



UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales



**EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y EL
PRINCIPIO DE MAXIMA DIVULGACIÓN, COMO PRINCIPIO
RECTOR QUE GARANTIZA SU PLENO EJERCICIO**

Tesina para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas

AUTOR

Matías Aranda Flores

PROFESORA GUÍA

Patricia Reyes Olmedo

Valparaíso, Diciembre

2016

TABLA DE CONTENIDOS:

INTRODUCCIÓN.....	4
CAPITULO I: ANTECEDENTES DEL DERECHO DE ACCESO	
A LA INFORMACION PÚBLICA.....	12
1.1 Origen y evolución histórica del derecho de acceso a la información pública.....	12
1.2 <i>Caso Marcel Claude y otros vs Chile</i>	15
CAPITULO II: ANÁLISIS CONCEPTUAL DEL DERECHO DE ACCESO	
A LA INFORMACION PÚBLICA.....	21
2.1 Conceptos desde una perspectiva semántica.....	21
2.2 Definición de “información pública”.....	21
2.3 Concepto de “acceso a la información pública”.....	24
2.4 Concepto de “transparencia” en lo público.....	24
2.5 Distinción entre la transparencia y el acceso a la información pública.....	25
2.6 Concepto de derecho de acceso a la información pública.....	25
CAPITULO III: PRINCIPIO DE MÁXIMA DIVULGACIÓN. EL	
PRINCIPIO RECTOR EN EL DERECHO DE ACCESO A LA	
INFORMACIÓN PÚBLICA.....	29
3.1 Principio rector del derecho de acceso a la información pública.....	29
3.2 Principio de máxima divulgación o transparencia.....	29
3.2.1 Primera consecuencia: El derecho de acceso a la información es	
la regla y el secreto la excepción.....	30
3.2.1.1 La limitación de excepciones.....	34
3.2.1.2 Requisitos esenciales de las excepciones al acceso de la información.....	38
3.2.1.3 Limitación de excepciones y la aplicación del test de daño	
y el test de interés público.....	41
3.2.2 Segunda consecuencia: La carga probatoria en caso de establecer	
limitaciones al derecho acceso a la información corresponde al Estado.....	42
3.2.3 Tercera consecuencia: La preminencia del derecho de acceso a la	

información en caso de conflictos de normas o falta de regulación.....	43
3.2.4 El principio de máxima divulgación en el mecanismo de transparencia activa.....	47
CONCLUSIONES.....	48
BIBLIOGRAFÍA.....	51

TABLA DE ABREVIATURAS:

CADH (Convención Americana de Derechos Humanos)

CIDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos)

COMIDH (Comisión Interamericana de Derechos Humanos)

CPR (Constitución Política de la República)

CT (Consejo para la Transparencia)

DRAE (Diccionario de la Real Academia Española)

LAIP (Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública)

LMSAIP (Ley Modelo Sobre Acceso a la Información Pública)

OEA (Organización de Estados Americanos)

OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos)

ONU (Organización de las Naciones Unidas)

OSCE (Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa)

RESUMEN

La presente investigación realiza un estudio al derecho de acceso a la información pública. Revisa su evolución y regulación normativa; analiza su naturaleza y sus elementos, a partir de ellos, se propone una definición del derecho de acceso. Luego, se examina el principio de “máxima divulgación” que se encuentra consagrado a nivel supranacional, y que ha sido reconocido por la doctrina y la jurisprudencia como principio rector que garantiza el efectivo y pleno ejercicio del derecho de acceso a la información pública.

PALABRAS CLAVE: acceso a la información pública, derecho humano, transparencia, principio de máxima divulgación.

ABSTRACT

The present investigation going to make a study of the public information access. Review its evolution and regulation normative; analyzed its nature and its elements, from them, Its proposed a definition of public information access. Them, its examined the principle of “top divulge” that are consagrated at an international level, and has been recognized by the doctrine and iurisrprudence as a key principle that guarantees the effective and full exercise of the public information access.

KEY WORDS: public information Access, human right, transparency, principle of “top divulge”.

INTRODUCCIÓN

Más allá de toda consideración jurídica, los derechos humanos son reflejo de una constante lucha histórica que garantiza, especifica y universaliza el más amplio reconocimiento a la dignidad humana¹. Por lo que el ámbito en el que se desarrollan es dinámico -al igual que otros tantos de la vida social-, en la medida que se enfrenta de forma permanente a nuevos desafíos en las dimensiones políticas, sociales y culturales involucradas en la profundización de la democracia². “En efecto, este dinamismo se manifiesta en todos los derechos humanos, puesto que cada uno constituye una conquista social que en cada etapa histórica y de manera constante enfrenta sus propios desafíos en términos de avanzar en su promoción y protección”³.

En este contexto, la libertad de expresión y derecho de acceso a la información pública son conquistas sociales que han alcanzado el estatus de derechos humanos fundamentales, reconocidos por la jurisprudencia internacional y consagrados en diversas convenciones internacionales y en el orden constitucional de todo país que se precie de ser democrático.

Pues bien, no siempre el acceso a la información fue entendido como un derecho fundamental autónomo que debía ser garantizado por el Estado y si bien el derecho de acceder a la información pública no está expresamente reconocido en los tratados internacionales, el derecho internacional de los derechos humanos lo ha concebido como manifestación de la libertad de expresión, al constituir aquel una herramienta de participación y control sobre la gestión estatal. “En la medida que la libertad de expresión incluye buscar, recibir y difundir información, se entiende que el acceso a la información pública no es otra cosa que buscar y recibir información de manos del Estado, de manera que tal ejercicio debe estar protegido por las garantías propias de todo derecho fundamental”⁴.

¹ GARCIA PINO, Gonzalo y CONTRERAS VASQUEZ, Pablo (2009): “Derecho de acceso a la información en Chile: Nueva regulación e implicancias para el sector de la defensa nacional”. En: *Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca*, año 7 N° 1, p. 139.

² Instituto Nacional de Derechos Humanos (2012): “Derechos Humanos y acceso a la información pública” En: *Cuadernillo de temas emergentes*, p. 4. [citado el 20 de noviembre de 2016]. <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/315/info-publica.pdf?sequence=1>

³ FACIO MONTEJO, Alda (2003): “Los derechos humanos desde una perspectiva de género y las políticas públicas”. En: *Otras miradas*, vol. 3, N°1, pp. 16-17. [citado el 3 de enero de 2017]. http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/22813/1/articulo3_2.pdf

⁴ Instituto Nacional de Derechos Humanos (2012): “Derechos Humanos y acceso...”. p. 6.

En cuanto a su importancia, desde un enfoque teleológico, el derecho de acceso a la información pública y la transparencia constituyen herramientas a las cuales se le reconoce como fin principal el combatir la corrupción y las malas prácticas dentro del gobierno⁵. Esto es lo que presumiblemente quería decir el juez Brandeis, de la Suprema Corte de Estados Unidos, al proclamar célebremente que la luz del sol era el mejor de los desinfectantes⁶. Asimismo, las palabras del politólogo argentino César E. Romero según se refiere que, “desde la Antigüedad, los dirigentes han buscado centralizar y controlar la información, lo que les confiere poder sobre el resto de la comunidad”. Más adelante continúa, “En las sociedades primitivas, la información era un bien reservado a unos pocos, ya sea que versara sobre cuestiones económicas, religiosas o políticas. A modo de ejemplo, en el Antiguo Egipto, el escriba jugaba un rol preponderante en la sociedad y todo aquel que necesitara almacenar o intercambiar información por escrito debía recurrir a este personaje”⁷.

Otro fin relacionado tiene que ver con el uso eficiente de los recursos públicos. Toda vez que el presupuesto nacional es aportado, en su gran mayoría por los impuestos que pagan los habitantes de la república, *ergo* se entiende que “dado que el dinero de los contribuyentes está siendo gastado, cada ciudadano tiene el derecho de saber cómo es gastado y a criticar las decisiones de los funcionarios públicos”⁸.

En este orden de ideas, el acceso a la información está relacionado con el *accountability* o rendición de cuentas. En una sociedad democrática, los gobernantes deben informar qué están haciendo y cómo lo están haciendo, a fin de permitir que los ciudadanos puedan participar activamente en la marcha de los asuntos públicos, juzgando correctamente la actuación de sus representantes, haciéndolos responsables de los eventuales perjuicios que puedan provocar y en

⁵ MENDEL, Toby (2003): *Freedom of Information: A Comparative Legal Survey*, London, UNESCO, p. 13, [citado el 20 de noviembre de 2016], http://portal.unesco.org/ci/en/file_download.php/fa422efc11c9f9b15f9374a5eac31c7efreedom_info_laws.pdf

⁶ “La publicidad es justamente recomendada como un remedio para enfermedades sociales e industriales. Se dice que la luz del sol es uno de los mejores desinfectantes; la luz eléctrica, uno de los policías más eficientes”. BRANDEIS, Louis (1914): *Other People's Money and How the Bankers Use It*, New York, Frederick A. Stokes Company, p. 68.

⁷ ROMERO, César Enrique (1975): *Derecho constitucional*, t. I, Buenos Aires, Zavalía, pp. 64 y ss.

⁸ NIGRO, Félix y NIGRO, Lloyd (1988): *Modern Public Administration*, New York, Harper & Row Publishers, p. 285.

definitiva, decidiendo si renovar su confianza en el gobierno de turno, o cambiarlo por otro que amerite mayor confianza⁹.

Si Aplicamos la dialéctica Hegeliana, podríamos decir que la transparencia opera de la siguiente forma: En primer lugar, tenemos la existencia de una conducta no adecuada por parte del Estado (tesis). En segundo lugar, se divulga o publica dicha conducta estatal a los ciudadanos (antítesis). En tercer lugar, al quedar en evidencia ante quienes debe rendir cuenta, el Estado se ve en la obligación de rectificar su conducta (síntesis). De este modo, se tiende a la mejoría por parte de los organismos públicos, tanto en asuntos de probidad, como de eficiencia.

Por consecuencia, el derecho de acceso a la información pública tiene naturaleza representativa de los gobiernos democráticos, toda vez que es reconocido a nivel internacional como un derecho esencial para promover la transparencia de las instituciones públicas, esencial para fomentar la participación ciudadana en la toma de decisiones en las actuaciones del gobierno o del Estado o de todas aquellas administraciones públicas que son financiadas con fondos procedentes de los contribuyentes y su misión principal consiste en servir a los ciudadanos como medio de control de sus actuaciones, por lo que toda la información que generen y poseen, le pertenece a la ciudadanía.

Esto se debe a que un adecuado funcionamiento de la democracia, requiere confrontar la permeabilidad de los actos y decisiones que emanan de las autoridades públicas las que por distintas barreras políticas, jurídicas y sociales, obstan a los representados o gobernados (que son los titulares de la soberanía) a conocer la forma que se está ejerciendo el mandato popular. Es en este escenario en el que el acceso a la información pública representa un mecanismo esencial para alcanzar el funcionamiento idóneo en un régimen de participación democrática, de manera ilustrativa la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión o COMIDH) haciendo referencia al continente americano señalan que “el acceso a la información es una herramienta fundamental para la construcción de ciudadanía. A través de ella, en las últimas décadas, distintas sociedades del hemisferio han consolidado sistemas democráticos cada vez más asentados y robustos, gracias a

⁹ DIAZ CAFFERATA, Santiago (2009): “El derecho de acceso a la información pública: situación actual y propuestas para una ley”. En: *Lecciones y Ensayos*, N° 86, p. 152, [citado el 15 de octubre de 2016], <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/86/06-ensayo-diaz-cafferata.pdf>

la activa participación de sus ciudadanos y ciudadanas en asuntos de interés público”¹⁰. “Los ciudadanos se pueden definir por oposición a los súbditos. Podemos decir que los ciudadanos cuestionan piden, demandan. Los ciudadanos son ruidosos, se quejan, critican. Los súbditos, por el contrario, obedecen, aceptan y callan”¹¹. En este orden de ideas, “podemos ver como el acceso a la información es una herramienta que se ajusta perfectamente a lo que se espera de los miembros de una sociedad democrática, ciudadanos y ciudadanas militantes”¹². En sus manos, la información pública sirve para proteger derechos y prevenir abusos por parte del Estado. De esta manera se dota de poder a la sociedad civil, siendo de utilidad para luchar contra males como la corrupción o el secretismo. “Además el acceso a la información es una herramienta particularmente útil para el ejercicio informado de otros derechos políticos o los derechos sociales y económicos”¹³, el acceso a la información permite conocer que derechos se tienen y como defenderlos, lo cual es de suma relevancia para la protección de los sectores sociales marginados o excluidos, “que no suelen tener a su disposición mecanismos de información sistemáticos y seguros, que les permitan conocer el alcance de sus derechos y la forma de hacerlos efectivos”¹⁴.

Es por ello que la existencia de un acceso libre a la información es objetivamente valioso para una sociedad, más aún cuando se trata de información de carácter público, por lo mismo se ha planteado por la doctrina y la jurisprudencia internacional en una “posición preferente” respecto de otros derechos fundamentales¹⁵. Esta posición preferente es ratificación de que

¹⁰ COMIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2012): *El Derecho de acceso a la Información en el Marco jurídico interamericano*, -2ª edición-. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 9/12, pp. 10-13. [citado el 10 de noviembre de 2016]. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/ACCESO%20A%20LA%20INFORMACION%202012%20da%20edicion.pdf>

¹¹ COMIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2009): *El Derecho de acceso a la Información en el Marco jurídico interamericano*, OEA/Ser. L/V/II CIDH/RELE/INF. 1/09, p. 9. [citado el 15 de noviembre de 2016]. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/ACCESO%20A%20LA%20INFORMACION%20FINAL%20CON%20PORTADA.pdf>

¹² *Ibíd.*: p. 9.

¹³ COMIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. (2012): *El derecho de acceso a la información pública en las Américas. Estándares Interamericanos y comparación de marcos legales*, OEA/Ser. L/V/II. CIDH/RELE/INF.7/12., p. 1. [citado el 20 de noviembre de 2016]. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/EI%20acceso%20a%20la%20informacion%20en%20las%20Américas%202012%2005%2015.pdf>

¹⁴ *Ibíd.*: p. 1.

¹⁵ Con esto no nos estamos refiriendo a una jerarquía de derechos fundamentales sino que, únicamente, en una ponderación, las cargas de argumentación, en torno al peso abstracto de un principio en colisión, puede tener un valor preferente. Sobre la ponderación en general, véase a ALEXY, Robert (1993): “Teoría de los Derechos Fundamentales” (traducido por Ernesto Garzón Valdez). En: *Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, pp. 89 y ss.

además de ser un valor en sí mismo -a diferencia de lo señalado por la jurisdicción nacional, que la concibe sólo como un medio para garantizar el principio transparencia, publicidad y rendición de cuentas-, constituyendo una herramienta fundamental para el ejercicio de otros derechos. “Protege (...) la búsqueda de la verdad, que exige el flujo libre y contraste de ideas, y la necesidad de comunicarse con sus semejantes que tiene el ser humano para desarrollar su personalidad”¹⁶. Asimismo, la información es el presupuesto para la activación de mecanismos de participación, de mecanismos de fiscalización de la autoridad y el presupuesto de exigibilidad de otros derechos fundamentales¹⁷.

Se trata de un derecho particularmente importante para la consolidación, el funcionamiento y la preservación de los sistemas democráticos, por lo cual ha recibido alto grado de atención -en las últimas dos décadas-, tanto por los miembros de la Organización de Estados Americanos¹⁸ (en adelante OEA) como por la doctrina y la jurisprudencia internacional.

Sabemos que, obligar a gobiernos y funcionarios a exponer su actuar ante la ciudadanía no es una tarea simple y muchas veces, resulta bastante incómoda. La práctica ha demostrado que deben existir mecanismos regulados, con plazos definidos, causales limitadas de reserva o secreto y vías normadas de reclamo, para que los fines de la transparencia puedan ser logrados¹⁹.

Toda vez que el derecho de acceder a la información pública es una institución reciente, en general se ha observado que no existe, ni entre los abogados ni en la sociedad civil en general, una masa crítica informada sobre los usos y alcances de este derecho. Por tanto, es necesario

¹⁶ DÍEZ-PICAZO, Luis (2005): *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, Thomson Civitas, p. 320.

¹⁷ La información como presupuesto de una opinión pública efectivamente deliberativa constituía una exigencia ilustrada de la Democracia: “[e]l ideal ilustrado de la publicidad se basaba en la concepción de que una ciudadanía informada y razonante podía servir de freno y de instancia de revisión a las decisiones del monarca. De lo que se trataba era de propiciar la discusión pública”. GARZÓN VALDÉS, Ernesto (1993): “Acerca de los Conceptos de Publicidad, Opinión Pública, Opinión de la Mayoría y sus Relaciones Recíprocas”, en *Doxa* (Vol. 14).

¹⁸ La Asamblea General de la OEA reconoce al derecho de acceso a la información como “un requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia”. En este sentido, todos los Estados miembros de la OEA “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”. Asamblea General de la OEA. Resolución 1932 (XXXIII-O/03), “Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia”. 10 de junio de 2003. Ver también las resoluciones de la Asamblea General de la OEA 2057 (XXXIV-O/04), 2121 (XXXV-O/05), 2252 (XXXV-O/06), 2288 (XXXVII-O/07), y 2418 (XXXVIII-O/08).

¹⁹ ALLESCH, JOHANN y OBANDO, IVÁN (2010): “El Control del Derecho de Acceso a la Información Administrativa”. En: LETELIER WARTENBERG, RAÚL y RAJEVIC MOSLER, ENRIQUE (Coordinadores). *Transparencia en la Administración Pública*. 1ª Ed., Santiago de Chile, Abeledo Perrot, p. 96.

llenar a este derecho de “vida y sentido”²⁰, Para ello es preciso delimitar sus alcances y posibilidades porque, en la práctica, solo se exigen y protegen los derechos que se conocen.

Desde un plano teórico se reconocen 3 mecanismos de transparencia. El de transparencia activa, el de transparencia pasiva o reactiva y la transparencia proactiva. El primero es denominado transparencia o publicidad activa, que consiste en “la obligación positiva de los órganos públicos de proveer, publicar y diseminar información acerca de sus principales actividades, presupuestos y políticas de manera que el público pueda saber qué están haciendo, pueda participar en asuntos públicos y controlar el comportamiento de las autoridades”²¹. En Chile, se encuentra establecido en el mandato del artículo 7° del artículo 1° de la Ley 20.285 de Transparencia y Acceso a la Información Pública (en adelante LAIP)²², el cual señala que los órganos del Estado deben subir, de manera permanente, a disposición de todo el público a través de sus páginas web, determinados antecedentes, según veremos.

El segundo mecanismo, es la denominada transparencia pasiva o derecho de acceder a la información pública propiamente tal. Este consiste en “el derecho de todas las personas de preguntar a las autoridades públicas por la información y los documentos que están elaborando, y el derecho a recibir una respuesta”²³. En Chile, el derecho de acceder a la información pública está establecido en el artículo 10° del artículo 1° la LAIP. La norma dispone que *“toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley”* y a continuación señala que *“el acceso a la información comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como*

²⁰ En este sentido, tanto la doctrina como organismos internacionales han resaltado el rol importantísimo que el Consejo para la Transparencia ha cumplido, ya que a través de la activa actuación de este órgano de aplicación de la ley, se ha dado vida y sentido a las disposiciones de la ley de transparencia, y se han ajustado las prácticas de las entidades Estatales a los más elevados estándares internacionales.

²¹ JARA V., Camilo A. y GAJARDO M., Carmen S. (2013): *El derecho de acceder a la información pública: vías de intervención ciudadana*, memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad de Chile, p. 3.

²² *“Ley de transparencia de la función pública y de acceso a la información de la Administración del Estado”* (ley N° 20.285 que fue promulgada el 20 de agosto de 2008 y entro en vigencia el 20 de abril de 2009). La LT establece un régimen general aplicable para los órganos de la Administración del Estado, y también establece un régimen especial para el resto de los órganos del Estado, como los tribunales de justicia, el Congreso Nacional o el Ministerio Público, por nombrar algunos. Como podemos comprobar este cuerpo legal regula la información, pero no cualquiera, sino que aquella que obra en poder de los órganos del Estado, con la pretensión de favorecer su conocimiento por parte de los ciudadanos.

²³ JARA V., Camilo A. y GAJARDO M., Carmen S. (2013): *El derecho de acceder...*, p. 4.

a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales”.

El tercer mecanismo, es la denominada últimamente por la doctrina como transparencia proactiva, ésta se refiere “al conjunto de actividades e iniciativas que promueven la reutilización de la información relevante por parte de la sociedad, publicada por los sujetos obligados, en un esfuerzo que va más allá de las obligaciones de transparencia activa establecidas en las leyes de acceso a la información pública. Por ejemplo, publicar de mutuo propio la información solicitada reiteradamente por los ciudadanos”²⁴.

A modo de síntesis, es menester señalar que en nuestro país, el régimen general de transparencia -aplicable a la Administración del Estado- consiste en que cualquier ciudadano puede presentar un requerimiento de información pública y, frente a la falta de respuesta o denegación de ésta por parte de los organismos públicos, tiene un sistema de reclamo mixto, en el cual se puede reclamar ante un órgano administrativo denominado Consejo para la Transparencia (en adelante CT)²⁵, y frente a las resoluciones de este último se puede deducir una acción denominada reclamo de ilegalidad frente a las Cortes de Apelaciones. Los otros Poderes del Estado y las Autonomías Constitucionales tienen regímenes especiales, que no revisaremos porque exceden el marco de nuestra investigación.

Por último, el objetivo de la presente investigación busca analizar el derecho de acceso a la información pública desde la teoría general de los derechos fundamentales. En este sentido se sostiene que, si se concibe el acceso a la información pública como un derecho humano y no como una mera condición de transparencia en la gestión pública, se empodera a las personas para exigir el cumplimiento de las obligaciones que de él derivan. Además, se realiza un estudio a través del cual se busca definir el derecho de acceso a la información pública, de esta manera dotarlo de contenido. Finalmente se examina el principio de “máxima divulgación”, considerado por la doctrina como principio clave o rector del derecho de acceso a la información pública,

²⁴ REYES OLMEDO, Patricia (2015): “Parlamento Abierto y Transparencia Legislativa”. En: REYES OLMEDO, Patricia (coord.), *Ciudadanas 2020 III. El Gobierno de la Información*, Santiago de Chile, LOM, p. 190. Disponible en: <https://dl.dropboxusercontent.com/u/33310959/ciudadanas2020-3.pdf>

²⁵ El Consejo para la Transparencia es una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, creado por la ley de Transparencia cuyo objeto conforme el art. 32 de la citada ley es “promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y garantizar el derecho de acceso a la información”.

²⁵ COMIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2012): *El Derecho de acceso...*, pp. 10-13.

que además se encuentra consagrado a nivel internacional, para luego contrastarlo con la normativa vigente de nuestro país, postulando la importancia del principio para el ejercicio efectivo del derecho de acceso a la información pública.

CAPITULO I: ANTECEDENTES DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACION PÚBLICA.

1.1 Origen y evolución histórica del derecho de acceso a la información pública

El derecho a la libertad de información y de expresión es fruto del espíritu y del pensamiento de la Revolución Francesa, revolución de la burguesía, que marca el fin del antiguo régimen absolutista y el comienzo de la instauración de los regímenes liberales; sociológicamente significa el paso de una sociedad estamental a una sociedad clasista; jurídicamente, se generaliza la fórmula de lo que después se llamará Estado de derecho. Estado que ya supone la transformación del orden político como ordenación, en el orden político como organización.

El centro de todo este proceso está en el liberalismo, tanto político como económico, que impregna la segunda mitad del siglo XVIII. Los pilares sobre los que se asientan serán la igualdad (todos los hombres iguales ante la ley), las libertades civiles (que permiten que todo hombre pueda pensar, expresarse y obrar libremente sin más limitación que la libertad de los demás) y las públicas (que afectan a las relaciones de los ciudadanos entre sí, como la libertad de prensa y las libertades de reunión, asociación y manifestación), la limitación de los gobernantes por las instituciones, el pluralismo político y el intento de la separación de los poderes político y económico. El triunfo del movimiento liberal supuso un considerable avance en las ideas de progreso, secularización y creencia en las posibilidades del hombre. La exaltación de los derechos del individuo y la creencia en que la comunidad entre seres humanos libres e iguales fomentará la realización más plena de cada uno, impone una aceptación de la tolerancia, y el clima idóneo para que puedan germinar las libertades de conciencia y de pensamiento. Incluso, se ha llegado a denominar al siglo XVIII como el siglo del albor de la libertad de expresión²⁶.

En cuanto al derecho de acceso a la información pública propiamente tal, el primer antecedente normativo se encuentra en Suecia, hace más de 200 años²⁷. El país escandinavo aprobó en 1776 la denominada “Real ordenanza de Libertad de Prensa” en la cual se permitía a

²⁶ CENDEJAS JAUREGUI, M. (2012): “Evolución Histórica del Derecho a la Información”, p. 60. [citado el 09 de junio de 2016]. En: www.juridicas.unam.mx/publica/rev/decoinc/cont/10/art/art3.htm

²⁷ TORO, Constanza (2010): “Derecho de Acceso a la Información Pública: Comentarios a un Fallo Clave de la Corte Europea de Derechos Humanos”. En: *Anuario de Derechos Humanos*, N° 6, Centro Derechos Humanos Universidad de Chile, p. 102

los ciudadanos solicitar documentación pública a las autoridades. Pese a su nombre, la norma aplicaba para todos los ciudadanos y no sólo a los periodistas²⁸.

Sin embargo, este derecho tuvo desarrollo como institución autónoma recién en la segunda mitad del siglo XX, en plena Guerra Fría. Durante la década del 1950, los Tribunales Norteamericanos se enfrentaron a casos relacionados al acceso a información militar²⁹, que establecieron precedentes en el sentido que los ciudadanos tienen derecho a controlar el uso del presupuesto público, aunque el Estado tiene privilegios en materia de secreto, específicamente relacionados con la seguridad nacional. A fin de realizar una adecuada conjugación de ambos intereses, en 1966 el gobierno del demócrata Lyndon Johnson aprobó la denominada *Freedom of Information Act*, según la cual toda agencia gubernamental debe responder a cualquier pedido específico de información sobre los archivos, fichas, informes, etc. dentro de un período limitado de tiempo; cada ente debe llevar un índice de la información de alcance público que trate sobre disposiciones adoptadas o promulgadas, publicándolo trimestralmente. Además, contempla la posibilidad de reclamar judicialmente las denegaciones de información por parte de los organismos públicos³⁰.

A nivel Internacional, el derecho de acceder a la información se ha reconocido como derivado de la libertad de expresión. En la primera sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1946, se adoptó la resolución N° 59 (1) que declaró que “la libertad de información es un derecho humano fundamental y piedra angular de todas las libertades a las cuales están consagradas las Naciones Unidas”. En sentido similar, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, estableció en su artículo 19 que “todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”. Esto fue recogido por la Corte Europea de Derechos Humanos en 1999 en el caso “*Heinrich vs. Austria*”.

²⁸ MENDEL, Toby (2003): *Freedom of...*, p. 79.

²⁹ El primero de ellos fue *USA vs. Reynolds*. En este caso, un avión bombardero *Boeing B-29 Superfortress* sufrió un accidente, en el cual iban contratistas de la compañía *RCA* que probaban aparatos de radio. Las familias solicitaron conocer las causas del accidente, cuestión rechazada por la Fuerza Aérea, por amenazar la seguridad nacional y ratificada por la Corte Suprema.

³⁰ ALLESCH, Johann y OBANDO, Iván (2010): “El Control del Derecho...”, p.102.

En la Unión Europea se ha dictado en 1990 una directiva que regula el acceso a la información ambiental para el conjunto de los países que la componen. A partir de esta norma los Estados miembros han dictado sus propias leyes. Por ejemplo, en Alemania rige la "Ley de Responsabilidad Ambiental" que contempla el derecho de solicitar información tanto al Estado como a operadores privados; también existen regulaciones específicas en Francia, Bélgica y Holanda, entre otras naciones europeas. En la década de los 70 Francia e Italia dictaron normas similares a la estadounidense; como las Constituciones de Grecia (1975) Portugal (1976) y España (1978) son las primeras en incorporar el derecho de libre acceso a la información a sus textos.

A nivel regional, este derecho fue consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, en adelante CADH) que en su artículo 13, "Libertad de pensamiento y de expresión", expresa: "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..."

En nuestro país, el primer antecedente de un derecho de acceso a la información estuvo en la denominada Comisión para la Ética Pública de 1994, en la cual el gobierno del Presidente Patricio Aylwin solicitó a un grupo de expertos que analizaran y propusieran cambios a la forma de administrar el Estado de Chile. Este comité dentro de múltiples sugerencias, planteó la idea de introducir una ley de acceso a la información³¹.

Años después, en 1999 con la entrada en vigencia de la Ley 19.653 sobre Probidad Administrativa, se estableció el derecho de solicitar información a la Administración, con la posibilidad de reclamar en Tribunales mediante la acción de "Amparo de Acceso a la Información Pública". Quedaron excluidos los otros Poderes del Estado. No obstante, las buenas intenciones, mediante el Decreto Supremo N° 26 de 2001 se facultó a los jefes de servicio a declarar la reserva o secreto de documentos mediante meras resoluciones exentas, matando en los hechos el derecho de acceder a la información³².

³¹ Comisión Nacional de Ética Pública (1994): "Informe de la Comisión sobre la Probidad Pública y la Prevención de la Corrupción en Chile", p. 246. [citado el 20 de noviembre 2016] <http://www.proacceso.cl/files/Informe%20CNEP%201994.pdf>

³² CORDERO VEGA, LUIS (2010): "Delimitando La Ley de Acceso a la Información: Los dilemas tras la regulación". En: LETELIER WARTENBERG, RAÚL y RAJEVIC MOSLER, ENRIQUE (Coordinadores). Transparencia en la Administración Pública. 1ª Ed, Santiago de Chile, Abeledo Perrot. P. 28.

Dados los pocos resultados de la Ley de Probidad, el año 2005, mediante moción parlamentaria de los senadores Hernán Larraín y Jaime Gazmuri, se introdujo el proyecto de ley que derivó en la actual LAIP³³.

Ese mismo año, se realizó una importante reforma constitucional por medio de la ley 20.050, que, entre otras cosas, vino a subsanar el déficit a nivel de normas positivas al establecer un nuevo artículo 8° que consagra el principio de transparencia y probidad de la función pública³⁴. Su inciso segundo señala que son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen, estableciendo una reserva de ley, de quorum calificado, para el establecimiento de cualquier secreto o reserva, debiendo ser justificado bajo una de las cuatro causales taxativas (aunque genéricas) que ahí se señalan.

1.2 *Caso Marcel Claude y otros vs Chile*

Pero el mayor impacto para avanzar en materia de acceso a la información pública fue el que se consiguió con el caso del activista político Marcel Claude Reyes, quien, el año 1998, pidió información al Comité de Inversiones Extranjeras, sobre la inversión de la empresa Forestal Trillium y el proyecto de deforestación Río Cóndor -que podría afectar el medio ambiente- en la región de Magallanes.

Ante el requerimiento, se encontró con una respuesta escasa y deficiente: gran parte de la información que había pedido no le fue entregada³⁵. El Estado de Chile no ofreció razones o

³³ Dentro del sistema jurídico de Chile constituyó una de las reformas legales más importantes en materia de libertad de expresión, en la medida que dio vida al actual régimen regulatorio del derecho de acceso a la información. Si se toma que en cuenta que se trata de un régimen de imposición de obligaciones de transparencia y de mecanismos de resguardo que potencian y profundizan el ejercicio democrático en la práctica diaria y que fortalecen la libertad de expresión de todos los ciudadanos. Dentro de los avances legislativos que se han realizado en esta línea, debe destacarse la reforma constitucional al artículo 19, número 12, que eliminó la censura previa de producciones cinematográficas (ley 19.742); la sustitución de la censura por un sistema etario de calificación cinematográfica (ley 19.846); y la dictación de la denominada “ley de prensa”, que regula las libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo (ley 19.733).

³⁴ Sobre esto, véase a FERNANDEZ, Miguel Ángel (2005): “El principio de Publicidad de los Actos Estatales en el nuevo Artículo 8° Inciso 2° de la Constitución”, en ZÚÑIGA, Francisco, Reforma Constitucional (Santiago, LexisNexis), pp. 191-207.

³⁵ TELLO E., Cristóbal; CERNA G., Marcelo y PAVON M. Andrés (2009): “Acceso a la información pública: los desafíos del Consejo de la Transparencia”. En: *anuario de derechos humanos*, [citado el 5 de diciembre de 2016]. www.anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/download/.../11887

fundamentos para sustraer esa información del conocimiento público, reflejando la cultura del secreto imperante en aquella época -no sólo en Chile sino que en todo el continente-³⁶.

Marcel Claude, insatisfecho llevo su pretensión ante distintos tribunales del país, agotando todas las instancias, sin éxito. Finalmente decidió recurrir al sistema interamericano en conjunto con un variado conglomerado de organizaciones de derechos humanos de América Latina decididas a avanzar la causa del acceso y la transparencia.

El 19 de septiembre de 2006 se dictó la sentencia recaída en el caso *Claude Reyes vs. Chile*, por medio de la cual, la Corte Interamericana de Derechos Humanos la Corte Interamericana de Derechos Humanos se convirtió en el primer tribunal internacional en reconocer que el derecho de acceso a la información pública es un derecho humano fundamental, protegido por tratados internacionales de derechos humanos que obligan a los países a respetarlo.

La sentencia condenó al Estado de Chile a agilizar los procesos en materia de acceso a la información pública. 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.”* Consecuentemente, la corte señaló que dicho artículo *“ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción”*.

Uno de los avances más importantes en materia de derecho de acceder a la información en poder del Estado por medio de la sentencia de la corte en el caso *Claude Reyes y otros* consiste en que por “primera vez un tribunal internacional reconoce el carácter fundamental de dicho derecho en su doble vertiente, como derecho individual de toda persona descrito en la palabra

³⁶ FUMEGA, Silvana; LANZA, Edison y SCROLLINI, Fabrizio (2011): *Venciendo la Cultura del Secreto, obstáculos en la implementación de políticas y normas de acceso a la información pública en siete países de América Latina*, Editorial Mariana Mas, Montevideo, pp. 11 y ss. Disponible en: <http://www.cainfo.org.uy/images/LIBRO%20-%20Venciendo%20la%20Cultura%20del%20Secreto.pdf>

“buscar” y como obligación positiva del Estado para garantizar el derecho a “recibir” la información solicitada”³⁷.

En este sentido, es de suma relevancia la interpretación expuesta en la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Claude Reyes y otros vs. Chile* al señalar que “...El derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea”³⁸.

Esta afirmación además de reconocer el status de derecho humano, señala también que tal avance necesita ser acompañado por un régimen jurídico que contenga ciertos elementos y garantías para hacerlo efectivo. En este sentido, la interpretación de la Corte Interamericana en el caso *Claude Reyes y otros* permitió “dotar de seguridad jurídica tanto a los *Estados* -quienes para emprender o continuar una política de reforma legal en torno a la información tuvieron que tener en cuenta las exigencias de la Convención en torno a las limitaciones permitidas y prohibidas-, a los propios *solicitantes* -quienes encuentran la titularidad del derecho en la Convención y pudieron entender con mayor claridad los alcances y límites del derecho que ejercen-, como a los *actores internacionales* en la materia -quienes contaron con el sustento jurisprudencial para la mejor protección del derecho al acceso-”³⁹. (La cursiva es nuestra).

En congruencia con lo anterior, desde la doctrina nacional se ha planteado que “nos encontramos no sólo frente a un derecho sino que ante un derecho fundamental que requiere las obvias especificaciones interpretativas que lo reafirman en su condición y que ningún Tribunal Constitucional ni Corte Internacional puede desconocer”⁴⁰ Esto en razón que “estas dos caras (libertad de expresión y acceso a la información) se conjugan para crear una capacidad

³⁷ COMIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2007): *Estudio especial sobre el derecho de acceso a la información*. OEA, p. 31. [citado el 20 de diciembre de 2016]. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/relatoria/section/Estudio%20Especial%20sobre%20el%20derecho%20de%20Acceso%20a%20la%20Informacion.pdf>; Véase también CIDH, Caso *Claude Reyes y otros*, párrs. 75 a 77. Y los Principios de Lima; Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión en África; Declaraciones Conjuntas de relatores y expertos; Informe del Relator Especial sobre la protección y promoción del derecho a la libertad de opinión y expresión, UN doc. E7CN.4/1999/64, 29 de enero de 1999, párr. 42; *Open Society Justice Initiative*. 10 *Principles on the right to know*. September 2005, que reconocen como derecho humano el derecho de acceso a la información en poder del Estado.

³⁸ CIDH., Caso *Claude Reyes y otros*, párr. 77.

³⁹ COMIDH Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2007): “Estudio especial sobre el...”, pp. 31-32. cfrt.

⁴⁰ GARCIA PINO, Gonzalo y CONTRERAS VASQUEZ, Pablo (2009): “Derecho de acceso a la información...”, p. 142.

en la ciudadanía, que es la capacidad de hacer juicios certeros sobre la realidad y, por lo tanto, el primer paso para solucionar los problemas”⁴¹.

Por otra parte, los Estados a partir de esta interpretación jurisprudencial, comenzaron a consagrar y garantizar este derecho al entender que, como manifestación de la libertad de expresión, constituía una herramienta de participación y control sobre la gestión estatal. En la medida que la libertad de expresión incluye el buscar, recibir y difundir información, se entiende que el acceso a la información pública no es otra cosa que buscar y recibir información de manos del Estado, de manera que tal ejercicio debe estar protegido por las garantías propias de todo derecho fundamental.

En este mismo orden de ideas, nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia rol N° 634/2006, de 9 de agosto de 2007, sigue un criterio meridianamente consecuente con lo anterior al afirmar que “...es posible afirmar que el derecho de acceso a la información pública se encuentra reconocido en la Carta Fundamental -aunque no en forma explícita- como un mecanismo esencial para la vigencia plena del régimen democrático...”⁴².

En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones Santiago en su fallo rol 5527 del año 2001, ha señalado que el derecho a acceder a la información pública se encuentra comprendida en la garantía del art. 19 N° 12 de la Constitución Política y afirmó que “debe entenderse comprendido el derecho a recibir información, ya que de nada serviría que se aseguraran la libertad de emitir opinión y la de información si no se reconoce que los destinatarios tienen, a su vez, el legítimo derecho a recibir una información oportuna, veraz y completa”.

Como podemos comprobar, la interpretación sostenida en la sentencia recaída en el caso *Claude Reyes vs. Chile*, constituye un hito de suma importancia para la configuración del derecho al acceso de la información⁴³. Puesto que a partir del reconocimiento de su status iusfundamental

⁴¹ PEREZ, José Manuel (2009): “Libertad de Prensa, acceso a la información y empoderamiento ciudadano”. En: *homónimo*, (Gunther Cyranek y Gustavo Gómez ed.), Unesco, p. 44. Véase también: CONTESSÉ, Jorge (2006): “La opacidad del administrador y la indulgencia judicial: Jurisprudencia y práctica sobre acceso a la información pública en Chile”. En: *Libertad de Expresión en Chile*, Universidad Diego Portales, y BERMUDEZ, Jorge y MIROSEVIC, Camilo (2008): “El acceso a la información pública como base para el control social y la protección del patrimonio público”. En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*.

⁴² Tribunal Constitucional, sentencia Rol 634-2006, 17 de octubre de 2007, considerando 9. (énfasis agregado)

⁴³ COMIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2012): *El Derecho de acceso a la Información en el Marco jurídico interamericano*, -2° edición-. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 9/12. pp. 10-13. [citado el 20 de noviembre de 2016]. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/ACCESO%20A%20LA%20INFORMACION%202012%20da%20edicion.pdf>

por parte de la Corte Interamericana, se dio paso a un proceso progresivo de avances a nivel nacional, regional e internacional.

A nivel local, los esfuerzos de organizaciones de la sociedad civil en conjunción con los diferentes gobiernos por avanzar en la agenda de probidad y transparencia han situado a Chile en un lugar de reconocimiento por los avances en este campo, convirtiéndose en uno de los líderes de la región en políticas de acceso a la información pública con la entrada en vigencia de la LAIP y la creación del CT.

Sin embargo, es necesario reconocer que los impulsos por mejorar las condiciones en este ámbito han sido matizados, a su vez, por la apertura comercial de Chile hacia el exterior, en particular por las exigencias planteadas al país para ingresar a la OCDE⁴⁴, y por los casos de corrupción denunciados en distintos gobiernos⁴⁵. Además, debemos tener presente que es necesario un permanente desarrollo de su ámbito de actuación y el desafío de mantener los avances en el tiempo⁴⁶.

A nivel continental, desde finales de los 90 un total de 19 países de las Américas y el Caribe ya han sancionado leyes de acceso a la información pública⁴⁷, lo que refleja la tendencia regional de implementación de políticas de acceso y transparencia por parte de muchos otros países del nuevo continente.

Desde la dictación de la sentencia recaída en el caso *Claude Reyes vs. Chile*, ya ha transcurrido una década y mucho ha cambiado, su creciente reconocimiento ha derivado en la aprobación de normas, creación de nuevas instituciones e implementación de nuevas prácticas, abriendo camino a cambios sin precedentes en los niveles de transparencia y rendición de cuentas del Estado, y de participación ciudadana en el ámbito público⁴⁸.

⁴⁴ La Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) es una Organización intergubernamental que reúne a 34 países comprometidos con las economías de mercado y con sistemas políticos democráticos, que en su conjunto representan el 80% del PIB mundial.

⁴⁵ MUÑOZ, Alex (2008): “Transición a la democracia, políticas de probidad y mecanismos internacionales de protección de derechos humanos. El caso de Chile, en Transparencia y Probidad Pública”. En: *Estudios de caso en América Latina*, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, pp. 113 – 129.

⁴⁶ Acorde al principio de progresividad de los derechos humanos fundamentales.

⁴⁷ Antigua y Barbuda (2004); Argentina (2016); Belice (1994); Brasil (2011); Colombia (1985); Chile (2008); República Dominicana (2004); Ecuador (2004); El Salvador (2011); Guatemala (2008); Guyana (2013); Honduras (2006); Jamaica (2002); México (2002); Nicaragua (2007); Paraguay (2015); Panamá (2002); Perú (2002); San Vicente y las Granadinas (2003) y Trinidad y Tobago (1999).

⁴⁸ Instituto de Derechos Humanos (2012): “Derechos Humanos y acceso...”, p. 4.

De esta manera, la Corte ha contribuido con su sentencia no sólo a enfatizar el acceso a la información como un derecho humano, sino también a señalar principios elementales para diseñar un régimen que garantice el ejercicio efectivo del derecho de acceso a la información.

CAPITULO II: ANÁLISIS CONCEPTUAL DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACION PÚBLICA

2.1 Definiciones desde una perspectiva semántica

Diferenciar las nociones de “acceso a la información pública” y “transparencia”, exige inicialmente tener en cuenta el significado de los vocablos que constituyen estos conceptos. En este contexto, podemos observar que dentro del campo semántico, y considerando las definiciones del Diccionario de la Real Academia Española (en adelante DRAE), la voz “acceso” significa “entrada, llegada, aproximación, acercamiento”, desde el mismo enfoque, la voz “información” indica “comunicación o adquisición de conocimientos que permiten ampliar o precisar los que poseen sobre una materia determinada”, en tanto que lo “publico” se define como la “potestad, jurisdicción u autoridad para hacer algo, como contrapuesto a privado”; para concluir, en los términos del DRAE la “transparencia” se predica de aquello que posee la cualidad de transparente, es decir, del cuerpo a través del cual pueden verse los objetos claramente. Sin embargo, es necesario precisar que un concepto no es lo mismo que una definición, mientras que esta se encuentra en el plano lingüístico y está ligada a los significados de las palabras en el lenguaje, los conceptos se encuentran dentro de la epistemología y trascienden lo puramente lingüístico; es así como Heidegger se refiere a los mismos como “las representaciones en las que traemos ante nosotros un objeto o la totalidad de dominios de objetos en general”⁵³.

2.2 Concepto de “información pública”

En un siguiente paso, ahora en clave epistemológica (en un intento de avanzar más allá de los aportes de la lingüística, evidentemente incapaces para distinguir las nociones al nivel que se pretende), siendo precisamente en la que opera la ciencia del Derecho, el término “información pública” apunta, precisamente al objeto o alcance del derecho bajo análisis, en cuanto recae sobre la información que está bajo custodia, administración o tenencia del Estado;

⁵³ HEIDEGGER, M. (2006): *Conceptos fundamentales*, primera edición, segunda reimpresión, Madrid, Alianza Editorial, p. 25. Citado por RUA DELGADO, C. (2014) “Aproximación hermenéutica al principio de transparencia”. En: *Revista Colombiana Republicana*, N°17, p. 101

la información que el Estado produce o que está obligado a producir; la información que está bajo poder de quienes administran los servicios y los fondos públicos, únicamente respecto de dichos servicios o fondos; y la información que el Estado capta, y la que está obligado a recolectar en cumplimiento de sus funciones⁵⁴. En otras palabras, se trata del conjunto de datos que se encuentran en poder de organismos del Estado, a la información existente en una entidad pública, e incluye cualquier documento producido o conservado por una institución de carácter público⁵⁵. En este sentido, la resolución sobre los “Principios sobre el Derecho de Acceso a la Información” del Comité Jurídico Interamericano indica que el derecho de acceso a la información, “se refiere a toda la información significativa, cuya definición debe ser amplia, incluyendo toda la que es controlada y archivada en cualquier formato o medio”⁵⁶. Por su parte, la Asamblea General de la OEA, en su Ley Modelo Sobre el Acceso a la Información Pública (en adelante LMSAIP) ha reconocido 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”⁵⁷. En resumen, se puede definir a la “información pública” como toda aquella información que posee un organismo o institución pública, sin importar el formato, fecha en que fue creada, quien la creó o si ha sido clasificada o no⁵⁸.

Nuestra legislación nacional, en el artículo 5° del artículo 1° de la LAIP señala el ámbito de la información que es pública al establecer que: *“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*

⁵⁴ COMIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2009): *El Derecho de acceso a la Información en el Marco jurídico interamericano*. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 1/09. Párr. 21. Disponible en: <http://www.cidh.org/pdf%20files/RELEacceso.pdf>

⁵⁵ Estas nociones son aportadas por Transparencia Internacional, en sus Capítulos de Chile, Colombia y Paraguay. Véase CHILE TRANSPARENTE (2012): *Calidad del acceso a la información pública en Chile* (Santiago, Chile Transparente). pp. 15 s.

⁵⁶ Comité Jurídico Interamericano. Resolución 147 del 73° Período Ordinario de Sesiones: Principios sobre el Derecho de Acceso a la Información. 7 de agosto de 2008. Punto resolutivo 3. Disponible en: http://www.oas.org/cji/CJI-RES_147_LXXII-O-08_esp.pdf

⁵⁷ OEA. Asamblea General. AG/RES. 2607 (XL-O/10), a través de la cual acoge una “Ley modelo interamericana sobre acceso a la información”. Preámbulo. 8 de junio de 2010. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2607-2010.pdf

⁵⁸ MENDEL, Toby (2008): *Libertad de información: comparación jurídica*, 2ª edición (Traducc. Sam DuBois) (París, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura UNESCO). p. 3.

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”.

Al respecto, la doctrina ha señalado que la redacción es confusa, pues se observa que se dan tres conceptos de lo que es público, que, siguiendo el orden del artículo, van desde una concepción más restringida a una más amplia.

Así, el primer inciso dispone que 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. Tomas Vial analizando en detalle esta situación aprecia que “esta definición, en lo medular, es heredera de la contenida en el artículo 13 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración, incorporado por la Ley 19.653 sobre probidad administrativa del 14 de diciembre de 1999”⁵⁹. Además, afirma que esta definición claramente “restringe el acceso a la información respecto al ámbito total de la información que está en poder de la Administración, que no necesariamente siempre puede relacionarse con un acto administrativo particular; por ejemplo, una minuta interna de asesoría a un ministro, los resultados de un estudio hecho por un servicio (los que pueden o no dar origen a una decisión o política determinada, algo que puede ser incierto). Adicionalmente, de seguirse esta definición, dentro de un procedimiento determinado, si el acto administrativo no se llega a dictar, en principio, la información relacionada nunca sería pública”⁶⁰.

Luego el segundo inciso del mismo artículo da dos definiciones más amplias. La primera dispone que es pública la información elaborada con presupuesto público. En este sentido Tomas Vial sostiene que “esto sin duda es más comprehensivo pues, primero, se habla de información y no de una determinada actuación de Estado y, segundo, dado el principio de legalidad presupuestaria, es difícil imaginar que haya actuaciones del Estado que no sean consecuencia de una determinación presupuestaria contemplada en el respectivo presupuesto institucional. La segunda definición es la más comprensiva, pues dispone que será pública toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su

⁵⁹ VIAL, Tomas (2010): “La Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública: Esquema general y regulación del derecho de acceso a la información”, En: *Anuario de Derecho Público*, p. 120. [citado el 2 enero de 2017]. http://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/08_Vial.pdf

⁶⁰ *Ibíd.*: p. 121.

formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas”⁶¹. Pero como bien señala el ya citado autor “la existencia de tres definiciones es confusa y da pie para interpretaciones erróneas”⁶²⁶³.

2.3 Concepto de “acceso a la información pública”

Siguiendo desde el enfoque jurídico, el “acceso a la información pública” -como señala la doctrina- es la prerrogativa que tiene el ciudadano de “acceder”⁶⁴ a la información que poseen las entidades de naturaleza pública, destacando que este “acceder” se materializa de dos formas: “mostrar” sin que medie requerimiento de información, como ocurre con la figura de la transparencia activa; o “permitir ver” (o derecho de “saber”⁶⁵), que se manifiesta cuando la persona expresamente pide la información al organismo del Estado, facultad que se identifica como el “derecho de acceso a la información pública”⁶⁶.

2.4 Concepto de “transparencia” en lo público.

En un primer paso según el DRAE, se dice que algo es transparente cuando a través de él pueden verse los objetos claramente. Centrándonos en el plano del derecho (precisamente, en el ámbito de lo público), esa transparencia se materializa cuando el Estado permite a la ciudadanía conocer el por qué, cómo actúa y que decisiones adopta, facultando así a cualquier persona para evaluar y fiscalizar directamente el respeto al principio de probidad (incentivando de esta manera

⁶¹ *Ibíd.*: p. 121.

⁶² *Ibíd.*: p. 121.

⁶³ Como ocurrió, a nuestro juicio, en los casos de solicitud de acceso a información relevante contenida en correos electrónicos institucionales, que interpretando de manera restringida, con base sólo en el primer inciso del artículo de la LAIP, la jurisprudencia nacional ha denegado el acceso, limitando el ámbito de aplicación del derecho de acceso a la información pública. Véase: los fallos del TC rol- 2153-11 y 2246-12 y el estudio que se realiza al respecto por MORENO CARRASCO, diego (2015): “Acceso a la información pública y correos electrónicos de los funcionarios públicos en Chile”. En: Revista Chilena de Derecho y Tecnología. [citado el 12 de octubre de 2016]. www.rchdt.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/download/36228/39143

⁶⁴ CARBONELL, Miguel (2016): “Transparencia y acceso a la información”, [citado el 12 de diciembre de 2016]. Disponible en: http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Transparencia_y_Acceso_a_la_Informacion.shtml

⁶⁵ MENDEL, Toby (2008): *Libertad de información...*, p. 14

⁶⁶ CHILE TRANSPARENTE (2012): *Calidad del acceso a la información...*, p. 14.

su participación en la gestión pública), inhibiendo de paso las conductas contrarias a la probidad por parte de los servidores públicos⁶⁷.

2.5 Relación entre la transparencia y el acceso a la información pública.

Conforme a lo ya explicado, considerando que la transparencia está dirigida a permitir que cualquier persona conozca por qué, cómo actúa y qué decisiones adoptan los organismos del Estado, podemos observar que esa transparencia se manifiesta en un “mostrar” o en un “permitir ver”. En este contexto, tenemos que el acceso a la información pública es una herramienta para alcanzar la transparencia, herramienta que cumple su rol buscando alcanzar dos objetivos *i*) que las entidades del Estado divulguen de manera permanente información sin mediar requerimiento expreso de un ciudadano (“mostrar”), situación que se enmarca dentro de la transparencia activa, y *ii*) que las entidades del Estado, en relación con aquella información en su poder que la ley no obliga a publicar activamente, entreguen los datos que sean requeridos por cualquier ciudadano (siempre que no corresponda por encontrarse dentro de las excepciones jurídicamente admitidas, como ocurre por ejemplo, en los casos de colisión con el derecho a la privacidad), situación que se enmarca dentro del “derecho de acceso a la información pública” propiamente tal (lo que involucra un “permitir ver” o derecho de “saber”). En consecuencia, el acceso a la información pública se identifica como un mecanismo central en favor del logro de la transparencia en lo público.

2.6 Concepto de derecho de acceso a la información pública

El texto de la LAIP, al establecer los alcances del derecho de acceso otorga una serie de garantías a toda persona que solicite información a cualquier autoridad pública. En este marco, son varios los conceptos que desde la órbita de lo jurídico (y más concretamente desde el punto de vista de la LAIP en conjunto con lo estipulado dentro del Caso Claude Reyes) debemos identificar a efecto de construir una noción coherente del derecho de acceso a la información en poder del Estado. A continuación, realizaremos este trabajo de identificación.

⁶⁷ RAJEVIC (2009): *Manual de transparencia y probidad de la Administración del Estado*, 2ª edición (Santiago, Ministerio Secretaría General de la Presidencia). p. 23.

Un primer punto a observar, es que el término acceso implica “buscar” o “recibir” información. Pero “buscar” o “recibir” información no de cualquiera: de una autoridad pública o de quienes ejercen funciones públicas. Puntualmente, como señalamos en el primer capítulo de esta obra, dentro del fallo en el *Caso Claude Reyes*, la Corte estimo que el artículo 13 de la CADH, al estipular expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” informaciones, protegía 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 misma Convención. Consecuentemente (dice la Corte IDH), este artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pudiese tener acceso a conocer esa información o recibir una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado limitara el acceso a la misma para el caso concreto⁶⁸.

En este contexto, como ya señalamos anteriormente, uno de los avances más importantes en materia de derecho de acceder a la información en poder del Estado, dentro del marco del mencionado fallo, consistió en que por primera vez un tribunal internacional reconoció el carácter fundamental del citado derecho en su doble vertiente, como derecho individual de toda persona descrito en la palabra “buscar” y como obligación positiva del Estado para garantizar el derecho a “recibir” la información solicitada, avance que a su vez identifica a la noción de “buscar” como parte de la ciudadanía interesada en la participación en los asuntos públicos (y que se efectiviza, por ejemplo, a través de las leyes nacionales de transparencia en lo público), y a la noción de “recibir” como elemento integrante de la obligación estatal que forma parte de sus deberes como organización representativa.

En segundo lugar, en cuanto a su naturaleza como derecho, el acceso a la información es un derecho humano fundamental y una condición esencial para todas las sociedades democráticas. En efecto, el carácter de derecho humano fundamental está ampliamente reconocido en la doctrina y en el marco de diversos instrumentos y organizaciones internacionales, incluyendo el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

⁶⁸ CIDH. Caso Claude Reyes y otros contra Chile, Sentencia de 19 de septiembre de 2006, párrafo 77.

(cuyos pilares son la CIDH y la COMIDH)⁶⁹ y el Sistema ONU⁷⁰. Igualmente, la LMSAIP subraya que, dentro del fallo originado en el Caso Claude Reyes, se reconoció formalmente el derecho de acceso a la información como parte del derecho fundamental a la libertad de expresión.

En tercer lugar, en cuanto a la legitimación activa (en referencia a la persona como titular del derecho), la sentencia en el Caso Claude Reyes fortaleció como estándar internacional la premisa de que este derecho correspondía a toda persona. En consecuencia, la información solicitada 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 restricción⁷¹. Es pertinente agregar que el régimen de acceso a la información pública, reconoce una legitimación activa amplia que admite el ejercicio del derecho por cualquier persona independientemente, por ejemplo, de su condición migratoria, y permite la protección incluso de intereses difusos⁷².

En cuarto lugar, respecto a la legitimación pasiva (en referencia a los sujetos obligados a suministrar información o responder), para la LAIP ésta le corresponde a la “Autoridad Pública”, identificando como tal a cualquier autoridad gubernamental y “a las organizaciones privadas comprendidas en el artículo 3 del artículo 1° de esta ley”. Precisamente, el citado artículo estipula que la LAIP *“se aplica a toda 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”*.

Finalmente, en cuanto al objeto del derecho, nos corresponde determinar la noción de “información”. Desde una perspectiva estrictamente lingüística, el DRAE afirma que la

⁶⁹ Reconocimiento derivado, por ejemplo, del Capítulo I Artículo IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, del Artículo 13 numeral 1° de la CADH y de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de 2000.

⁷⁰ Reconocimiento derivado, por ejemplo, del artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas (que entró en vigencia el año de 1976).

⁷¹ CIDH, Caso Claude Reyes y otros contra Chile, Sentencia de 19 de septiembre de 2006, párrafo 77.

⁷² COMIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2007): *Estudio especial...*, p. 33.

expresión “información” indica “comunicación o adquisición de conocimientos que permiten ampliar o precisar los que se poseen sobre una materia determinada”. Desde el punto de vista teórico, la doctrina lo define como “el conjunto de datos que disminuyen la incertidumbre en los individuos y les producen bienestar humano, social y económico, pues permite la comunicación y facilita la toma de decisiones. Representando por sí misma la esencia de este derecho fundamental y un factor determinante del desarrollo del individuo y la sociedad”⁷³, ahora bien, respecto a la información que puede ser objeto de acceso (es decir, que debe ser suministrada o respondida en caso de requerimiento) por parte de los sujetos obligados de quienes se predica la legitimación pasiva, el concepto aplicable es más restringido pues no abarca cualquier tipo de “información”, incluyendo solo aquel conjunto de datos de naturaleza “pública”. En este orden de ideas, observamos que la “información pública” es toda aquella información que posee un organismo o institución pública, o las instituciones privadas o de otra índole que actúan con capacidad Estatal o ejercen funciones públicas, sin importar el formato, la fecha en que fue creada, quién la creó o si ha sido clasificada o no⁷⁴.

En resumen, hemos identificado diversos conceptos insertos en la noción “derecho de acceso a la información pública”: la noción de “acceso” y su naturaleza de derecho humano fundamental; al titular del derecho y a los sujetos obligados a suministrar información o responder (legitimación activa y legitimación pasiva); y la naturaleza de la información que se puede suministrar. En este orden de ideas, podemos definir el derecho de acceso a la información pública como el derecho humano fundamental que tiene cualquier persona, para buscar o recibir cualquier tipo de dato (con independencia del formato o medio de control y archivo) en poder de una Autoridad Pública, ya sea autoridades gubernamentales u organizaciones privadas (en este último caso, organizaciones que reciban fondos o beneficios públicos sustanciales 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), acceso restringido solo por las excepciones taxativas que establezca una sociedad democrática.

⁷³ “La reducción de la incertidumbre es un elemento esencial, de hecho hay una curva donde la sobre exposición a ella la desnaturaliza”. REYES OLMEDO, Patricia (2016): apuntes de clases.

⁷⁴ CHILE TRANSPARENTE (2012): *Calidad del acceso a la información pública en Chile*, Chile transparente, Santiago, p. 14. [citado el 10 de enero de 2016]. Disponible en: http://www.cplt.cl/consejo/site/artic/20130820/asocfile/20130820152206/calidad_del_acceso_a_la_informacion_publica_en_chile.pdf

CAPITULO III: PRINCIPIO DE MÁXIMA DIVULGACIÓN. EL PRINCIPIO RECTOR EN EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

3.1 Principio rector del derecho de acceso a la información pública

Según la doctrina nacional y organismos internacionales, el principio clave que debe regir a la gestión estatal en el diseño e implementación de un marco jurídico que garantice el ejercicio pleno y efectivo del derecho de acceso a la información pública, es el principio de máxima divulgación⁷⁵.

3.2 Principio de máxima divulgación o transparencia

Toby Mendel, le otorga al principio de máxima divulgación, el carácter de “principio clave que fundamenta” el acceso a la información, que presupone que toda información en poder de las entidades públicas debe estar sujeta a la divulgación, premisa que sólo puede superarse cuando hay un riesgo mayor en perjuicio para un interés legítimo público o privado; por virtud de lo anterior, para la doctrina el alcance de este acceso debe ser tan amplio como la gama de información y entidades respectivas, así como los individuos que puedan reclamar el derecho⁷⁶.

Como vimos en el primer capítulo de esta obra, el reconocimiento como derecho humano fundamental, que la jurisprudencia y diversos organismos e instrumentos internacionales otorga al acceso a la información pública (contenido dentro del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión), lo cual también es compartido por la doctrina. En este orden de ideas, Toby Mendel señala que reconocer el carácter de derecho humano fundamental del acceso a la información en poder de organismos públicos, implica destacar que a este derecho debe darse vigencia a nivel nacional mediante una legislación integral (por ejemplo leyes sobre la libertad de información) con base, precisamente, en el principio de máxima divulgación,

⁷⁵ SANZ SALGUERO, Francisco Javier (2016): “Relación entre la protección de los datos personales y el derecho de acceso a la información pública”. En: *Revista Iut et Praxis*, Año 22, N° 1, pp. 38 y ss. Cfr. Véase también: CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. (2012): *El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano*, 2° edición OEA/Ser. L/V/II. CIDH/RELE/INF. 9/12, pp. 4-8. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/ACCESO%20A%20LA%20INFORMACION%202012%20da%20edicion.pdf>

⁷⁶ MENDEL, Toby (2008): *Libertad de información...*, p. 33.

estableciendo la suposición de que toda información está accesible, con sujeción apenas a un sistema escueto de excepciones⁷⁷.

Asimismo, la doctrina propone las siguientes obligaciones derivadas del principio de la máxima divulgación: “en primer lugar, los órganos públicos tienen el deber de divulgar información y toda persona tiene el correspondiente derecho de recibirla; en segundo término, las personas presentes en el territorio de un país gozan de este derecho; en tercer lugar, el ejercicio del derecho no depende de que se demuestre un interés específico en la información; y por último, la denegación al acceso a la información, por parte de la autoridad pública, debe ser justificada en cada etapa del procedimiento, es decir, la autoridad pública debe demostrar que la información que desea retener está comprendida en el régimen restringido de excepciones”⁷⁸.

Como correctamente señala la doctrina, dentro del sistema interamericano ha sido reconocido como un principio rector del derecho a buscar, recibir y difundir informaciones contenido en el artículo 13 de la Convención Americana. Debemos resaltar que en la sentencia dictada en el caso *Claude Reyes vs Chile*, se reconoce expresamente el principio de máxima divulgación o transparencia que debe regir el actuar de los Estados⁷⁹, Por lo que, la Corte Interamericana ha establecido en su jurisprudencia que el derecho de acceso a la información debe estar regido por el principio de máxima divulgación, el cual ordena diseñar un régimen jurídico en el cual “toda la información en poder del Estado se presuma pública y accesible, sometida a estrictas y limitadas excepciones”⁸⁰. En idéntico sentido, la CIDH ha explicado que, en virtud del artículo 13 de la Convención Americana, el derecho de acceso a la información se

⁷⁷ Esta opinión se deriva de la Declaración Conjunta adoptada por el Relator Especial de la ONU para la libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (en adelante OSCE) sobre la Libertad de los Medios de Comunicación Social y el Relator de la OEA sobre la Libertad de Expresión en 2004. Véase MENDEL, Toby (2008): *Libertad de información...*, p. 33.

⁷⁸ Estas obligaciones derivadas del principio de la transparencia máxima, son planteadas por Article 19 (organización independiente de derechos humanos que trabaja a nivel global para *proteger* y *promover* el derecho a la libertad de expresión) en su obra “El derecho a saber de la gente: Los principios de la legislación en materia de libertad de información”, texto que ha sido tenido en cuenta por autores (como Toby Mendel) y organizaciones (como el Centro de Archivos y Acceso a la Información Pública CAinfo) dentro del trabajo de construcción de los principios en materia de acceso a la información pública. Véase SANZ SALGUERO, Francisco Javier (2016): “Relación entre la protección...”, p. 333.

⁷⁹ La CIDH, luego de destacar la relación existente entre el carácter representativo del sistema democrático, enfatizó 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 Corte IDH., *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 92.

⁸⁰ CIDH. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219. Párr. 230. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf

debe regir por el principio de la máxima divulgación⁸¹. Asimismo, el Comité Jurídico Interamericano ha establecido que “toda información es accesible en principio. El acceso a la información pública es un derecho fundamental que establece que toda persona puede acceder a la información en posesión de órganos públicos, sujeto sólo a un régimen limitado de excepciones”⁸². A su vez, la LMSAIP, adoptada por la Asamblea General de la OEA, parte de este principio cuando establece “la más amplia aplicación posible del derecho de acceso a la información que esté en posesión, custodia o control de cualquier autoridad pública”. Específicamente, la ley se basa en el principio de máxima divulgación, de tal manera que “cualquier información en manos de instituciones públicas sea completa, oportuna y accesible, sujeta a un claro y preciso régimen de excepciones, las que deberán estar definidas por ley y ser además legítimas y estrictamente necesarias en una sociedad democrática”⁸³.

Por otra parte, de este principio derivan las siguientes consecuencias: “en primer lugar, el derecho de acceso a la información debe ser sometido a un régimen limitado de excepciones, el cual debe ser interpretado de manera restrictiva, de forma tal que se favorezca el derecho de acceso a la información; en segundo lugar, toda decisión negativa debe ser motivada y, en este sentido, corresponde al Estado la carga de probar que la información solicitada no puede ser revelada; y en tercer lugar, ante una duda o vacío legal, debe primar el derecho de acceso a la información”⁸⁴.

Por último, vale destacar que dentro del ordenamiento jurídico nacional el principio de máxima divulgación o transparencia se encuentra expresamente reconocido en la LT, en su artículo 11 letra d, al establecer que “*los órganos de la Administración del Estado deben proporcionar información en los términos más amplios posibles, excluyendo sólo aquello que esté sujeto a las excepciones constitucionales o legales*”.

⁸¹ COMIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Claude Reyes y otros. Transcritos en: Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151. Párr. 58 c).

⁸² Comité Jurídico Interamericano. Resolución 147 del 73º Período Ordinario de Sesiones: Principios sobre el Derecho de Acceso a la Información. 7 de agosto de 2008. Punto resolutivo 1. Disponible en: http://www.oas.org/cji/CJI-RES_147_LXXII-O-08_esp.pdf

⁸³ OEA, Asamblea General. AG/RES. 2607 (XL-O/10), a través de la cual acoge una “Ley modelo interamericana sobre acceso a la información”. 8 de junio de 2010. Artículo 2. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2607-2010.pdf

⁸⁴ COMIDH. Relatoría Especial (2012): *El acceso a la información en el marco...*, p. 4.

A continuación se realiza un desarrollo pormenorizado de las consecuencias derivadas del principio de máxima divulgación y transparencia, por la doctrina y organismos internacionales (en especial aquellos planteados por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la COMIDH), para finalizar contrastándolo con la normativa chilena vigente, relativa a esta materia.

3.2.1 Primera consecuencia: el derecho de acceso a la información es la regla y el secreto la excepción

Según la teoría general de los derechos fundamentales en la que se enmarca esta investigación, todo derecho fundamental es relativo, por lo que puede estar sujeto a limitaciones. Sin embargo, “dichas limitaciones deben dar estricto cumplimiento a los requisitos de verdadera excepcionalidad, consagración legal, objetivos legítimos, necesidad y estricta proporcionalidad, derivados del artículo 13.2 de la Convención Americana”⁸⁵. En ningún caso, las excepciones deben convertirse en la regla general; debiendo entenderse, para todos los efectos, que el acceso es la regla, y el secreto la excepción. Asimismo, debe quedar claro en la legislación interna el carácter transitorio de la reserva, es decir, que se mantendrá solamente mientras la publicación pueda efectivamente afectar los bienes que se protegen con el secreto. Esto significa que el “secreto debe estar sujeto a un plazo razonable, vencido el cual, el público tendrá derechos a conocer la respectiva información”⁸⁶.

En el mismo orden de ideas, la Corte Interamericana, respecto de los límites, ha destacado en su jurisprudencia que el principio de máxima divulgación “establece la presunción de que toda información es accesible, sujeta a un sistema restringido de excepciones”⁸⁷, las cuales

⁸⁵ En este preciso sentido, el principio 4 de la Declaración de Principios dispone que, “el acceso a la información (...) sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas”. Cita extraída de “Acceso a la información en el marco interamericano”. En: *Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (2012), p. 4.

⁸⁶ CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. (2012): *El derecho de acceso a la información pública en las Américas. Estándares Interamericanos y comparación de marcos legales*, OEA/Ser. L/V/II. CIDH/RELE/INF.7/12., pp. 7-8. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/El%20acceso%20a%20la%20informacion%20en%20las%20Américas%202012%2005%2015.pdf>

⁸⁷ Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151. Párr. 92. En el mismo sentido, en la Declaración Conjunta de 2004, los relatores para la libertad de expresión de la ONU, la OEA y la OSCE han explicado que, este principio “establece la presunción de que toda la información es accesible, sujeto

“deben estar previamente fijadas por ley”⁸⁸, responder a un objetivo permitido por la Convención Americana⁸⁹, y “ser necesarias en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo”⁹⁰.

En virtud de este principio, la Asamblea General de la OEA, en la LMSAIP ha reconocido que “el derecho de acceso a la información está basado en el principio de máxima divulgación de la información” y, en consecuencia, “las excepciones al derecho de acceso a la información deberán ser claras y específicamente establecidas por ley”⁹¹.

Por último, debemos señalar que el principio que establece que el acceso a la información es la regla y el secreto la excepción, se encuentra contemplado en casi todos los países de América, a través del principio de publicidad o transparencia. “La publicidad como regla se encuentra prevista en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de los distintos países del continente americano”⁹².

En este contexto, vale destacar que en el sistema jurídico nacional se encuentra previsto, a nivel constitucional dentro del principio de publicidad de la información pública, consagrado en el artículo 8º, inciso segundo de la Constitución Política el cual dispone que “*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*

solamente a un sistema restringido de excepciones”. Disponible en: <http://www.cidh.org/relatoria/showarticle.asp?artID=319&IID=2>

⁸⁸ CIDH. Caso Claude Reyes y otros. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151. Párr. 89.

⁸⁹ CIDH. Caso Claude Reyes y otros. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151. Párr. 90.

⁹⁰ CIDH. Caso Claude Reyes y otros. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151. Párr. 91. Asimismo: CIDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135. Párr. 85; Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111. Párr. 96; Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107. Párrs. 121 y 123; y La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5. Párr. 46. En similar sentido, la Resolución CJI/RES.147 (LXXIII-O/08) del Comité Jurídico Interamericano sobre los “Principios sobre el Derecho de Acceso a la Información”, establece en el numeral 1 que: “Toda información es accesible en principio. El acceso a la información es un 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”. Disponible en: http://www.oas.org/cji/CJI-RES_147_LXXIII-O-08_esp.pdf.

⁹¹ OEA, Asamblea General, Resolución AG/RES. 2607 (XL-O/10), a través de la cual acoge una “Ley modelo interamericana sobre acceso a la información”. 8 de junio de 2010. Párrs. 3-4. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2607-2010.pdf

⁹² Guatemala, Panamá, El Salvador, Ecuador, Perú, Nicaragua, Chile, México, Colombia, República Dominicana, Jamaica, Canadá, Estados Unidos, Trinidad y Tobago y Argentina (a nivel jurisprudencial). Para más información véase: CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2012): *El acceso a la información pública...*, p. 9 y ss.

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.”. Y a nivel legal se encuentra regulado en la LAIP, en su artículo 4º, inciso 2, del artículo 1º al establecer que “el principio de transparencia de la función pública consiste en respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley”. Además, el artículo 11, letra b de la misma ley, al consagrar el principio de apertura o transparencia, “conforme al cual toda la información en poder de los órganos de la Administración del Estado se presume pública, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas”.

3.2.1.1 La limitación de excepciones

Considerando que el acceso a la información es la regla y el secreto es la excepción, a continuación se pretende identificar a las excepciones y precisar su alcance. Reconociendo que determinar la extensión legítima de las excepciones al derecho de acceder a la información es una tarea compleja ya que, desde la moderna teoría de decisiones⁹³, por un lado, “un sistema de excepciones demasiado amplio puede perjudicar gravemente el derecho y, por otro lado, todos los intereses legítimos de confidencialidad deben ser atendidos adecuadamente (porque de otra manera se requerirá legalmente que las entidades públicas divulguen información, aunque esto cause algún tipo de perjuicio)”⁹⁴.

En este orden de ideas, “la posibilidad de fijar los alcances de una excepción al acceso a la información exige tener en cuenta, en su conjunto, una serie de factores que permitan su delimitación: en primer lugar, las excepciones deben ser concordantes con las normas insertas en leyes internacionales sobre la restricción de la libertad expresión y, en segundo término, diferentes leyes sobre el derecho al acceso reconocen distintas finalidades legítimas que pueden ser tema de excepción”⁹⁵. Del estudio de estos factores, Sanz Salguero, ha propuesto lo que ha

⁹³ “En efecto, para cualquier toma de decisión podemos prever la posibilidad de cometer dos tipos de errores: uno es el resultado de una mala decisión y el otro es el que impide adoptar una decisión correcta”. “Desde la teoría de la toma de decisiones, el diseño de cualquier escenario de toma de decisiones debe necesariamente resolver el problema de la probabilidad comparativa del daño (daño esperado) entre ambos tipos de errores”. Véase: SCHAUER, Frederick (2014): “Transparencia en tres dimensiones”. En: *Revista de Derecho de Valdivia*, Vol. XXVII, N° 1, pp. 94-96.

⁹⁴ SANZ SALGUERO, Francisco Javier (2016): “Relación entre la protección...”, pp. 335.

⁹⁵ *Ibíd.*: pp. 335.

denominado como los requisitos esenciales de las excepciones al acceso de la información⁹⁶. A continuación revisaremos los factores enunciados, para luego, a partir de este estudio, analizar las limitaciones del derecho de acceso a la información pública, en el ordenamiento jurídico nacional.

En primer lugar, el autor señala que “las excepciones deben ser concordantes con las normas insertas en leyes internacionales sobre la restricción de la libertad de expresión, este factor tiene en cuenta la enunciada complejidad para determinar la extensión de las excepciones al derecho de acceso a la información, lo que implica que las excepciones deben disponerse por vía legal y con el fin de proteger un interés reconocido como legítimo bajo el derecho internacional, siendo ambos criterios reconocidos específicamente en varias declaraciones internacionales”⁹⁷. Como ejemplos del reconocimiento de estos criterios originado en instrumentos supranacionales, tenemos el principio 3 de la Mancomunidad de Naciones (*Commonwealth of Nations*) según el cual las excepciones al derecho de acceso deben ser “limitadas” y “formuladas en términos estrechos”, y la Declaración de principios sobre la libertad de expresión de la CIDH, declaración que considera que el acceso a la información pública “sólo admite limitaciones excepcionales que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas”⁹⁸.

En sintonía con lo explicado, “este asunto fue objeto de extensa elaboración por parte de la Sentencia promulgada por la Corte IDH dentro del Caso Claude Reyes, decisión según la cual el derecho de acceso a la información bajo el control del Estado admite restricciones, estableciéndose que la restricción establecida por ley debe responder a una finalidad permitida por la CADH”⁹⁹; al respecto, la misma sentencia subraya que el artículo 13.2 de la CADH permite que se realicen restricciones necesarias para asegurar “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” o la “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”¹⁰⁰.

⁹⁶ *Ibíd.*: pp. 335-339.

⁹⁷ *Ibíd.*: p. 335; MENDEL (2008): *Libertad de información...* p. 37

⁹⁸ Principio 4, Declaración de principios sobre libertad de expresión, CIDH. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/basicos/basicos13.htm>

⁹⁹ SANZ SALGUERO, Francisco Javier (2016): “Relación entre la protección...”, p. 336.

¹⁰⁰ Corte Interamericana de derechos Humanos. Caso Claude Reyes y otros contra Chile, Sentencia de 19 de septiembre de 2006, párr. 88 a 92.

En segundo lugar, “diferentes leyes sobre el derecho al acceso reconocen distintas finalidades legítimas que pueden ser tema de una excepción: el estudio de este factor (dentro del intento por fijar los alcances de las excepciones al acceso a la información pública) implica proponer los posibles motivos para restringir el derecho al acceso formulando paralelamente, los mecanismos que nos permitan determinar si deben aplicarse o no estos motivos”¹⁰¹. En este orden de ideas y a título de referencia, la Recomendación 2002 del Comité de Ministros del Consejo de Europa (Recomendación COE) elabora una lista de los posibles motivos para restringir el derecho a la información en su principio IV (titulado “Posibles limitaciones para el acceso a los documentos oficiales”), a fin de que los Estados miembros puedan limitar el derecho de acceder a los documentos de naturaleza pública. Precisamente, este Principio IV determina (sin entrar a explicar el contenido de cada uno de estos motivos) que “las limitaciones deben establecerse con precisión por vía legal, deben ser necesarias en una sociedad democrática y deben ser proporcionales a la finalidad de proteger¹⁰²: la seguridad nacional, defensa y relaciones internacionales; la seguridad pública; la prevención, investigación y procesamiento de actividades criminales; la privacidad y otros intereses privados legítimos; los intereses comerciales y otros económicos, sean particulares o públicos; la igualdad de las partes en procesos judiciales; la naturaleza; la inspección, control y supervisión por las autoridades públicas; las políticas económicas, monetarias y cambiarias del Estado; y la confidencialidad de las deliberaciones dentro o entre las autoridades públicas durante la elaboración interna de un asunto”.

“Sin embargo, no es legítimo negar el acceso a la información simplemente porque se relacione con alguno de los intereses enumerados, ya sea los anotados en la Recomendación COE, o en otros patrones jurídicos, como por ejemplo los señalados en el capítulo IV de la LMSAIP”¹⁰³¹⁰⁴. “En este sentido, un punto de partida para determinar cuando estamos frente a un interés que debe ser objeto de excepción, podemos encontrarlo en los siguientes principios de la legislación en materia de libertad de información formulados por la organización *Article 19*, principios en los que se reconoce una prueba en tres partes para las excepciones¹⁰⁵: “i) la

¹⁰¹ SANZ SALGUERO, Francisco Javier (2016): “Relación entre la protección...”, p. 336.

¹⁰² COUNCIL OF EUROPE (2003): p. 5. Citado y traducido por SANZ SALGUERO, Francisco (2016): “Relación entre la protección de los datos personales y el derecho de acceso a la información pública dentro del marco del derecho comparado”. En: *Revista Ius et Praxis*, Año 22, N°1, p. 336.

¹⁰³ SANZ SALGUERO, Francisco Javier (2016): “Relación entre la protección...”, p. 337

¹⁰⁴ La LMSAIP, fue objeto de aprobación en su cuarta versión mediante resolución AC/RES. 2607 (XL-O/10) del ocho de junio del 2010 en la Asamblea de la OEA. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/CP-CAJP-2840-10_Corr1_esp.pdf.

¹⁰⁵ SANZ SALGUERO, Francisco Javier (2016): “Relación entre la protección...”, p. 337

información debe relacionarse con una finalidad legítima enumerada en la ley; ii) la divulgación debe plantear la amenaza de un perjuicio sustancial para esa finalidad; y iii) el perjuicio para la finalidad debe ser mayor al interés público en contar con la información”.

En sintonía con los requerimientos propuestos en la prueba de tres, diversas declaraciones internacionales reconocen que el acceso puede involucrar dos situaciones: por un lado, la presencia de un riesgo de perjuicio y, por otro lado, la posibilidad de acceso en el interés público, no obstante, semejante riesgo de perjuicio. En este contexto, el numeral 2º Principio IV de la Recomendación COE reconoce tanto la necesidad del perjuicio y el interés público superior, estimando que “el acceso a un documento podrá negarse si la divulgación de la información contenida en el documento oficial perjudicaría o probablemente perjudicaría alguno de los intereses mencionados en el Párrafo 1, a menos que haya un interés público más fuerte a favor de su divulgación”¹⁰⁶. Igualmente, el convenio de Aarhus estipula que puede denegarse una solicitud de información, en caso de que su divulgación eventualmente tenga efectos desfavorables sobre una serie de intereses enumerados expresamente¹⁰⁷; el mismo convenio, reconoce una forma de interés público superior, al disponer que “los motivos de denegación antes mencionados deberán interpretarse de manera restrictiva teniendo en cuenta el interés que la divulgación de las informaciones solicitadas tendría para el público y según que esas informaciones guarden o no relación con las emisiones al medio ambiente”¹⁰⁸. Finalmente, Toby Mendel¹⁰⁹ nos recuerda que la Declaración Conjunta de los mandatos especiales aplica el enfoque doble del “perjuicio” e “interés público superior”, anotando que en esta Declaración se afirma que “el derecho de acceso debe estar sujeto a un sistema estrecho y cuidadosamente elaborado de excepciones para proteger los intereses públicos y privados superiores” agregando además que “las excepciones deben ser aplicables únicamente cuando haya riesgo de un perjuicio sustancial para el interés protegido y cuando ese perjuicio sea mayor al interés público global de poder acceder a la información”¹¹⁰.

¹⁰⁶ COUNCIL OF EUROPE (2003): p. 5. Citado y traducido por SANZ SALGUERO, Francisco (2016): “Relación entre la protección...” p. 337.

¹⁰⁷ Artículo 4º, Convenio sobre el acceso a la información, la participación en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente (Convenio de Aarhus).

¹⁰⁸ *Ibid.*: Artículo 4º

¹⁰⁹ Esta opinión se deriva de la Declaración Conjunta adoptada por el Relator Especial de la ONU para la libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la OSCE sobre la Libertad de los Medios de Comunicación Social y el Relator de la OEA sobre la Libertad de Expresión en 2004. Véase MENDEL (2008): *Libertad de información...*, p. 38.

¹¹⁰ SANZ SALGUERO, Francisco (2016): “Relación entre la protección...” p. 338.

3.2.1.2 Requisitos esenciales de las excepciones al acceso de la información

Dado lo complejo del tema, Sanz Salguero reconoce que “no es posible establecer con certeza absoluta cual es la extensión de las excepciones en materia de acceso a la información. Sin embargo, con base en lo comentado en los factores anteriores, es posible proponer los requisitos esenciales que se deben cumplir en el campo de las limitaciones a dicho acceso”¹¹¹. En este orden de ideas, los requisitos que deben ser tenidos en cuenta en este ámbito, son sintetizados por el mismo autor de la siguiente manera: “en primer lugar, las excepciones deben ser concordantes con las normas insertas en leyes internacionales sobre la restricción de la libertad de expresión, afirmación que es respaldada al tenor de diversos instrumentos, normas y jurisprudencia supranacional; en segundo término, las limitaciones deben establecerse con precisión en la normativa de cada Estado, subrayando que cada excepción tutela un interés específico; finalmente, las excepciones deben ser aplicables únicamente cuando haya riesgo de un perjuicio substancial para el interés protegido, perjuicio que debe ser mayor al interés público de poder acceder a la información”¹¹².

Un aspecto adicional a observar es que, a pesar de la aplicación de los anteriores requisitos y por cuidadosa que sea la elaboración de un régimen de excepciones, siempre habrá casos en los cuales el interés público superior requiere la divulgación de la información, aunque esto cause algún perjuicio para el interés protegido. Igualmente, cuando sólo parte de un registro sea confidencial, el resto debería divulgarse (de ser posible), aspecto que se apoya por ejemplo en el Principio VII de la Recomendación COE¹¹³.

Un último aspecto para determinar la extensión de las excepciones al derecho de acceso a la información, lo constituyen los límites generales del tiempo para retener la información, límites que pueden ayudar a asegurar que los perjuicios de antaño no sigan manteniendo la información en secreto indefinidamente. Lo anterior, subrayando que en muchos casos el riesgo del perjuicio que originalmente justificaba la limitación, desaparece o se reduce sustancialmente con el tiempo¹¹⁴.

¹¹¹ *Ibíd.*: p. 338.

¹¹² *Ibíd.*: p. 339.

¹¹³ COUNCIL OF EUROPE (2003): pp. 6 s. Citado y traducido por SANZ SALGUERO, Francisco (2016): “Relación entre la protección...” p. 339.

¹¹⁴ MENDEL, Toby (2008): *Libertad de información...*, p. 39.

Finalmente, al revisar la normativa interna vigente, podemos comprobar que en Chile, las limitaciones son la excepción, en la medida que el artículo 21 del artículo 1º de la LAIP, dispone las causales de secreto o reserva señalando que *“las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información”* son las que allí se enumeran¹¹⁵. Respecto al listado, la doctrina ha señalado algunas observaciones.

En Primer lugar, Tomas Vial¹¹⁶ y Sebastián Soto¹¹⁷ consideran razonable que la ley disponga causales genéricas, ejemplificándolas con casos algo más precisos.

En Segundo lugar, en cuanto al contenido de las mismas, se reconoce que ellas reflejan, en general, intereses que se consideran legítimos en las normas internacionales¹¹⁸, sin perjuicio de las críticas que se hace a la amplitud de algunas de ellas.

En Tercer lugar, basta para fundar las causales de negativa que dispone el artículo 21 del artículo 1º en que se afecte uno de los motivos dispuestos en la ley para servir como justificación a la reserva o secreto. La mera afectación como fundamento de la negativa es demasiado amplia y desfavorable al derecho de acceso e implica conservar la cultura del secreto. Es difícil imaginar una información que no afecte de una u otra forma algún interés o derecho. Esto sumado a la amplitud de las causales, hace que para el órgano requerido sea muy fácil justificar una negativa. Coincidimos con lo observado por Sebastián Soto cuando, realizando esta misma crítica, señala

¹¹⁵ Estas son las siguientes: 1. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente: a) Si es en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito o se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales. b) Tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sean adoptadas. c) Tratándose de requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales. 2. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico. 3. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública. 4. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el interés nacional, en especial si se refieren a la salud pública o las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país. 5. Cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8º de la Constitución Política.

¹¹⁶ VIAL, Tomas (2010): “La Ley de Transparencia y Acceso a la Información...”, p. 138

¹¹⁷ SOTO, Sebastián (2009): “La ley de Transparencia: desafíos en su aplicación”. En: temas de la agenda pública, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, p. 6. [citado el 20 de diciembre de 2016]. <http://politicaspUBLICAS.uc.cl/wp-content/uploads/2015/02/ley-de-transparencia-desafios-en-su-aplicacion.pdf>

¹¹⁸ VIAL, Tomas (2010): “La Ley de Transparencia y Acceso a la Información...”, p. 138

que lo que se requiere es que la afectación de los bienes jurídicos resguardados por las causales de reserva lo sea en forma muy probable, directa y además grave¹¹⁹.

En Cuarto lugar, el artículo 5° de la ley prescribe que las excepciones deben estar contempladas en leyes de quórum calificado. No obstante, se critica que la ley establece una excepción al consagrar en el artículo transitorio primero que se presumen legítimas las reservas establecidas legalmente sobre actos y documentos antes de la promulgación de la Ley 20.050 de 2005¹²⁰. A su vez, el artículo 21 del artículo 1° de la LAIP establece que solamente se podrá denegar el acceso a la información, total o parcialmente, cuando el suministro de la información pueda afectar: el funcionamiento del órgano al cual se le eleva la solicitud; los derechos de otras personas; la seguridad de la Nación; la salud pública, las relaciones internacionales o los intereses económicos del país; y, en consonancia con lo establecido en el artículo 8 de la Constitución, cuando se trate de documentos que una ley de quórum calificado haya declarado como reservados o secretos. Pero, como ya se indicó, es problemático que en el artículo transitorio primero se establezca que se presumen legítimas las reservas establecidas legalmente sobre actos y documentos antes de la promulgación de la Ley 20.050 de 2005, que reformó la Constitución, sin haber hecho un análisis exhaustivo de tales restricciones.

En Quinto lugar, También resulta problemático el literal c) del numeral 1 del artículo 21 del artículo 1° de la LAIP, que establece como causal de denegación de la información el que la solicitud afecte el funcionamiento de la entidad respectiva, por cuanto se trata de *“requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales”*.

Sin embargo, en este sentido el CT, en cuyas decisiones -como ya fue mencionado-, ha aplicado las garantías constitucionales e internacionales para interpretar adecuadamente estas normas de contenido abierto. Así la práctica del Consejo ha sido estimar que recae en el órgano alegar las causales y justificarlas en forma precisa, basándose en la garantía establecida en el inciso 3 del artículo 16 del artículo 1°, al ordenar que la negativa a una solicitud de información sea motivada y que en ella se señale la disposición legal pertinente. Lo podemos comprobar en el

¹¹⁹ SOTO, Sebastián (2009): “La ley de Transparencia...”, p. 7.

¹²⁰ El artículo primero transitorio reproduce en realidad la disposición cuarta transitoria de la Constitución, que dispone que debe entenderse que *“las leyes actualmente en vigor sobre materias que conforme a esta Constitución deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o aprobadas con quórum calificado, cumplen estos requisitos y seguirán aplicándose en lo que no sean contrarias a la Constitución, mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales”*.

caso A-69-09, de 2009, donde se decidió que negar una información con base en el argumento de que el funcionario aludido no se consideraba competente no constituía una motivación aceptable. En consecuencia, se ordenó la entrega de la información solicitada¹²¹.

Respecto a la extensión temporal de la reserva, el artículo 22 del artículo 1° la LAIP establece que los actos o documentos que una ley haya declarado como reservados mantienen esa condición hasta que otra ley de quórum calificado la levante. Además, dispone que luego de transcurridos 5 años desde la notificación del acto que calificó un documento como reservado, el órgano que la formuló podrá prorrogarla por otros 5 años, en forma total o parcial, de oficio o a petición de cualquier persona, luego de evaluar *“el peligro de daño que pueda irrogar su terminación”*. Sin embargo, las reservas en materia de defensa nacional o de relaciones exteriores constituyen una excepción a esta regla, pues tienen reserva indefinida. El mismo artículo dispone que los resultados de los sondeos y encuestas de opinión encargados por los órganos de la Administración del Estado serán reservados hasta que finalice el periodo presidencial respectivo. Por último, el artículo 23 dispone que los órganos de la administración del Estado deben llevar *“un índice actualizado de los actos y documentos calificados como secretos o reservados”*.

3.2.1.3 Limitación de excepciones y la aplicación del test de daño y el test de interés público.

Se ha criticado por la doctrina¹²² que no se haya incluido en la LAIP, el “test del interés público” o “test de daño”¹²³, a fin de balancear la causal de reserva con el derecho de acceso. Sin este test, en una errónea interpretación de la ley, las causales de reserva podrían ser entendidas como absolutas, es decir, que una vez comprobada la existencia de ellas no habría justificación que permitiera dar la información, limitándose el Consejo solo a determinar esta circunstancia.

Sin embargo, el Consejo, con el fin de establecer la extensión legítima de las excepciones para el derecho de acceder a la información, ha reconocido y aplicado estos mecanismos plasmándolos en su jurisprudencia, incluso el organismo garante los distingue claramente

¹²¹ Sentencia A-69-09 de la Séptima Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, del 23 de octubre de 2009. Disponible en: http://www.consejotransparencia.cl/data_casos/ftp_casos/A69-09/A69-09_decision_web.pdf

¹²² MENDEL, Toby (2008): *Libertad de información...*, p. 61. Coincide también: VIAL, Tomas (2010): “La Ley de Transparencia y Acceso a la Información...”, p. 139.

¹²³ TELLO E., Cristóbal; CEMA G., Marcelo y PAVÓN M., Andrés (2009): “Acceso a la información pública: los desafíos del Consejo de la Transparencia”, en: Anuario de Derechos Humanos, pp. 197-199.

afirmando que “ambos, que pueden ser complementarios, consisten en realizar un balance entre el interés de retener la información y el interés de divulgarla para determinar si el beneficio público resultante de conocer la información solicitada es mayor que el daño que podría causar su revelación. El primero (test de daño) se centra en ponderar si la divulgación puede generar un daño presente, probable y específico a los intereses o valores protegidos de mayor entidad que los beneficios obtenidos; el segundo (test de interés público), en ponderar si el interés público a obtener con la entrega de la información justifica su divulgación y vence, con ello, la reserva”¹²⁴.

A modo de ejemplo, el consejo, empleando el test de daño a señalado en su decisión de amparo 45-09¹²⁵ lo siguiente: *“que para determinar lo señalado en los considerandos precedentes se hace necesario aplicar, en este caso, lo que la doctrina comparada denomina un test de daño, consistente en realizar un balance entre el interés de retener la información y el interés de divulgarla para determinar si el beneficio público resultante de conocer la información solicitada es mayor que el daño que podría causar su revelación”*.

El adecuado balance entre los derechos en juego, como lo ha destacado la doctrina nacional¹²⁶, no es sino consecuencia de entender que la restricción a un derecho, en este caso el derecho de acceso a la información pública, está sujeta al principio de proporcionalidad, a la que también apela el mismo Consejo, citando la sentencia Claude vs. Chile de la CIDH¹²⁷.

3.2.2 Segunda consecuencia: la carga probatoria en caso de establecer limitaciones al derecho de acceso a la información corresponde al Estado

Este principio ha sido aceptado por la jurisprudencia Interamericana, en cuanto ha señalado que *“el Estado tiene la carga de la prueba de demostrar que las limitaciones al acceso a la información*

¹²⁴ Estas definiciones se pueden ver en la Decisión N° C193-10 del 15 de julio de 2010 o en la N° C857-12 del 12 de septiembre de 2012, ambas del CT.

¹²⁵ Este es el primer caso en que el Consejo para la Transparencia hace uso del test de daño. Consistió en una petición del Departamento de Relaciones Públicas de Carabineros de Chile de José Pedro de la Carrera Valdés respecto del número de carabineros destinados al Departamento de Protección de Personas Importantes (PPI) y del número de autoridades o personas que reciben este tipo de protección. Carabineros negó la información en base a las causales de afectación del cumplimiento de las funciones (Artículo 21, n° 1) y de afectación de derechos de terceros (Artículo 21, n° 2). El Consejo, aplicando el test de daño, otorgó un parcial acceso a la información pedida, solo respecto a la información agregada de las personas que estaban bajo protección.

¹²⁶ García, Gonzalo y Contreras, Pablo; “Derecho a la Información...”, p. 144.

¹²⁷ El estudio sobre la doctrina del “test de daño” y/o “interés público” y su aplicación en Chile, se escapa del marco de nuestra investigación, requiriendo ser objeto de estudio en una investigación exclusiva (considerando el riguroso análisis jurisprudencial que requiere).

*son compatibles con las normas interamericanas sobre libertad de expresión*¹²⁸. Esto permite “generar seguridad jurídica en el ejercicio del derecho de acceso a la información, pues al estar la información en control del Estado debe evitarse al máximo la actuación discrecional y arbitraria del mismo en el establecimiento de restricciones al derecho”¹²⁹.

Este principio también lo encontramos en la LMSAIP, en donde se prescribe expresamente que “la carga de la prueba deberá recaer en la autoridad pública a fin de demostrar que la información solicitada está sujeta a una de las excepciones contenidas en la ley”. Frente a dicha carga la autoridad debe justificar que la “excepción es legítima y estrictamente necesaria en una sociedad democrática” y que la “divulgación de la información podría causar un daño sustancial a un interés protegido por la ley”¹³⁰.

En este punto, vale destacar que, en el caso de nuestro país, si bien no consta en una normativa legal si existe un reconocimiento a nivel reglamentario, que ha sido reafirmado por la jurisprudencia administrativa¹³¹.

3.2.3 Tercera consecuencia: la preminencia del derecho de acceso a la información en caso de conflictos de normas o falta de regulación

Fundándose en lo señalado por la jurisprudencia de la CIDH, en cuanto a “la importancia que al derecho de acceso a la información se le ha reconocido, considerándose indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia”¹³², es que la relatoría para la Libertad de expresión ha planteado abiertamente, que “frente a un conflicto de normas, la ley de

¹²⁸ CIDH. Caso Claude Reyes y otros. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151. Párr. 93.

¹²⁹ CIDH. Caso Claude Reyes y otros. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151. Párr. 98.

¹³⁰ OEA. Asamblea General. AG/RES. 2607 (XL-O/10), a través de la cual acoge una “Ley modelo interamericana sobre acceso a la información”. 8 de junio de 2010. Artículo 53. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2607-2010.pdf.

¹³¹ El Consejo para la Transparencia ha impuesto esta obligación a las entidades administrativas. Es así como en la decisión A39-09 del 19 de julio de 2009 el Consejo aseguró que la carga de la prueba corresponde a quien la alega, es decir, al funcionario o entidad pública que aduce tener un deber de reserva o secreto sobre la información solicitada. Véase: Decisión A39-09. 19 de junio de 2009. Disponible en: http://www.consejotransparencia.cl/data_casos/ftp_casos/A39-09/A39-09_decision_web.pdf.

¹³² Asamblea General de la OEA. Resolución 1932 (XXXIII-O/03), “Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia”. 10 de junio de 2003; Resolución 2057 (XXXIV-O/04), “Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia”. 8 de junio de 2004; Resolución 2121 (XXXV-O/05), “Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia”. 7 de junio de 2005; y Resolución 2252 (XXXVI-O/06), “Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia”. 6 de junio de 2006. Disponibles para consulta en: http://www.oas.org/DIL/access_to_information_background.htm.

acceso a la información deberá prevalecer sobre toda otra legislación”¹³³, asimismo la CIDH ha planteado que “esta exigencia facilita a promover que los Estados cumplan efectivamente con la obligación de establecer una ley de acceso a la información pública y a que la interpretación de la misma resulte efectivamente favorable al derecho de acceso”¹³⁴. Es por ello que la Asamblea General de la OEA ha recomendado, en la ya citada Ley Modelo, que la legislación nacional contemple expresamente que “en caso de cualquier inconsistencia, esta ley prevalecerá sobre cualquier otra ley”¹³⁵. Pero hasta el momento sólo en algunos países del continente americano se reconoce expresamente que la interpretación de las leyes de acceso a la información debe hacerse de la manera que permita maximizar el ejercicio del derecho¹³⁶.

En este contexto, dentro de la normativa jurídica interna, debemos considerar que el artículo 1º transitorio de la LT establece que se presumen legítimas todas las reservas implementadas antes de la entrada en vigencia de la Ley¹³⁷, sin verificar si cumplen con los objetivos legítimos establecidos por la misma Ley y por el artículo 13 de la CADH. Por lo tanto, si bien una interpretación extensiva de la presunción de publicidad podría dar lugar a asegurar la prevalencia del derecho al acceso a la información, todo apunta que para lograr que se garantice de manera inequívoca es necesario que la legislación interna contemple una previsión explícita que así lo establezca¹³⁸.

¹³³ Declaración Conjunta de los relatores para la libertad de expresión de la ONU, la OEA y la OSCE (2004). Disponible en: <http://www.cidh.org/relatoria/showarticle.asp?artID=319&IID=2>

¹³⁴ CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso *Claude Reyes y otros*. Transcritos en: CIDH, *Caso Claude Reyes y otros*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151. Párr. 58 d).

¹³⁵ OEA. Asamblea General. AG/RES. 2607 (XL-O/10), a través de la cual acoge una “Ley modelo interamericana sobre acceso a la información”. 8 de junio de 2010. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2607-2010.pdf; Consejo Permanente y Comité de Asuntos Jurídicos y Políticos. OEA/Ser.G. CP/CAJP-2840/10 Corr. 1. “Ley modelo interamericana sobre acceso a la información”. 29 de abril de 2010. Artículo 4. Alcance y finalidad. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/CP-CAJP-2840-10_Corr1_esp.pdf.

¹³⁶ Antigua y Barbuda, Ecuador, Guatemala y México. Para mayor información, véase: CIDH. Relatoría Especial (2012): *El acceso a la información en las Américas*, pp. 24 y ss.

¹³⁷ República de Chile. Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado. Ley 20.285 de 2008. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=276363>. Título VII. “Artículo 1º.- De conformidad a la disposición cuarta transitoria de la Constitución Política, se entenderá que cumplen con la exigencia de quórum calificado, los preceptos legales actualmente vigentes y dictados con anterioridad a la promulgación de la ley N° 20.050, que establecen secreto o reserva respecto de determinados actos o documentos, por las causales que señala el artículo 8º de la Constitución Política”.

¹³⁸ Además de Chile, éste es el caso de países como Perú y Uruguay, donde la interpretación sistemática de sus ordenamientos jurídicos permite entrever que el derecho al acceso a la información es la regla mientras la reserva es la excepción. Sin embargo, no se contempla que ante conflicto o vacío legislativo este derecho prime sobre otras disposiciones.

3.3. El principio de máxima divulgación en el mecanismo de transparencia activa.

Por último, así como las consecuencias derivadas del principio de máxima divulgación, el mecanismo de transparencia activa, también es manifestación del principio rector. Al ordenar, por medio de este mecanismo, que los Estados tienen la “obligación de suministrar al público la máxima cantidad de información en forma oficiosa, por lo menos en cuanto a: (a) la estructura, funciones, presupuesto de operación e inversión del Estado; (b) la información que se requiere para el ejercicio de otros derechos -por ejemplo, la que atañe a la satisfacción de los derechos sociales como los derechos a la pensión, a la salud o a la educación-; (c) la oferta de servicios, beneficios, subsidios o contratos de cualquier tipo; y (d) el procedimiento para interponer quejas o consultas, si existiere. Dicha información debe ser completa, comprensible, con un lenguaje accesible y encontrarse actualizada. Asimismo, dado que sectores importantes de la población no tienen acceso a las nuevas tecnologías y, sin embargo, muchos de sus derechos pueden depender de que conozcan la información sobre cómo hacerlos efectivos, el Estado debe encontrar formas eficaces para realizar la obligación de transparencia activa en tales circunstancias”¹³⁹.

El principio rector se optimiza en la medida que a través del mecanismo de transparencia activa, “las entidades públicas tienen la obligación de publicar la información clave. En efecto, para dar vigencia en la práctica al derecho a la información, no es suficiente simplemente requerir que las entidades vinculadas al Estado accedan a las solicitudes de información: un acceso efectivo para muchas personas, depende de que estos organismos publiquen y difundan activamente categorías claves de información, aun en ausencia de algún requerimiento”¹⁴⁰. Además, en la Declaración Conjunta de 2004, los relatores para la libertad de expresión de la ONU, la OEA y la OSCE precisaron que “se establecerán sistemas para aumentar, con el tiempo, la cantidad de información sujeta a dicha rutina de divulgación”¹⁴¹.

¹³⁹ COMIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2010): *El Derecho de acceso a la información...*, p. 13.

¹⁴⁰ Esta opinión de Sanz Salguero se deriva de la Declaración Conjunta adoptada por el Relator Especial de la ONU para la libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la OSCE sobre la Libertad de los Medios de Comunicación Social y el Relator de la OEA sobre la Libertad de Expresión en 2004. Disponible en: <http://www.cidh.org/relatoria/showarticle.asp?artID=319&IID=2>; Véase también: SANZ SALGUERO, Francisco Javier (2016): “Relación entre la protección...”, p. 334.

¹⁴¹ COMIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2010) *El Derecho de acceso a la Información...*, p. 12; Declaración Conjunta de los Relatores de Libertad de Expresión de la ONU, la OEA y la OSCE de 6 de diciembre de 2004. Disponible en: <http://www.cidh.org/relatoria/showarticle.asp?artID=319&IID=2>

El alcance de este mecanismo, se precisa en la resolución del Comité Jurídico Interamericano sobre los “Principios sobre el Derecho de Acceso a la Información”, que establece que, “los órganos públicos deben difundir información sobre sus funciones y actividades -incluyendo su política, oportunidades de consultas, actividades que afectan al público, presupuestos, subsidios, beneficios y contratos- de forma rutinaria y proactiva, aún en la ausencia de una petición específica, y de manera que asegure que la información sea accesible y comprensible”¹⁴². En el mismo sentido, “esta obligación incluye el deber de no interferir con el derecho de acceso a la información de todo tipo, el cual se extiende a la circulación de información que pueda o no contar con el beneplácito personal de quienes representan en un momento dado a la autoridad estatal”¹⁴³.

Por su parte, la Asamblea General de la OEA, en su Resolución AG/RES. 2607 (XL-O/10), a través de la cual acoge la LMAIP, aclaró algunas de las obligaciones estatales en materia de transparencia activa. La citada Resolución prescribe que “aun en la ausencia de una petición específica, los órganos públicos deberán divulgar información sobre sus funciones de forma regular y proactiva, de manera que asegure que la información sea accesible y comprensible”. Asimismo, en el artículo 9 de la Ley Modelo se establece la obligación de “divulgar información de manera proactiva a los efectos de minimizar la necesidad de que los individuos presenten solicitudes de información”. Por su parte, el artículo 12 de la Ley Modelo señala en detalle las clases de información clave sujetas a disseminación de manera proactiva por una autoridad pública¹⁴⁴.

¹⁴² Comité Jurídico Interamericano. Resolución 147 del 73º Período Ordinario de Sesiones: Principios sobre el Derecho de Acceso a la Información. 7 de agosto de 2008. Punto resolutivo 4. Disponible en: http://www.oas.org/cji/CJI-RES_147_LXXII-O-08_esp.pdf

¹⁴³ COMIDH. Relatoría especial para la Libertad de expresión (2012): *Derecho de acceso a la información pública en las Américas...*, p. 89.

¹⁴⁴ De acuerdo con la LMSAIP, la información que debe ser publicada sin esperar a que exista una petición, incluye: a) la descripción de su estructura orgánica, de sus funciones y deberes, de la ubicación de sus departamentos y organismos, de sus horas de atención al público y de los nombres de sus funcionarios; b) las calificaciones y salarios de los altos funcionarios; c) todo mecanismo interno y externo de supervisión, de reportes y de monitoreo de la autoridad pública, incluyendo sus planes estratégicos, códigos de gobernabilidad empresarial y principales indicadores de desempeño, incluidos los informes de auditoría; d) su presupuesto y planes de gasto público del año fiscal en curso y de años anteriores, y los informes anuales sobre la manera en que se ejecuta el presupuesto; e) sus procedimientos, lineamientos y políticas en materia de adquisiciones, contratos otorgados y datos para la ejecución y seguimiento del desempeño de contratos; f) las escalas salariales, incluyendo todos los componentes y subcomponentes del salario total, correspondientes a todas las categorías de funcionarios y consultores que trabajan en la autoridad pública (actualizando la información en cada oportunidad en que se realicen reclasificaciones de puestos); g) detalles pertinentes sobre todo servicio que brinde directamente al público, incluyendo normas, cartas y protocolos de atención al cliente; h) todo mecanismo de presentación directa de solicitudes o denuncias a disposición del público en relación con acciones u omisiones de esa autoridad pública, junto con un resumen de

En lo que respecta a la normativa interna, se destaca que en nuestro país se consagra la obligación de publicar un amplio catálogo de información¹⁴⁵. En efecto, el artículo 7 de la LAIP, que establece el principio de transparencia activa al que se encuentran obligados los órganos de Estado, contiene un listado de la información que debe ser publicada permanentemente en el sitio Web de cada entidad, la cual, además, debe ser actualizada mensualmente. Entre la información que debe ser divulgada se encuentra: *“la estructura orgánica; las facultades, funciones y atribuciones de cada una de sus unidades u órganos internos; el marco normativo que les sea aplicable; la planta del personal y el personal ‘a contrata’ y a honorarios, con las correspondientes remuneraciones; las contrataciones, con indicación de los contratistas e identificación de los socios y accionistas principales de las sociedades o empresas prestadoras, en su caso; las transferencias de fondos públicos que efectúen; los actos y resoluciones que tengan efectos sobre terceros; los trámites y requisitos que debe cumplir el interesado para tener acceso a los servicios que preste el respectivo órgano; el diseño, montos asignados y criterio de acceso a los programas de subsidios y otros beneficios que entregue el respectivo órgano, además de las nóminas de beneficiarios de los programas sociales en ejecución; los mecanismos de participación ciudadana, en su caso; la información sobre el presupuesto asignado, así como los informes sobre su ejecución; y los resultados de las auditorías”*.

toda solicitud, denuncia u otra acción directa de personas y la respuesta de ese órgano; i) una descripción de las facultades y deberes de sus funcionarios principales, y los procedimientos que se siguen para tomar decisiones; j) todas las leyes, reglamentos, resoluciones, políticas, lineamientos o manuales, u otros documentos que contengan interpretaciones, prácticas o precedentes sobre el desempeño del órgano en el cumplimiento de sus funciones que afectan al público en general; k) todo mecanismo o procedimiento por medio del cual el público pueda presentar peticiones, o de alguna otra manera incidir en la formulación de la política o el ejercicio de las facultades de esa autoridad pública; l) una guía sencilla que contenga información adecuada sobre sus sistemas de mantenimiento de documentos, los tipos y formas de información que obran en su poder, las categorías de información que publica y los procedimientos que deben seguirse para formular una solicitud de información y una apelación interna; m) un registro de solicitudes y divulgaciones, de conformidad con el Artículo 18, que contenga una lista de las solicitudes recibidas y los documentos divulgados de conformidad con la presente Ley, los que deberán estar automáticamente disponibles, así como un registro de activos de información, de conformidad con el Artículo 17; n) una lista completa de los subsidios otorgados por la autoridad pública; o) aquella información que sea solicitada con frecuencia; y p) cualquier información adicional que la autoridad pública considere oportuno publicar. OEA, Asamblea General. Resolución AG/RES. 2607 (XL-O/10), a través de la cual acoge una “Ley modelo interamericana sobre acceso a la información”. Artículo 12. 8 de junio de 2010. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2607-2010.pdf (cita extraída de CIDH. Relatoría especial para la Libertad de expresión (2012): *Derecho de acceso a la información pública en las Américas...*, p. 89).

¹⁴⁵ Lo mismo ocurre en países como Uruguay, Nicaragua, Ecuador y México. Para mayor información, véase: COMIDH. Relatoría especial para la Libertad de expresión (2012): *Derecho de acceso a la información pública en las Américas...*, pp. 90 y ss.

CONCLUSIONES

En la presente investigación definimos el derecho de acceso a la información pública como el derecho humano fundamental que tiene cualquier persona, para buscar o recibir cualquier tipo de dato (con independencia del formato o medio de control y archivo) en poder de cualquier autoridad pública, de cualquier órgano, organismo o entidad independiente o autónomo de propiedad del Gobierno o controlado por el mismo, y de cualquier organización privada (siempre y cuando, en este último caso, que la organización reciba fondos o beneficios públicos sustanciales 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), acceso restringido solo por las excepciones taxativas que establezca la ley en una sociedad democrática.

Asimismo, subrayamos la triple dimensión del derecho de acceso a la información pública que se materializa en el “mostrar” sin que medie requerimiento de información (como ocurre con la transparencia activa y), en un “permitir ver” (facultad que se identifica como el “derecho” de acceso a la información pública) y en las “actuaciones proactivas posteriores” (deber de promover la reutilización de la información relevante para la sociedad, publicada por los sujetos obligados, en un esfuerzo que va más allá de las obligaciones de transparencia activa). Y que la transparencia está dirigida a permitir que cualquier persona conozca por qué, cómo actúa y qué decisiones adoptan los organismos de carácter público, podemos comprobar que el acceso a la información pública es una herramienta o instrumento central en pro del logro de la transparencia en lo público. El vínculo entre la transparencia y el acceso adquiere especial relevancia, en razón al carácter de derecho humano fundamental otorgado por el derecho internacional (especialmente dentro del ámbito de nuestro hemisferio) al acceso a la información pública, garantía contenida dentro del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión; en este sentido, se concluye que el reconocimiento como derecho humano fundamental atribuido al acceso exige la necesidad de un reconocimiento explícito en nuestra Constitución del derecho de acceso a la información. Hasta ahora este derecho posee un reconocimiento meramente legal y en una sentencia del Tribunal Constitucional de manera implícita. Sin embargo como ocurre en nuestro país, se pudo comprobar que aun a falta de reconocimiento constitucional expreso, mediante una legislación conforme a los más altos estándares internacionales y con base,

precisamente, en el principio rector de máxima divulgación (reconocido en nuestro país), es posible garantizar su pleno ejercicio, estableciendo la suposición de que toda información está accesible con sujeción apenas a un sistema escueto de excepciones.

Finalmente, pese a la dificultad para establecer con certeza absoluta cual es la extensión de las excepciones en materia de acceso, es posible aproximarnos a este tema aplicando tres requisitos en el campo de las limitaciones a dicho acceso: las excepciones deben ser concordantes con las normas insertas en leyes internacionales sobre la restricción de la libertad de expresión, las limitaciones deben establecerse con precisión en la normativa de cada Estado (destacando que cada excepción tutela un interés específico) y las excepciones deben ser aplicables únicamente cuando haya riesgo de un perjuicio substancial para el interés protegido, perjuicio que debe ser mayor al interés público de poder acceder a la información.

En cuanto a las falencias de nuestra normativa: primero, como ya ha sido observado, es necesario asegurar sin ambigüedades que la totalidad de los órganos del Estado chileno están sujetos al régimen de transparencia pasiva y activa. Si se quiere mantener la (errada) idea de la autonomía absoluta entre ellos, al menos hay que imponer un régimen mínimo de obligaciones y controles internos aplicables a cada institución. Segundo, se debe clarificar la información que es pública, dejando la definición amplia de ella como la única operativa, a fin de evitar eventuales restricciones al acceso. Tercero, en materia de causales de reserva, es necesario dejar como único régimen de reserva el existente en la ley, eliminado entonces las otras casuales previas. Las de la ley bastan y sobran para proteger cualquier bien jurídico que razonablemente merezca ser resguardado.

En este escenario, se destaca la labor del Consejo para la Transparencia que ha jugado un importante rol en la interpretación y aplicación de la ley para así generar las bases de una cada vez más extendida cultura de la apertura y la transparencia.

BIBLIOGRAFÍA

-ABARCA ERAZO, L. y NUNFIO LÓPEZ, Bella Maritza (2011): *El Derecho de Acceso a la Información Pública en El Salvador. Análisis al Anteproyecto de Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública*, Tesis de grado, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, El Salvador.

-ALEXY, Robert (1993): “Teoría de los Derechos Fundamentales” (traducido por Ernesto Garzón Valdez). En: *Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid.

-ALLESCH, JOHANN y OBANDO, IVÁN (2010): “El Control del Derecho de Acceso a la Información Administrativa”. En: LETELIER WARTENBERG, RAÚL y RAJEVIC MOSLER, ENRIQUE (Coordinadores). *Transparencia en la Administración Pública*, Santiago, Abeledo Perrot.

-BERMUDEZ, Jorge y MIROSEVIC, Camilo (2008): “El acceso a la información pública como base para el control social y la protección del patrimonio público”. En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*.

-BRANDEIS, Louis (1914): *Other People's Money and How the Bankers Use It*, New York, Frederick A. Stokes Company.

-CARBONELL, Miguel (2016): “Transparencia y acceso a la información”, [citado el 12 de diciembre de 2016].

Disponible en: http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Transparencia_y_Acceso_a_la_Informacion.html

-CENDEJAS JAUREGUI, M. (2012): “Evolución Histórica del Derecho a la Información”. [Citado el 09 de junio de 2016]. En: www.juridicas.unam.mx/publica/rev/decoinc/cont/10/art/art3.htm

-CHILE TRANSPARENTE (2012): *Calidad del acceso a la información pública en Chile* (Santiago, Chile Transparente).

-COMIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2007): *Estudio especial sobre el derecho de acceso a la información*. OEA, [citado el 20 de diciembre de 2016]. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/relatoria/section/Estudio%20Especial%20sobre%20el%20derecho%20de%20Acceso%20a%20la%20Informacion.pdf>

-COMIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2009): *El Derecho de acceso a la Información en el Marco jurídico interamericano*, OEA/Ser. L/V/II CIDH/RELE/INF. 1/09, p. 9. [citado el 15 de noviembre de 2016]. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/ACCESO%20A%20LA%20INFORMACION%20FINAL%20CON%20PORTADA.pdf>

-COMIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2012): *El Derecho de acceso a la Información en el Marco jurídico interamericano*, -2º edición-. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 9/12, [citado el 10 de noviembre de 2016]. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/ACCESO%20A%20LA%20INFORMACION%202012%202da%20edicion.pdf>

-COMITE JURÍDICO INTERAMERICANO (2008): Resolución 147 del 73º Período Ordinario de Sesiones: Principios sobre el Derecho de Acceso a la Información. 7 de agosto de 2008. Disponible en: http://www.oas.org/cji/CJI-RES_147_LXXII-O-08_esp.pdf

-CONTESSÉ, Jorge (2006): “La opacidad del administrador y la indulgencia judicial: Jurisprudencia y práctica sobre acceso a la información pública en Chile”. En: *Libertad de Expresión en Chile*, Universidad Diego Portales.

-CORDERO VEGA, LUIS (2010): “Delimitando La Ley de Acceso a la Información: Los dilemas tras la regulación”. En: LETELIER WARTENBERG, RAÚL y RAJEVIC MOSLER, ENRIQUE (Coordinadores). *Transparencia en la Administración Pública*, Abeledo Perrot.

-DÍAZ CAFFERATA, Santiago (2009): “El derecho de acceso a la información pública: situación actual y propuestas para una ley”. En: *Lecciones y Ensayos*, N° 86, [citado el 15 de octubre de 2016], <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/86/06-ensayo-diaz-cafferata.pdf>

-DÍEZ-PICAZO, Luis (2005): *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, Thomson Civitas.

-FACIO MONTEJO, Alda (2003): “Los derechos humanos desde una perspectiva de género y las políticas públicas”. En: *Otras miradas*, vol. 3, N°1, [citado el 3 de enero de 2017]. http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/22813/1/articulo3_2.pdf

-FERNÁNDEZ, Miguel Ángel (2005): “El principio de Publicidad de los Actos Estatales en el nuevo Artículo 8º Inciso 2º de la Constitución”, en ZÚÑIGA, Francisco, *Reforma Constitucional* (Santiago, LexisNexis).

-FUMEGA, Silvana; LANZA, Edison y SCROLLINI, Fabrizio (2011): *Venciendo la Cultura del Secreto, obstáculos en la implementación de políticas y normas de acceso a la información pública en siete países de América Latina*, Editorial Mariana Mas, Montevideo. Disponible en: <http://www.cainfo.org.uy/images/LIBRO%20%20Venciendo%20la%20Cultura%20del%20Secreto.pdf>

-GARCIA PINO, Gonzalo y CONTRERAS VASQUEZ, Pablo (2009): “Derecho de acceso a la información en Chile: Nueva regulación e implicancias para el sector de la defensa nacional”. En: *Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca*, año 7 N° 1.

-HEIDEGGER, M. (2006): *Conceptos fundamentales*, primera edición, segunda reimpresión, Madrid, Alianza Editorial.

-INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2012): “Derechos Humanos y acceso a la información pública” En: *Cuadernillo de temas emergentes*, [citado el 20 de noviembre de 2016].

<http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/315/infopublica.pdf?sequence=1>

-JARA V., Camilo A. y GAJARDO M., Carmen S. (2013): *El derecho de acceder a la información pública: vías de intervención ciudadana*, memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad de Chile.

-MEJÍA, Henry Alexander (2012): “Régimen Jurídico del Derecho de Acceso a la Información Pública en El Salvador”, [citado el 9 de noviembre de 2016]. Disponible en: http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/ivci_vmda/ponencias/HenryMejia.pdf

-MENDEL, Toby (2003): *Freedom of Information: A Comparative Legal Survey*, London, UNESCO, [citado el 20 de noviembre de 2016]. http://portal.unesco.org/ci/en/file_download.php/fa422efc11c9f9b15f9374a5eac31c7efredom_info_laws.pdf

-MENDEL, Toby (2008): *Libertad de información: comparación jurídica*, 2ª edición, Traducc. Sam DuBois, París, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO).

-MUÑOZ, Alex (2008): “Transición a la democracia, políticas de probidad y mecanismos internacionales de protección de derechos humanos. El caso de Chile, en *Transparencia y Probidad Pública*”. En: *Estudios de caso en América Latina*, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile

-NIGRO, Félix y NIGRO, Lloyd (1988): *Modern Public Administration*, New York, Harper & Row Publishers.

-OEA. Asamblea General. AG/RES. 2607 (XL-O/10), a través de la cual acoge una “Ley modelo interamericana sobre acceso a la información”. Preámbulo. 8 de junio de 2010. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2607-2010.pdf

-PEREZ, José Manuel (2009): “Libertad de Prensa, acceso a la información y empoderamiento ciudadano”. En: *homónimo*, ed. Gunther Cyranek y Gustavo Gómez, Unesco.

-RAJEVIC MOSLER, Enrique (2009): *Manual de transparencia y probidad de la Administración del Estado*, 2ª edición, Santiago, Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

-REYES OLMEDO, Patricia (2015): “Parlamento Abierto y Transparencia Legislativa”. En: REYES OLMEDO, Patricia (coord.), *Ciudadanas 2020 III. El Gobierno de la Información*, Santiago de Chile, LOM, p. 190. Disponible en: <https://dl.dropboxusercontent.com/u/33310959/ciudadanas2020-3.pdf>

-ROMERO, César Enrique (1975): *Derecho constitucional*, t. I, Buenos Aires, Zavalía.

- ROTONDO TORNARÍA, Felipe (2012): “Acceso a la información pública y protección de datos personales. Aspectos conceptuales y prácticos”. En: *Revista de Derecho Público*, Año 21, N° 42.
- RUA DELGADO, C. (2014) “Aproximación hermenéutica al principio de transparencia”. En: *Revista Colombiana Republicana*, N°17.
- SANZ SALGUERO, Francisco Javier (2016): “Relación entre la protección de los datos personales y el derecho de acceso a la información pública”. En: *Revista Iut et Praxis*, Año 22, N° 1.
- SOTO, Sebastián (2009): “La ley de Transparencia: desafíos en su aplicación”. En: temas de la agenda pública, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, [citado el 20 de diciembre de 2016]. <http://politicaspUBLICAS.uc.cl/wp-content/uploads/2015/02/ley-de-transparencia-desafios-en-su-aplicacion.pdf>
- TELLO E., Cristobal; CERNA G., Marcelo y PAVON M. Andrés (2009): “Acceso a la información pública: los desafíos del Consejo de la Transparencia”. En: *anuario de derechos humanos*, [citado el 5 de diciembre de 2016]. www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/download/.../11887
- TORO, Constanza (2010): “Derecho de Acceso a la Información Pública: Comentarios a un Fallo Clave de la Corte Europea de Derechos Humanos”. En: *Anuario de Derechos Humanos*, N° 6, Centro Derechos Humanos Universidad de Chile.
- VIAL, Tomas (2010): “La Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública: Esquema general y regulación del derecho de acceso a la información”, En: *Anuario de Derecho Público*, [citado el 2 enero de 2017]. http://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/08_Vial.pdf

LEGISLACIÓN

- Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto san Jose de Costa Rica”, de 1969.
- Declaración de principios sobre libertad de expresión, de 2000. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/basicos/basicos13.htm>
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948
- Ley N° 20.285 “*Ley de transparencia de la función pública y de acceso a la información de la Administración del Estado*”, que fue promulgada el 20 de agosto de 2008 y entro en vigencia el 20 de abril de 2009. Disponible en: www.bcn.cl
- Ley 19.653 sobre probidad administrativa del 14 de diciembre de 1999. Disponible en: www.bcn.cl

-OEA. Asamblea General. AG/RES. 2607 (XL-O/10), a través de la cual acoge una “Ley modelo interamericana sobre acceso a la información”, 8 de junio de 2010. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2607-2010.pdf

-ONU. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (que entró en vigencia el año 1976).

JURISPRUDENCIA

-SCA Santiago, rol A-69-09 de la Séptima Sala, del 23 de octubre de 2009. Disponible en: http://www.consejotransparencia.cl/data_casos/ftp_casos/A69-09/A69-09_decision_web.pdf

-SCIDH, Caso Claude Reyes y otros contra Chile, de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf

-SCIDH. Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf

-STC, decisión N° 634-2006, 17 de octubre de 2007

-CT, decisión N° C193-10, del 15 de julio de 2010

-CT, decisión N° C857-12, del 12 de septiembre de 2012