Chile, Editorial Abeledo Perrot LegalPublishing: 131-172.

DOCUMENTACIÓN Y JURISPRUDENCIA.

▪ **Documentos.**

Comisión Nacional de Ética Pública. 1996. Informe de la Comisión Nacional de Ética Pública sobre la probidad pública y la prevención de la corrupción Chile, en *Revista de ciencia política*, Vol. 18, nos. 1-2, 202-247

▪ **Jurisprudencia.**

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Claude Reyes y otros v. Chile* (Serie C N° 151), sentencia de 19 de septiembre de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Granier y otros (radio Caracas televisión) v. Venezuela* (Serie C N° 293), sentencia de 22 de junio de 2015.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso I.V. v. Bolivia* (Serie C N° 329), sentencia de 30 de noviembre de 2016.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13/11/1985. (Serie A N° 5)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. (Serie C N° 135), sentencia de 22 de noviembre de 2005.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. (Serie C N° 74), sentencia de 06 de febrero de 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. (Serie C N° 107), sentencia de 02 de julio de 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. (Serie C N° 72), sentencia del 31 de agosto de 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Kimel vs. Argentina*. (Serie C N° 177), sentencia del 02 de mayo de 2008.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. (Serie C N° 194), sentencia de 28 de enero de 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Gomes Lund y otros ("guerrilha do araguaia") v. Brasil*. (Serie C N° 219), sentencia de 24 de noviembre de 2010.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. (Serie C N° 238), sentencia de 29 de noviembre de 2011.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Radilla Pacheco V. México*. (Serie c N° 209), sentencia de 23 de noviembre de 2009.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Loiseau v. Francia*. Sentencia de 28 de septiembre de 2004.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Sdružení Jihočeské Matky v. la República Checa*. Sentencia de 10 de julio de 2006.

El derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental y su reconocimiento en la jurisprudencia...

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Társaság a Szabadságjogokért v. Hungría*. Sentencia de 26 de mayo de 2009.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Kenedi v. Hungría*. Sentencia de 26 de mayo de 2009.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Youth Initiative for Human Rights v. Serbia*. Sentencia de 25 de septiembre de 2013.

Tribunal Constitucional español. Sentencia 159/1986, de 16 de diciembre (BOE núm. 313 de 31 de diciembre de 1986).

Tribunal Constitucional español. Sentencia 144/1998, de 30 de junio (BOE núm. 181 de 30 de julio de 1998).

Tribunal Constitucional español. Sentencia 65/2015, de 13 de abril (BOE núm. 122 de 22 de mayo de 2015).

Tribunal Constitucional español. Sentencia 58/2018, de 4 de junio (BOE núm. 164 de 07 de julio de 2018).

Tribunal Constitucional chileno. Sentencia 226/95 de 30 de octubre de 1995. Requerimiento de un grupo de diputados respecto del artículo 1º inciso tercero, artículo 9º inciso primero, artículo 20 inciso segundo y artículo 43, del Proyecto de Ley sobre «Libertad de expresión, información y ejercicio del periodismo».

Tribunal Constitucional chileno. Sentencia 634/06, de 9 de agosto de 2007. Requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 13 de la Ley N° 18.575, presentado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso en la Causa Rol N° 2336-06, Lean Casas Cordero, Carlos Eric con Director Nacional de Aduanas.

Tribunal Constitucional chileno. Sentencia 1990/11, de 05 de junio de 2012. Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por Pablo Coloma Correa respecto de los artículos 50 inciso 2º y 21 No 1, letra b; de la Ley N° 20.285, en los autos Rol No 541-2011, sobre reclamo de ilegalidad, caratulados Dirección Nacional del Servicio Civil con Consejo para la Transparencia, del que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago.

Tribunal Constitucional chileno. Sentencia 2153/11, de 11 de septiembre de 2012. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Rodrigo Ubilla Mackenney, Subsecretario del Interior, respecto del inciso segundo, del artículo 5º de la Ley N° 20.285, en la parte que señala "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", en los autos sobre reclamo de ilegalidad caratulados Subsecretaría del Interior con Consejo para la Transparencia, de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° 6704-2011.

Tribunal Constitucional chileno. Sentencia 2246/12, de 31 de enero de 2013. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Claudio Alvarado Andrade, Subsecretario General de la Presidencia, en representación del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, y Cristián Larroulet Vignau, Ministro Secretario General de la Presidencia, por sí, respecto del inciso segundo del artículo 5º de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, en la parte que dice "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", en autos sobre reclamo de ilegalidad caratulados "Subsecretaría General de la Presidencia con Consejo para la Transparencia", de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° 2496-2012.

Carmen Gloria Droguett González

Tribunal Constitucional chileno. Sentencia 2379/12, de 29 de enero de 2014. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Rodrigo Ubilla Mackenney, Subsecretario del Interior respecto del inciso segundo, del artículo 5° de la Ley N° 20.285, de 2008, sobre Acceso a la Información Pública, en la parte que señala "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", en los autos sobre reclamo de ilegalidad caratulados "Subsecretaría Interior con Consejo para la Transparencia", de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° 7369-2012.

Tribunal Constitucional chileno. Sentencia 2689/14, de 24 de mayo de 2016. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por la Dirección Administrativa de la Presidencia de la República respecto del artículo 5° y 10 de la Ley N° 20.285, en los autos sobre reclamo de ilegalidad, caratulados "Presidencia de la República con Consejo para la Transparencia", de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° 4007-2014.

▪ Normativa.

D.F.L. N° 1/19.653, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N°18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, publicado en el Diario Oficial el 17 de noviembre de 2001.

Decreto Supremo N° 26, Reglamento sobre el secreto o reserva de los actos y documentos de la Administración del Estado, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicado en el Diario Oficial el 07 de mayo de 2001.

Decreto Supremo N° 423, del Ministerio del Interior, que crea la Comisión Nacional de Ética Pública, publicado en el Diario Oficial el 18 de abril de 1994.

Instructivo Presidencial N° 008, del 4 de Diciembre de 2006, sobre Transparencia Activa y Publicidad de la Información de la Administración del Estado.

Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicada en el Diario Oficial el 17 de noviembre de 2001.

Ley N° 19.653, Sobre probidad administrativa aplicable de los Órganos de la Administración del Estado, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicada en el Diario Oficial el 14 de diciembre de 1999.

Ley 20.050, reforma constitucional que introduce diversas modificaciones a la Constitución Política de la República, de Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicada en el Diario Oficial el 26 de agosto de 2005.

Ley N° 20.285, Sobre acceso a la información pública, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicada en el Diario Oficial el 20 de agosto de 2008.

Ley N° 20.880, sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos de intereses, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicada en el Diario Oficial el 05 de enero de 2016.

Proyecto de Ley que Moderniza la gestión institucional y fortalece la probidad y la transparencia en la Fuerzas de Orden y Seguridad Pública. Boletín N° 12250-25. Fecha de ingreso: martes 20 de noviembre de 2018.

El derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental y su reconocimiento en la jurisprudencia...

Proyecto de Ley que Modifica la ley N° 20.285, sobre Transparencia de la Función Pública, incluyendo en el deber de transparencia activa, la publicación de los números de teléfonos celulares pagados con recursos públicos. Boletín N° 7006-07. Fecha de ingreso: martes 29 de junio de 2010.

Proyecto de Ley que Modifica la ley N°20.285, sobre Acceso a la Información Pública, extendiendo su aplicación a los partidos políticos. Boletín N° 9981-07. Fecha de ingreso: jueves 09 de abril de 2015.

Proyecto de Ley que Modifica el Código de Justicia Militar y la ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, para aplicar a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública las normas de transparencia y publicidad de los actos de la Administración del Estado. Boletín N° 11697-07. Fecha de ingreso: miércoles 18 de abril de 2018.

Proyecto de Ley que Modifica la ley N°20.285, Sobre Acceso a la Información Pública. Boletín N° 12100-07. Fecha de ingreso: miércoles 12 de septiembre de 2018.

Resolución Exenta N° 7, del Consejo para la Transparencia, que ejecuta acuerdo del consejo directivo sobre política de participación del consejo para la transparencia. Publicada el 23 de mayo de 2016.

