

Konrad-Adenauer-Stiftung e.V.

FORTALECIMIENTO
DE LA DEMOCRACIA
Y EL DERECHO DE ACCESO
A LA INFORMACIÓN EN CHILE:
ENTRE ESTADO Y CIUDADANÍA

Judith Schönsteiner

Mayra Feddersen

Pablo A.Valenzuela

No. 9

Chile 2012

Los autores

Judith Schönsteiner es Directora del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, Doctora en derecho por la Universidad de Essex, Reino Unido, Magíster en ciencia política por la Universidad Johannes Gutenberg de Mainz, Alemania.

Mayra Feddersen es abogada, Magíster en Derecho de la Universidad de California en Berkeley, Licenciada en Derecho por la Universidad Diego Portales. Doctoranda en la Universidad de California en Berkeley, programa de Jurisprudencia y Políticas Públicas.

Pablo A. Valenzuela es Licenciado en Ciencias Políticas y Gubernamentales de la Universidad de Chile. Actualmente cursa el Programa de Magíster en Ciencia Política en la Universidad de Chile.

Los autores agradecen a todos los entrevistados y, a Tomás Vial, investigador del mismo Centro de Derechos Humanos, por sus enriquecedores comentarios y a Dinka Benítez, egresada de la carrera de derecho de la Universidad Diego Portales, su valioso apoyo en la edición. La responsabilidad por posibles errores es, obviamente, de los autores.

El texto es de exclusiva responsabilidad del autor y no expresa necesariamente el pensamiento de la Fundación Konrad Adenauer.

Fundación Konrad Adenauer
Oficina en Chile
Enrique Nercaseaux 2381
Providencia
Santiago de Chile

Tel: 0056-22-234 20 89
E-Mail: fkachile@kas.de
Página web: www.kas.de/chile

Índice

1. Introducción	5
2. Estado y Ciudadanía: convergencias y divergencias de dos lógicas	6
2.1. Lógica de Estado: Modernización de la administración pública	7
2.2. Lógica participativa: el derecho humano al acceso a la información pública	10
3. Historia y antecedentes de la Ley 20.285: la tardía llegada de la lógica ciudadana	16
3.1. Antecedentes de derecho internacional: el caso Claude Reyes	17
3.2. Normativas comparadas	18
3.3. Escándalos de corrupción	19
3.4. Negociación en el Congreso de la República	22
3.5. Consensos difíciles y problemáticos	27
4. Las normas e instituciones que crea la Ley en Chile	31
4.1. Principios y Conceptos Generales	31
4.2. Los Sujetos obligados a entregar información bajo la Ley	32
4.3. Derechos y obligaciones bajo la LAIP	34
4.4. Procedimiento administrativo de acceso a la información	40
4.5. El Consejo para la Transparencia	42
4.6. El Recurso ante el Consejo para la Transparencia	50
5. Caracterización de los usuarios de la Ley:	
¿una profundización democrática para y con pocos?	52
5.1. Datos sobre el conocimiento de la Ley	54
5.2. Datos sobre solicitudes de información sin invocación de la Ley	57
5.3. Datos sobre el conocimiento del Consejo para la Transparencia	59
6. Percepción de democracia y corrupción	62
6.1. Corrupción y probidad en el sector público	62
6.2. Funcionamiento de la democracia	65
7. Acceso a la información pública en el marco de la profundización de la democracia: evaluación	66
8. Conclusión	69
9. Referencias Bibliográficas	73

1. INTRODUCCIÓN

Ciertamente, el acceso a la información pública es un asunto jurídico-legal. Más aún, es la concretización de un derecho humano fundamental, por lo que en éste sentido se debe discutir en el marco de la doctrina y jurisprudencia de los órganos administrativos y judiciales encargados de interpretar el derecho y sus límites. No obstante, a tres años de la entrada en vigencia en Chile de la Ley sobre Acceso a la Información Pública (en adelante LAIP) consideramos pertinente preguntar por el uso de la Ley y la relación de los usuarios con la institucionalidad que fue creada por ella, en el marco de dos lógicas que cruzan el diseño de la normativa: una lógica ciudadana, de derechos, y una lógica estatal.

En esta convergencia de ideas, no pretendemos realizar un estudio exhaustivo, sino una aproximación con herramientas conceptuales, estadísticas y analíticas para proporcionar una apreciación del funcionamiento de la Ley, que en este sentido va más allá de la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia (en adelante, también CPLT). Por este motivo y conscientes de las limitaciones metodológicas de obviar la jurisprudencia, queremos destacar la relación ciudadano-normativa en el día a día.

Tenemos en mente no solamente un público chileno que quisiera tener una primera aproximación sobre los estándares internacionales sobre la materia, el funcionamiento de la Ley y su contribución al fortalecimiento de la democracia, sino especialmente lectores en otros países de Latinoamérica interesados en un modelo de transparencia que se caracteriza por una institucionalidad comparativamente robusta, que al resolver disputas sobre acceso a la información pública impulsa la creación de mejores condiciones de acceso a la información pública en el plano de las políticas públicas.

En este sentido, nos preguntamos cómo el modelo chileno de acceso a la información contribuye al fortalecimiento de la democracia, considerando varios ejes: un elemento participativo reflejando el mismo derecho individual al acceso a la información, un elemento de institucionalidad preguntando cómo se garantiza y fiscaliza el goce del derecho, y un elemento de percepción de la *calidad* de la democracia por parte de la población.

Así, definimos primero conceptualmente las dos lógicas que sirven como marco analítico del análisis de la historia y del funcionamiento de la Ley, a saber, la lógica de ciudadano o de derecho humano y la lógica de Estado (Capítulo siguiente N° 2). En seguida, revisamos bajo las anteriores perspectivas la historia de la Ley (Capítulo N° 3), para después describir correlativamente, las normas e instituciones que la LAIP ha creado (Capítulo N° 4). Finalmente, caracterizamos los usuarios de la ley preguntando si podemos observar una profundización de la democracia (Capítulo N° 5), describimos la percepción de la democracia y corrupción después de la entrada en vigencia de la Ley (Capítulo N° 6) y por último, evaluamos globalmente el acceso a la información pública en el marco de la profundización de la democracia constitucional de derechos (Capítulo N° 7).

En cuanto a los métodos utilizados, este informe combina un análisis conceptual-histórico e institucional y estadístico (descriptivo y analítico), complementado por una serie de entrevistas con actores claves quienes han sido involucrados en la creación o aplicación de la LAIP. Las entrevistas provenientes de distintos sectores en la sociedad, aunque sin

ánimo de reflejar todo el espectro de opiniones existentes al respecto, demuestran una variedad de evaluaciones de la LAIP en relación a su funcionamiento y la profundización de la democracia. En este sentido, los resultados deducidos de ellas no son sistemáticos.

Seguramente, la LAIP no es el único elemento de la legislación sobre acceso a la información pública en Chile. Más bien, existen una serie de regulaciones específicas, además de las normas sobre probidad, que podrían ser discutidas en este contexto. Por la relevancia transversal que tiene la LAIP y su enfoque sobre un *derecho invocable* de acceso a la información, optamos no obstante por dedicarnos al análisis de la LAIP.¹

2. ESTADO Y CIUDADANÍA: CONVERGENCIAS Y DIVERGENCIAS DE DOS LÓGICAS

Es posible distinguir dos líneas argumentativas principales para explicar la implementación de una normativa de acceso a la información pública. La primera es aquella que entiende los mecanismos de transparencia como herramientas de modernización del Estado que contribuyen al fortalecimiento de la ética pública, la probidad administrativa y la lucha contra la corrupción. La segunda, dice relación con el fortalecimiento de la democracia y el enfoque de derechos sobre el acceso a la información pública y la libertad de expresión, en el marco de los derechos humanos.²

Ciertamente, ambas miradas no resultan excluyentes y una ley que garantice el acceso a la información pública puede contribuir tanto a los procesos de modernización del Estado como al fortalecimiento de la democracia participativa. Las dos perspectivas permitirán analizar la situación en Chile, pero también en otros países, aunque esto último es una tarea que no abarcamos en este informe. En primer lugar, revisamos la lógica de Estado, y luego la lógica participativa o del ciudadano.

2.1. Lógica de Estado: Modernización de la administración pública

El acceso a la información pública responde, desde una primera perspectiva, a una lógica de reforma del Estado y modernización de la gestión pública. Especificamos esta perspectiva con el ejemplo chileno. Así, se han ido introduciendo a los ordenamientos jurídicos nacionales normativas que tienden a fortalecer el derecho de acceso a la información pública en el contexto de las reformas estructurales del Estado.

Transparencia, modernización del Estado y corrupción

Los principios de probidad, transparencia y publicidad administrativa se encuentran consagrados en Chile en el capítulo III de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (Ley 18.875, en adelante LOCBGAE o Ley de bases),

¹ Para una descripción de otras herramientas y regulaciones sobre transparencia en el Estado chileno, véase BURGOS, Jorge. 2012. Transparencia en el Estado: a Medio Camino, Anuario de Derecho Público 2012, Ediciones Universidad Diego Portales, 436-452.

² Entendemos ciudadanía aquí en su sentido amplio, incluyendo también las personas que en un país específico no tengan derecho a voto o quienes no sean nacionales.

incorporados en éste cuerpo legal a fines del gobierno del presidente Frei Ruiz-Tagle a través de la ley 19.653 de 1999, conocida como Ley de Probidad.³ Posteriormente, en el año 2005 se consagraron en el artículo 8º de la Constitución Política que establece:

“El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones. Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional. El Presidente de la República, los Ministros de Estado, los diputados y senadores, y las demás autoridades y funcionarios que una ley orgánica constitucional señale, deberán declarar sus intereses y patrimonio en forma pública. Dicha ley determinará los casos y las condiciones en que esas autoridades delegarán a terceros la administración de aquellos bienes y obligaciones que supongan conflicto de interés en el ejercicio de su función pública. Asimismo, podrá considerar otras medidas apropiadas para resolverlos y, en situaciones calificadas, disponer la enajenación de todo o parte de esos bienes”.

La Ley de Probidad se hace cargo de algunas de las recomendaciones que realizó la Comisión Nacional de Ética Pública, y el Comité Interministerial de Modernización de la gestión Pública, ambos convocados en 1994. Estas instancias de carácter técnico, fueron parte de un esfuerzo general para modernizar las estructuras del Estado, realizado inicialmente por el gobierno del presidente Eduardo Frei, y continuado durante los gobiernos de Ricardo Lagos y Michelle Bachelet.

Sin embargo, las nociones de probidad y ética pública han formado parte de las doctrinas de derecho administrativo desde antes de su consagración explícita en la ley a fines de los años 90. Éstas doctrinas son tributarias de las instituciones de la administración pública chilena apegadas a las nociones de control, responsabilidad y legalidad, incorporadas tempranamente a la regulación de la administración del Estado,⁴ fundamentalmente representadas en el rol que ha jugado desde su creación la Contraloría General de la República en ejercer ese control.

Existen también nociones más modernas que han surgido gracias al desarrollo de la administración y de la gestión pública, que no responden sólo al derecho administrativo que regula el funcionamiento del Estado, sino que han incorporado una serie de técnicas, conocimientos, habilidades y valores que buscan dotar de eficiencia y mayor agilidad a los organismos estatales. La ética pública y la probidad se encontrarían en esta segunda categoría, con el agente público y no el ciudadano como protagonista de la acción del Estado.

³ CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 1999. Ley 19.653. Sobre probidad administrativa aplicable de los órganos de la administración del estado.

⁴ Ver, por ejemplo, SILVA CIMMA, Enrique. 1996. *Derecho administrativo chileno comparado V2, V3*. Editorial Jurídica de Chile.

Haciendo eco de las principales recomendaciones conceptuales que hace la nueva gestión pública, los procesos de modernización del Estado han tenido, entre sus principios centrales: la probidad de la función pública, el uso adecuado de los recursos del Estado y el mejoramiento de la calidad de los servicios públicos en un marco de fortalecimiento de la democracia, los derechos políticos de los ciudadanos y la transparencia del gobierno.⁵ No se han considerado en este contexto los *derechos* de los individuos hacia el Estado.

Para Prats i Catalá⁶ y Martínez Nogueira⁷ los componentes principales de la transformación del sector público consisten en profesionalizar el servicio civil, establecer sistemas de incentivos adecuados, mejorar los niveles de remuneración y modificar los estilos de gestión para introducir más eficiencia y transparencia. De esta forma, es posible fortalecer los procesos de accountability entre las organizaciones públicas y los ciudadanos, revirtiendo lo que según Armijo es una administración centrada en los procedimientos y de espaldas al ciudadano.⁸

Así, la nueva gestión pública pone en el centro de la reforma al Estado y la creación de un valor público⁹ por parte de las organizaciones,¹⁰ proceso en el cual la percepción ciudadana es esencial para determinar qué es lo valorable de una institución. Ergo, la transparencia de los procesos y el acceso a la información que generan las instituciones se convierten en un elemento particularmente importante para darle viabilidad a la reforma del Estado, en particular en la reestructuración de las organizaciones públicas.¹¹

Este nuevo modelo de gestión, desde el Estado pero con referencia al ciudadano, se enmarca en los procesos de modernización del Estado que intentan (con grados de éxito relativo) construir servicios públicos más eficientes y con prestaciones de mejor calidad, en los cuales la utilización de formas corruptas de obtener servicios o prebendas del Estado sean innecesarias y no sólo demasiado costosas por sus consecuencias penales o civiles.

Para el caso de Chile se introdujeron varios mecanismos institucionales que buscaban limitar la corrupción y disminuir los espacios que los agentes corruptos tenían para

⁵ POLLIT, Christopher y BOUCKAERT, Geert. 2000. *Public management reform. A comparative analysis*. Oxford University Press.

⁶ PRATS I CATALÁ, Joan. 1998. *Administración pública y desarrollo en América Latina: Un enfoque neoinstitucionalista*. En: Revista del CLAD Reforma y democracia N°11.

⁷ MARTÍNEZ NOGUEIRA, Roberto. 2002. *Las administraciones públicas paralelas y la construcción de capacidades institucionales: La gestión por proyectos y las unidades ejecutoras*. En: Revista del CLAD Reforma y democracia N°24.

⁸ ARMIJO, Marianela. 2002. *Modernización administrativa y de la gestión pública en Chile*. En: Tomassini, L. y Armijo, M. (eds.) *Reforma y modernización del Estado: Experiencias y desafíos*. LOM Ediciones, 265-297.

⁹ El valor público es definido como los beneficios que entrega una organización pública a la ciudadanía más allá del cumplimiento formal de sus objetivos explícitos. Para un desarrollo amplio de este concepto véase: MORRE, Mark. 1995. *Creating public value: Strategic management in government*. Cambridge, Harvard University Press.

¹⁰ JONES, Lawrence y THOMPSON, Fred, 2000. *Public management: Institutional renewal for the Twenty-First century*, JAI Press Inc.

¹¹ LÓPEZ, Andrea. *La nueva gestión pública: Algunas precisiones para su abordaje conceptual*. Recuperado el 17 de febrero de 2012 de <http://www.sgp.gov.ar/contenidos/inap/publicaciones/docs/modernizacion/ngpfinal.pdf>

reproducirse dentro de la administración del Estado. Por ejemplo, se regularizó las remuneraciones para los directivos de rango superior,¹² se regularizó la asignación para la alta dirección pública,¹³ se creó un sistema de asignaciones para directivos con funciones críticas,¹⁴ se implementó un sistema de alta dirección pública para el acceso de directivos superiores y al mismo tiempo se creó una dirección nacional de Servicio Civil,¹⁵ se fijaron asignaciones por modernización y por cumplimiento de metas,¹⁶ y se habilitó un sistema de compras públicas menos opaco y mejor regulado.¹⁷

Varias de éstas medidas se encontraban en las agendas de modernización del Estado y probidad pública de los primeros gobiernos de la concertación, pero vieron la luz sólo en la reciente década, en parte gatilladas por el escándalo de corrupción que el año 2002 generó una grave crisis política durante el gobierno del presidente Lagos. Otros proyectos en la misma línea de la modernización del Estado han tenido una discusión más lenta, como aquel que regula los gobiernos corporativos de las empresas del Estado,¹⁸ el proyecto de ley que establece normas para el ejercicio del lobby¹⁹ y otras iniciativas que aún no llegan a ser proyecto de ley, como la creación de la agencia de calidad de las políticas públicas.

Así, el avance pendiente en cuanto a la modernización del Estado durante el gobierno del presidente Lagos se centraba en el fortalecimiento de los mecanismos de transparencia y acceso a la información pública. Valga decir que el programa de gobierno del presidente Lagos incluía mecanismos bastante exiguos de reforma del Estado, aludiendo a ella en lo relativo a la eficiencia y control del gasto público: *“Reforzaremos las normas sobre probidad y sobre transparencia en el gasto público. Los servicios públicos rendirán cuenta pública periódica de su gestión. La Contraloría General de la República se modernizará para que pueda desarrollar mejor sus tareas fiscalizadoras”*.²⁰ No existía por tanto, una concepción de la transparencia en el marco de los derechos ciudadanos y la profundización de la democracia; aún más, los cartuchos parecen haberse agotado tanto en las reformas del año 2003 que fueron consensuadas con la oposición para salir de la crisis política, como en la reforma a la Constitución del año 2005 que incorporó el actual art. 8°.

En suma, para analizar una ley de acceso a la información es necesario distinguir por una parte la dimensión tocante al control de la corrupción y la reforma gerencial (dentro de

¹² CHILE. Ministerio de Hacienda. 2003. Ley 19.863 Sobre remuneraciones de autoridades de gobierno y cargos críticos de la administración pública y da normas sobre gastos reservados. Artículo 1°.

¹³ CHILE. Ministerio de Hacienda. 2003. Ley 19.882 Regula nueva política de personal a los funcionarios públicos que indica. Artículo 60°.

¹⁴ CHILE. Ley 19.882. Artículo 73°.

¹⁵ CHILE. Ley 19.882. Título VI.

¹⁶ CHILE. Ministerio de Hacienda. 1998. Ley 19.553. Concede asignación de modernización y otros beneficios que indica.

¹⁷ CHILE. Ministerio de Hacienda. 2003. Ley 19.886. Ley de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios.

¹⁸ CHILE. Congreso de la República. Boletín 5840-05.

¹⁹ CHILE. Congreso de la República. Boletín 6189-06.

²⁰ Programa de gobierno, disponible en University of Texas Libraries. <http://www.lib.utexas.edu/benson/lagovdocs/chile/federal/presidente/programa-de-gobierno.pdf>

la cual se enmarcan varias de las reformas emprendidas durante la reciente década) y por otra, aquellas dimensiones relacionadas con el acceso a la información pública como derecho de las personas.

2.2. Lógica participativa: el derecho humano al acceso a la información pública

La lógica participativa de la transparencia está plasmada en la interpretación del derecho de acceso a la información pública como elemento del derecho a la libertad de información y expresión, consagrado en el derecho internacional de los derechos humanos. El derecho internacional establece, para los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), la obligación de “respetar y garantizar” (art. 1.1 CADH) el derecho a la libertad de expresión (art. 13 CADH). De ello, un elemento clave es el derecho a la información. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado el contenido y alcance de éste derecho en varios casos provenientes de diferentes Estados latinoamericanos, incluyendo Chile. Varios de éstos estándares se han posteriormente resumido en la Declaración de Principios Sobre Libertad de Expresión adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

“2. (...) Todas las personas deben contar con igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información por cualquier medio de comunicación sin discriminación, por ningún motivo (...).”

3. Toda persona tiene el derecho a acceder a la información sobre sí misma o sus bienes en forma expedita y no onerosa, ya esté contenida en bases de datos, registros públicos o privados y, en el caso de que fuere necesario, actualizarla, rectificarla y/o enmendarla.”²¹

La Corte Interamericana ha sostenido que el control democrático por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública.²² Así explicitó que:

“El acceso a la información pública es un requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia, una mayor transparencia y una buena gestión pública, y que en un sistema democrático representativo y participativo, la ciudadanía ejerce sus derechos constitucionales, a través de una amplia libertad de expresión y de un libre acceso a la información.”²³

En seguida especificamos, sin entrar en detalle, el alcance del derecho a la libertad de expresión y de acceso a la información en el continente americano.

²¹ OEA. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión.

²² ORTE IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Párr. 97.

²³ CORTE IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Sentencia de 10 de septiembre de 2006. Párr. 84.

Libertad de expresión y acceso a la información en el continente americano

Se ha entendido en términos generales por libertad de expresión, el derecho de toda persona a expresar su opinión y el derecho colectivo a conocer la expresión de esa idea o información. La consagración de este derecho existe tanto en instrumentos universales, a saber, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (arts. 18 y 19) y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (art. 19), como en instrumentos regionales de protección de los derechos humanos, tales como el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos (art. 10), La Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (art. 9), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 13).

De acuerdo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

“En cuanto al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole.²⁴ (...) Ésta última se considera la dimensión colectiva del derecho, por permitir entrar en debate directo con las ideas de otros. En éste sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación o de acceso a la información representa directamente y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente”²⁵ (...) Es decir, para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.²⁶

De estas dos dimensiones en conjunto se desprende la vinculación entre la libertad de expresión y la existencia de una sociedad democrática, en la medida en que sólo garantizando ambos aspectos de este derecho, se posibilita la verdadera participación de los ciudadanos en los asuntos públicos. Al respecto, la Corte Interamericana ha sostenido que:

“Existe entonces una coincidencia en los diferentes sistemas regionales de protección a los derechos humanos y en el universal, en cuanto al papel esencial que juega la libertad de expresión en la consolidación y dinámica de una sociedad democrática. Sin una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se empiezan a tornar inoperantes y, en definitiva, se empieza a crear el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad”²⁷

En otras palabras, el derecho a la libertad de expresión constituye una garantía fundamental de vital importancia para la libre circulación de las ideas y para la vigencia

²⁴ CORTE IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (Art.13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Párr. 30.

²⁵ *Ibíd.*, párr. 65.

²⁶ *Ibíd.*, párr. 66.

²⁷ CORTE IDH. *Caso Herrera Ulloa*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Párr. 116.

de las condiciones de pluralidad ideológica que inspiran a una sociedad democrática, aplicándose todo lo dicho al derecho a la información. En efecto, éste derecho ha sido entendido por la jurisprudencia de la Corte Interamericana como parte integrante del derecho a la libertad de expresión.²⁸

Reconocimiento universal del derecho

El reconocimiento del *derecho* al acceso a la información *pública* a nivel internacional se ha desarrollado relativamente tarde. Mientras en 1946, la Asamblea General de Naciones Unidas manifestó el carácter trascendental de la libertad de información – la libertad de intercambiar información y acceder toda información ya publicada, el derecho a *exigir* información al Estado existía, en ese momento, solamente en Suecia.²⁹

En el Consejo de Europa, la Asamblea Parlamentaria viene desde 1970 realizando recomendaciones al Comité de Ministros en materia de “derecho a la libertad de información”³⁰, y dictó una Declaración, en la cual indicó que junto con el respecto del derecho a la libertad de expresión debe existir “*el correspondiente deber de las autoridades públicas de hacer accesible la información sobre asuntos de interés público dentro de los límites razonables [...]*”.³¹

Fue solamente en 1982 que el Comité de Ministros aprobó la “Declaración sobre libertad de expresión e información”, en la cual expresó el objetivo de buscar una política de apertura de información en el sector público.³² En 1998 se adoptó la “Convención sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales”, en el marco de la Conferencia Ministerial “Medio Ambiente para Europa” celebrada en Aarhus, Dinamarca. Además, el Comité de Ministros del Consejo de Europa emitió una recomendación sobre el derecho de acceso a documentos oficiales en poder de las autoridades públicas, en cuyo principio IV establece las posibles excepciones, señalando que “[*dichas*] *restricciones deberán exponerse de manera precisa por ley, ser necesarias en una sociedad democrática y ser proporcionales al objetivo de protección*”.³³

En el 2001, la Organización de los Estados Americanos (en adelante OEA) incluye en el artículo 4 de la Carta Democrática como componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa.

²⁸ CORTE IDH. Caso Claude Reyes, párr. 77.

²⁹ PÉREZ, Efraín y MAKOWIAK, Jessica. *El Derecho a la Información en Europa y América Latina: un Enfoque Constitucional*. En: Medio Ambiente y Derecho. Sin año. Disponible en www.cica.es.

³⁰ Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Comité de Expertos en Derechos Humanos, Recomendación Nº 582 adoptada el 23 de enero de 1970.

³¹ Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Resolución Nº 428 adoptada el 23 de enero de 1970.

³² Comité de Ministros, Declaración sobre libertad de expresión e información, adoptada el 29 de abril de 1982. Anteriormente, Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Resolución Nº 854 adoptada el 1 de febrero de 1979.

³³ Consejo de Europa, Comité de Ministros, Recomendación Nº R (2002)2, adoptada el 21 de febrero de 2002. Véase también Parlamento Europeo Directiva 2003/4/CE.

Posteriormente, en 2004 la OEA aprueba la resolución 2057, que viene a reafirmar la necesidad de promover el acceso a la información pública en aras de profundizar la democracia. En la misma línea alienta a los Estados miembros del sistema interamericano a impulsar mecanismos legislativos e institucionales que ayuden a concretar el acceso de los ciudadanos a la información pública, haciendo especial énfasis en la adopción de medios electrónicos que permitan su pleno ejercicio. Las mismas recomendaciones fueron reiteradas mediante la resolución 2418 del año 2008.³⁴

Existen finalmente una serie de instrumentos internacionales en que se reconoce la importancia del derecho de acceso a la información. Entre los más destacables está la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción,³⁵ la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo,³⁶ y la Convención sobre los Derechos del Niño,³⁷ que recogen un derecho amplio de acceso a la información.

En específico, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión ha distinguido dos ámbitos en que el derecho de acceso a la información se manifiesta, éstos son, la transparencia activa y la transparencia pasiva. De acuerdo al primero, los Estados deben “*suministrar al público la máxima cantidad de información en forma oficiosa [...]*”,³⁸ y conforme a la segunda dimensión, como se verá a continuación, se trata de proveer de recursos para el ejercicio y goce del derecho.

En el año 2004, los Relatores Especiales de Naciones Unidas, de la OEA y de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) en conjunto establecieron que, “*las autoridades públicas deberán tener la obligación de publicar de forma dinámica, incluso en la ausencia de una solicitud, toda gama de información de interés público y que se establecerán sistemas para aumentar, con el tiempo, la cantidad de información sujeta a dicha rutina de divulgación*”.³⁹

Las medidas concretas que requiere el derecho para ser efectivo incluyen que los particulares puedan reclamar en caso de que su derecho no sea respetado. Así, lo estipuló en 2006 la Corte Interamericana en el caso Claude Reyes, que constituye el primer fallo de un tribunal internacional que reconoce el derecho de acceso a la información:

“[...] que, en los casos de denegación de acceso a la información bajo control estatal, exista un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo, que permita (a) resolver el fondo de la controversia para determinar si se produjo una vulneración del derecho de acceso, y (b) en caso de encontrar tal vulneración, ordenar al órgano correspondiente la entrega de la información;

³⁴ OEA. Asamblea General. Otras resoluciones que hacen hincapié en este punto son las 1932 de 2003, 2121 de 2005 y 2252 de 2006.

³⁵ ONU. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Adoptada mediante Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 58/4 de 31 de octubre de 2003, artículos 10 y 13.

³⁶ ONU. Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, aprobada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo realizada del 3 al 14 de junio de 1992, principio N° 10.

³⁷ ONU. Convención de los Derechos del Niño, entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990, artículos 13 y 17.

³⁸ CIDH. Informe Anual 2003, supra nota 16, párr. 161.

³⁹ Organización para la Cooperación y la Seguridad en Europa. Párr. 161.

en estos casos los recursos deben ser sencillos y rápidos, pues la celeridad en la entrega de la información es indispensable. En caso de no contar con tales recursos judiciales, el Estado debe crearlos, o existe una violación adicional del artículo 25 de la Convención”⁴⁰

Todo lo anterior se justifica en la obligación por parte de los Estados de crear una cultura de transparencia, lo que implica no sólo respetar el derecho en comento, sino también en garantizar éste derecho⁴¹ en relación al art. 1.1 CADH.

Concluimos que la importancia que se le ha venido dando al derecho de acceso a la información pública en su relación con los procesos democráticos descansa en el fortalecimiento de la participación política de los ciudadanos. La información en este punto es el “oxígeno de la democracia”⁴² que contribuye a la habilidad que tengan los individuos para hacerse parte de la toma de decisiones que les afecten. Esa participación depende de la información con la que cuenten.⁴³

Restricciones a la libertad de expresión y al acceso a la información

Se desprende de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, especialmente el caso Claude Reyes, que la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información son un derecho fundamental que los Estados bajo la Convención Americana deben garantizar. No obstante, éstos derechos no son absolutos y aceptan restricciones, siempre y cuando ellas sean realizadas por ley, siguiendo objetivos legítimos, y usando solamente medidas necesarias y proporcionales a estos objetivos.⁴⁴

Lo anterior es relevante para los Estados al momento de establecer las formas de cumplir con la libertad de expresión y con el acceso a la información, tanto en su versión activa como pasiva. La Comisión Interamericana en el principio número 4 sobre libertad de expresión fue enfática al señalar que *“este principio 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”*.⁴⁵

La Corte Interamericana en el Caso Palamara Iribarne Vs. Chile ha señalado que,

“(…) Las causales de responsabilidad ulterior deben estar expresa, taxativa y previamente fijadas por la ley, ser necesarias para asegurar “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” o “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral

⁴⁰ CORTE IDH. Caso Claude Reyes y otros.

⁴¹ OEA. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *El Derecho de Acceso a la Información en el Marco Jurídico Interamericano*. 30 de diciembre de 2009.

⁴² ARTÍCULO 19. *El Derecho del Público a Saber: Principios en que debe basarse la legislación relativa a la libertad de información*. Londres 1999. Citado por Mendel, Toby. Libertad de Información: Comparación jurídica. Para mayor información véase en: http://portal.unesco.org/ci/en/files/26159/12224369177freedom_information_es.pdf/freedom_information_es.pdf.

⁴³ OEA. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. 2009, 45.

⁴⁴ OEA. Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Artículo 13.2. Ver también Corte IDH. *La Colegiación obligatoria de periodistas*.

⁴⁵ OEA. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Declaración de Principios, Principio N° 4.

*públicas”, y no deben de modo alguno limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa”.*⁴⁶

De acuerdo a lo anterior es posible afirmar que el sistema instaurado por la Convención Americana es un sistema de ponderación de intereses, conforme al cual existen mecanismos ilegítimos de restricción de éste derecho, como lo es la censura previa, y mecanismos legítimos, como las responsabilidades ulteriores.⁴⁷

En otras palabras, dado el rol fundamental que el derecho a la libertad de expresión juega al interior de una sociedad democrática y pluralista, resulta fundamental que los Estados acrediten una “necesidad imperiosa” que justifique la restricción al derecho. En el Caso Palamara Iribarne Vs. Chile la Corte manifestó que:

*“(…) la ‘necesidad’ y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas en el artículo 13.2 de la Convención Americana, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. [...] Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión”.*⁴⁸

Lo anterior implica la aplicación de un estricto *test de justificación* a las restricciones a la libertad de expresión, que permita evitar formas directas o indirectas de censura injustificada o de una desproporcionada limitación al derecho en cuestión.

En la declaración conjunta del año 2004 una de las aprehensiones de los relatores fueron los conceptos amplios promovidos para restringir este derecho, tales como seguridad e interés nacional. Al respecto se estableció que:

*“Cierta información puede ser legítimamente secreta por motivos de seguridad nacional o protección de otros intereses preponderantes, pero que (...) las leyes que regulan el secreto deberán definir con exactitud el concepto de seguridad nacional y especificar claramente los criterios que deberán utilizarse para determinar si cierta información puede o no declararse secreta, a fin de prevenir que se abuse de la clarificación secreta para evitar divulgar información de interés público. Por lo cual las leyes que regulan el secreto deberán especificar con claridad qué funcionarios están autorizados para clasificar documentos como secretos y también deberían establecer los límites generales con respecto al periodo de tiempo durante el cual los documentos deban mantenerse como secretos”.*⁴⁹

⁴⁶ CORTE IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Párr. 79.

⁴⁷ GONZÁLEZ, Felipe. *Censura Judicial y Libertad de Expresión: Sistema Interamericano y Derecho Chileno*. En: *Libertad de Expresión en Chile*. Universidad Diego Portales. Facultad de Derecho. Santiago. 2006 14.

⁴⁸ CORTE IDH. Caso Palamara Iribarne. Párr. 85. Ver también, Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, párr. 46.

⁴⁹ CIDH. Informe Anual 2008. Párr. 172.

La Comisión Interamericana por su parte ha señalado, específicamente en relación con el requisito de la proporcionalidad de las medidas para restringir el acceso a la información, que cualquier restricción para ser compatible con la Convención debe superar el *test de proporcionalidad*. Esta prueba se verifica en tres pasos, esto es, a) la medida debe estar relacionada con uno de los objetivos legítimos que lo justifican; b) debe demostrarse que la divulgación de la información efectivamente causaría un perjuicio sustancial a ese objetivo legítimo; y c) debe demostrarse que el perjuicio objetivo es mayor que el interés público en contar con la información.⁵⁰

En *totum*, el derecho de acceso a la información pública no es absoluto. Sin embargo sus restricciones han de ser limitadas, atendiendo su vinculación con la existencia de una sociedad democrática. Con todo, para su vigencia efectiva este derecho debe ajustarse a una serie de principios. La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión destaca el principio de la máxima divulgación, la presunción general de publicidad de los actos de la administración del Estado, la excepcionalidad de la reserva y su prueba en manos de los órganos del Estado, como elementos básicos que deben guiar a los Estados para regular el ejercicio y goce de este derecho.

3. HISTORIA Y ANTECEDENTES DE LA LEY 20.285: LA TARDÍA LLEGADA DE LA LÓGICA CIUDADANA

La historia de la ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública da cuenta de la existencia de tres claros antecedentes de derecho internacional tenidos a la vista al momento de su creación, debate, y posterior aprobación.

Antes de la entrada en vigencia de la LAIP, operaba una normativa de transparencia activa consagrada desde 1999 en los artículos 13 y 14 de la Ley Orgánica Constitucional de la Administración (Ley 18.575) cuya reglamentación era la instrucción general presidencial N°8 publicada en diciembre de 2006, complementado por el oficio N°3 de enero de 2007 y N°9 de marzo de 2007, de los ministerios del Interior y de Hacienda, y el oficio N°555 de los ministerio del Interior, Hacienda y Secretaría General de la Presidencia (SEGPRES).⁵¹ En definitiva, la LAIP se origina en la consagración en el art. 8° de la Constitución política de Chile del principio de probidad.

Primero, para los autores de la moción parlamentaria, en el año 2004 existía en Chile una práctica asentada de secretismo por parte de los órganos de la administración del Estado.⁵² Dicha situación vulneraba primero las obligaciones que Chile tenía conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos; en segundo lugar, constituía una

⁵⁰ CIDH. Informe Anual 2008. Párr. 171.

⁵¹ Instrucción general presidencial N° 8. 4 de diciembre de 2006. Disponible en: http://www.probidadytransparencia.gob.cl/assets/files/documentos/reglamentos_instrucciongenerals_circulares_oficios/instrucciongeneral_presidencial_n008_4-12-2006.pdf Consultado el 9 de Julio de 2012.

⁵² CHILE. Congreso Nacional. Historia de la Ley 20.285 Sobre Acceso a la Información Pública. 20 de agosto de 2008. Moción Parlamentaria. Cuenta sesión 23. Legislatura 352. 4 de enero de 2005, pág. 8. Además, el Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción en un informe de 6 de febrero de 2004 recomendó al Estado de Chile la modificación de la ley y de la regulación administrativa vigente.

violación de la Convención Interamericana contra la Corrupción;⁵³ y en tercer lugar, la ausencia de una ley expresa podía considerarse en oposición a la posición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el asunto, que tenía probabilidades de prevalecer en el caso Claude Reyes pendiente ante la Corte Interamericana.⁵⁴

En entrevistas, hemos podido confirmar y contrastar estos elementos. Así, algunos actores entrevistados consideraron otros antecedentes importantes, contextualizaron los existentes o ponderaron su significancia real. Por ejemplo de acuerdo a Eduardo Dockendorff, ministro durante la presidencia de Frei, el impulso fue por *“la necesidad de introducir modernizaciones porque era imposible avanzar hacia espacios cualitativamente superiores, exportador, de inserción en el mundo internacional, y de darle soporte a una política social muy intensa (...)”*. En el mismo sentido, José Manuel de Ferrari de la Corporación Participa explica el surgimiento del impulso por la transparencia en la *“iniciación de Chile en el mundo internacional, el intento por ser de [pertenecer a] los países que integran la Organización Mundial del Comercio, por ejemplo, que ponen ciertos estándares para la administración pública [en donde] la transparencia es un elemento importante”*.

En este capítulo, analizamos cómo las dos lógicas se han ido entrelazando en la historia de la Ley, siendo la creación de una autoridad que pudiera *garantizar* el derecho al acceso a la información pública un elemento que se suma de manera tardía a las propuestas de ley. Así, la lógica del ciudadano no del todo logra penetrar la lógica de modernización del Estado.

3.1. Antecedentes de derecho internacional: el caso Claude Reyes

En el año 2006 Chile fue condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por la violación del derecho a la libertad de expresión de Claude Reyes y Longton Guerrero, al denegarles en 1998 información sobre un contrato de inversión extranjera celebrado originalmente entre el Estado de Chile y dos empresas extranjeras y una empresa chilena para desarrollar un proyecto de industrialización forestal.⁵⁵ El caso fue presentado ante la Comisión Interamericana el 17 de diciembre de 1998, y ante la Corte en el 8 de julio del año 2005.

Pese a los avances que Chile había efectuado en el momento en que este caso se discutió ante la Corte Interamericana, las violaciones sobre las que versaba el caso habían ocurrido en 1998, mucho antes que las reformas legales en materia de acceso a la información vieran luz, por lo que la Corte igualmente condenó a Chile.⁵⁶

La Corte ordenó al Estado de Chile adoptar una serie de medidas de reparación, entre ellas, a) la entrega de la información denegada, sin necesidad de justificar una afectación a un interés específico; b) la supresión de toda norma y práctica que signifique la denegación de la garantía de acceso a la información; y c) la capacitación de los órganos, autoridades

⁵³ *Ibíd.* págs. 5-6.

⁵⁴ *Ibíd.*, pág. 175.

⁵⁵ CORTE IDH. Caso Claude Reyes y otros. Párr. 66.

⁵⁶ *Ibíd.*, párrafo 102.

y agentes públicos encargados de atender las solicitudes de acceso a la información bajo el control del Estado.⁵⁷

En el 2008, con la promulgación y publicación de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado (Ley de Acceso o LAIP), que reglamenta el artículo 8 de la Constitución Política de Chile y establece el procedimiento para garantizar el acceso a la información bajo el control del Estado, la Corte Interamericana tuvo por cumplida la obligación del Estado de Chile de adoptar medidas para garantizar la vigencia y respeto del derecho de acceso a la información.⁵⁸

En relación con esta opinión de la Corte, Chile en la audiencia de supervisión manifestó que, “(...) la extraordinaria contribución que significó para el acceso de información pública, [y] para el fortalecimiento de la libertad de expresión [...]. [El nuevo texto de la Ley es] más completo en gran medida debido a la influencia de la condena del Estado de Chile que hiciera la Corte Interamericana”.⁵⁹ No obstante, veremos que el cumplimiento con el fallo de Claude Reyes no fue lo que motivó la adopción de la Ley, lo que explica la permanencia de las dos lógicas antes definidas en un mismo cuerpo legal.

3.2. Normativas comparadas

Este informe no pretende proporcionar un estudio comparado de leyes de acceso a la información pública en otros países. No obstante, describimos la legislación y algunos aspectos del desarrollo en la aplicación de ésta, para tres países que han importantemente influenciado la discusión legislativa en Chile.⁶⁰ Durante la discusión parlamentaria se tuvo especialmente a la vista las experiencias de México, Reino Unido y de Canadá como buenas prácticas en materia de ley de acceso a la información.

De acuerdo a Ackerman y Sandoval,⁶¹ existen cuatro aspectos en donde las legislaciones comparadas de acceso a la información se distinguen:

- 1 El primero es el que denominan cobertura y se refiere a las instituciones que se ven obligadas por las disposiciones de la ley.
- 2 El segundo aspecto que las distingue es el que los autores nombran como de facilidad de acceso. Lo caracterizan como aquellos documentos que deben estar permanentemente a disposición de los ciudadanos (transparencia activa), y los costos que pueden cobrarse a quien solicite información pública.
- 3 El tercer aspecto se refiere a las excepciones y consiste en las materias que quedan fuera del ámbito de disponibilidad de los ciudadanos.

⁵⁷ *Ibíd.*, párrafos 157, 163 y 165 respectivamente.

⁵⁸ CORTE IDH. Supervisión de Sentencia caso Claude Reyes y otros. Resolución de 24 de noviembre de 2008. Puntos resolutivos.

⁵⁹ *Ibíd.*, párr. 10.

⁶⁰ Tomás Vial destaca adicionalmente la influencia del derecho estadounidense sobre la creación del modelo chileno, ver Vial 2010.

⁶¹ ACKERMAN, John y SANDOVAL, Irma (2005). *Leyes de Acceso a la Información en el Mundo*, Cuadernos de Transparencia, IFAI, México, pp. 24 y ss.

4 La supervisión y seguimiento. Este último criterio alude a la institucionalidad de control que disponen las distintas normativas en cuestión.

Siguiendo esta enumeración, y utilizando la adaptación al contexto nacional efectuada por Celhay y Gil⁶² más dos variables nuevas relativas a la consagración de esta normativa y su relación con la protección de los datos personales, se obtiene el siguiente comparativo, considerando las jurisdicciones que efectivamente han influenciado la normativa chilena en el momento de su creación:⁶³

3.3. Escándalos de corrupción

	MÉXICO	CANADÁ	REINO UNIDO
Consagración	<ul style="list-style-type: none"> • Constitución Mexicana (1977). • Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (2002) • Reforma constitucional (julio-noviembre 2007) 	<ul style="list-style-type: none"> • Ley de acceso a la información (Access of Information Act, 1985) • Enmiendas (2012) 	<ul style="list-style-type: none"> • Ley de acceso a la información pública (Freedom of Information Act, 2000)
Sujetos obligados	<ul style="list-style-type: none"> • Órganos del poder ejecutivo federal del Estado, • Poder legislativo federal • Poder judicial federal, • Tribunales administrativos federales, • Órganos constitucionales autónomos, • Procuraduría General, • Consejo de la Judicatura Federal (art. 3. XIV) 	<ul style="list-style-type: none"> • Órganos del poder ejecutivo • Empresas y filiales del Estado • Tribunales especiales • Leyes especiales • Corona y la Familia Real (art. 3) 	<ul style="list-style-type: none"> • Órganos del poder ejecutivo • Empresas públicas • Poder Legislativo • Asamblea de Irlanda del Norte, • Asamblea Nacional de Gales • Fuerzas armadas de la Corona (art. 1 en relación con Schedule 1)
Acceso TA	<ul style="list-style-type: none"> • Estructura • Funciones • Responsabilidad • Remuneraciones • Metas y objetivos • Presupuestos • Resultados auditorias • Contratos celebrados • Informes generados 	<ul style="list-style-type: none"> • Estructura • Funciones • Responsabilidades • Metas y objetivos • Descripción de cualquier información en su poder. • Al menos cada dos años se debe actualizar dicha información. • Costos: producción (límite de 25 dólares) • Reproducción • Exención de pago a criterio del jefe de servicio (art. 11). 	<ul style="list-style-type: none"> • Cada autoridad establece el modo y que información considera de carácter pública, sujeto a la aprobación del Comisionado por la Información (art. 19). • Costos: la autoridad establece sus propios aranceles para entrega y reproducción con techo legal máximo. • Negarse cuando el costo de producirla excede el límite legal (art. 9)

⁶² CELHAY, Pablo y GIL, Diego. *Experiencia comparada en el acceso a información pública*. En: De la Fuente, Gloria (ed.) *Calidad de la democracia, transparencia e instituciones públicas*. SEGPRES. Santiago de Chile. P. 149-171.

⁶³ Con el fin de presentar una revisión completa, el cuadro recoge una mirada actualizada de las normativas hasta el año 2011, aunque los cambios legislativos que se hayan adoptado después de 2006 no necesariamente han podido impactar la discusión chilena.

<p>Excepciones</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Comprometa la seguridad nacional • La seguridad pública o la defensa nacional • Ponga en riesgo la seguridad de una persona • Conducción de las relaciones internacionales • Perjudique investigaciones pendientes (art. 13) 	<ul style="list-style-type: none"> • Información obtenida de manera reserva (art. 13) • Publicidad afecte las relaciones internacionales, o la defensa nacional (art. 15) • Afecte alguna investigación oficial, salvo que dicha investigación haya concluido (art. 16) • Información afecte la seguridad de una persona (art. 17) • Afecte la seguridad nacional (art. 18) • Salvaguardas para el tercero perjudicado por la entrega de información (art. 20) 	<ul style="list-style-type: none"> • Intereses públicos en mantener la información reservada sobrepasan los intereses privados por hacerla pública (art. 17) • Cuando existen asuntos de seguridad o defensa del país involucrados (arts. 23, 24, 26), • Afecten relaciones internacionales (art. 27) • Afecten los resultados de una investigación (art. 30) • Para evitar una vulneración a los privilegios parlamentarios (art. 34) • Para evitar perjuicios en la conducción de la función pública (art. 36)
<p>Supervisión</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Desde el 2002 más de doscientas cincuenta dependencias y entidades del gobierno federal (Unidad de Enlace y un Comité de Información) • UE: recibe solicitudes, canaliza y entrega las respuestas • CI: confirma, modifica o revoca la clasificación de la información, (art. 28 y 29) • El Instituto de Información recurso de revisión (resoluciones definitivas para las dependencias y entidades) • particulares impugnarlas ante el Poder Judicial de la Federación • Instituto interpreta administrativamente la ley (art. 33 y ss) 	<ul style="list-style-type: none"> • Comisionado de la información revisa las decisiones del jefe de servicio sobre costos, prórroga, o denegación (art. 30) • Decisión es apelable ante una Corte Federal (art. 41) • Comisionado entrega un informe al Parlamento sobre el desempeño de su cargo (art. 38) 	<ul style="list-style-type: none"> • El Secretario de Estado crea y suministra códigos de buenas conductas (art. 45) • El Comisionado de la Información promueve el código de conducta y la aplicación de esta ley (art. 47) • Comisionado una vez informa al Congreso. • Individuos reclaman ante el Comisionado (art. 50 y 51) • Apelaciones ante el tribunal de Información (art. 18 en relación con art. 57) • Apelar ante un tribunal ordinario (art. 59)
<p>Datos Personales</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Los sujetos imperados deben proteger los datos personales (art. 20) 	<ul style="list-style-type: none"> • Comisionado de Integridad Pública pueda negar información que afecte conducta de un funcionario público (art. 16.4) • Sujetos imperados pueden negar información protegida bajo la ley de protección de información personal (art. 19) 	<ul style="list-style-type: none"> • Ley de acceso a la información contempla la posibilidad de negar acceso a información sobre datos personales (art. 40)

La Comisión Nacional de Ética Pública convocada en los años 90,⁶⁴ sustentó su planteamiento en dos supuestos fundamentales relacionados con los procesos de accountability. El primero fue que en Chile los hechos de corrupción eran relativamente escasos y no existía una *institucionalización masiva* de actos corruptos, como sí ocurría en otros países. Esta situación se encuentra avalada por el índice de percepción de la corrupción de Transparencia Internacional⁶⁵ que en 2011 le dio a Chile una nota de 7,2 sobre 10, superado en las Américas sólo por Canadá (8,7) y seguido por Estados Unidos (7,1) y Uruguay (7). Entre los 178 países estudiados por Transparencia Internacional, Chile ocupa el puesto 22.

Pese a estas cifras y a los supuestos sobre los que trabajó la Comisión de Ética en los 90, existían a la fecha prácticas aceptadas por la sociedad civil y la élite política que entraban en conflicto con el espíritu de probidad administrativa en el ejercicio de la función pública. Algunas de ellas fueron las prácticas modernas de clientelismo y la repartición discrecional de diversos recursos que estaban a cargo de autoridades políticas,⁶⁶ así como también los servicios particulares de la administración del Estado donde existían casos de corrupción más generalizados, como los episodios de Chile Deportes, el caso MOP-GATE, el caso CORFO-Inverlink, los hechos que afectaron a la empresa de los ferrocarriles del Estado (EFE), entre otros, los que terminan siendo aislados y se canalizan a por vías judiciales, no afectando la estabilidad del sistema político-administrativo en su totalidad.

La Comisión de Ética Pública en segundo lugar llamó la atención sobre los riesgos de la corrupción. En su opinión, en toda estructura pública la corrupción es un peligro latente, inherente a la administración, y por lo tanto era necesario robustecer las medidas preventivas que permitieran detener *ex ante* la comisión de hechos que dañasen la probidad. Solimano argumenta en sentido similar usando una serie de teorías respecto del comportamiento humano (utilitarismo, costo beneficio, esfera pública/privada). Concluye que la tendencia a la corrupción siempre está presente en las organizaciones humanas y, por cierto, no sólo en el sector público.⁶⁷

Por lo tanto, las reformas que se realizan en el marco de la nueva gestión pública, tratan de generar mecanismos que limiten las posibilidades de expansión de los hechos corruptos, permitiendo un mayor control social gracias a los mecanismos de transparencia y aumentando los costos para los posibles infractores. Pero adicionalmente debe considerar mecanismos que hagan de fácil acceso esta información. Aninat y Del Solar señalan que en la medida que se extiende la facilidad para acceder a la información pública se restringe

⁶⁴ Comisión Nacional de Ética Pública. *Ética pública: Probidad, transparencia y responsabilidad al servicio de los ciudadanos*. Santiago de Chile. 1999.

⁶⁵ Véase <http://www.transparency.org/country>

⁶⁶ REHREN, Alfredo. *Clientelismo político, corrupción y reforma al Estado en Chile*. En: Valdés Prieto, S. (ed.), *Reforma del Estado: Dirección pública y compras públicas V. II*. CEP Chile. 2002. P 127-164.

⁶⁷ SOLIMANO, Andrés (2008). *Las termitas del Estado: Ensayos sobre corrupción, transparencia y desarrollo*. Fondo de Cultura Económica.

el ámbito de la corrupción, el tráfico de influencias, la incidencia del dinero en la política y el clientelismo.⁶⁸

3.4. Negociación en el Congreso de la República

Mostraremos en seguida cómo estos tres elementos (antecedentes internacionales, comparativos y escándalos de corrupción) han sido recogidos en la historia de la ley.

La moción Larraín-Gazmuri

La ley 20.285 surgió como una moción presentada por los senadores Jaime Gazmuri Mujica (Partido Socialista, en adelante PS) y Hernán Larraín Fernández (Unión Demócrata Independiente, en adelante UDI) en el año 2005. En 1996 el Senador Larraín (UDI) había presentado una indicación que intentaba incluir normas de transparencia para favorecer el ejercicio del periodismo. Relata el Senador, “...cuando la presenté tuve unas reacciones, en ese minuto yo era de oposición y los senadores de la concertación me decían que yo estaba tratando de desnudar al gobierno, como si fuera una estrategia para fiscalizar, criticar y cuestionar, y la verdad es que no era esa la intención, así que poco a poco fue ganando terreno...”⁶⁹

La iniciativa aludida por Larraín (UDI) fue incorporada más tarde a la ley de probidad publicada en el año 1999. El diputado Jorge Burgos, reconoce además el rol de Larraín y Gazmuri en dar el segundo paso en esta materia, señalando que el punto de inflexión en la discusión sobre transparencia en Chile ocurrió justamente con la publicación de la ley de probidad que incorporó capítulos completos⁷⁰ a la ley de bases generales de la administración del Estado respecto a la probidad y a la declaración de intereses y patrimonio.⁷¹

La iniciativa parlamentaria Larraín-Gazmuri, del 4 enero de 2005, contemplaba tres artículos. Por medio de ella se intentaba modificar la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado,⁷² la Ley sobre Procedimientos Administrativos,⁷³ y la Ley Orgánica Constitucional del Congreso en aquello referente al acceso a la información en poder del Estado, y del Congreso respectivamente.⁷⁴

En concreto, la moción de enero de 2005 proponía la modificación de los artículos 13 y 14 de la LOCBGAE, definiendo qué actos se debían considerar públicos, además de incluir

⁶⁸ ANINAT, Cristóbal y DEL SOLAR, Felipe. *Políticas de probidad y transparencia para el Estado de Chile*. En: De la Fuente, G; Contreras, S; Hidalgo, P; Sau, J. (Eds.) *Calidad de la democracia, transparencia e instituciones públicas*. SEGPRES. 2009. P. 107-145.

⁶⁹ Entrevista senador Hernán Larraín.

⁷⁰ CHILE. Ley 18.835. El capítulo III de este cuerpo legal está dedicado exclusivamente a la probidad administrativa.

⁷¹ Entrevista diputado Jorge Burgos.

⁷² CHILE. Ministerio del Interior; Subsecretaría del Interior. 1986 Ley 18.575. Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Texto refundido publicado en el Diario Oficial el 17 de noviembre de 2001.

⁷³ CHILE. Ministerio de la Secretaría General de la Presidencia. 2003. Ley 19.880. Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado.

⁷⁴ CHILE. Ministerio del Interior. 1990. Ley 18.918. Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.

una presunción de que toda información que se encontrare en manos de la Administración debiese ser considerada pública. Asimismo, la iniciativa consagró el derecho de toda persona a solicitar y recibir dicha información, y a formular las consultas respectivas.⁷⁵ Fue en este momento que aparece por primera vez la lógica ciudadana, no obstante, faltándole todavía una institucionalidad de fiscalización.

Los autores de la moción fundaron su proyecto en el derecho que le cabe a todo ciudadano de acceder libremente a las fuentes públicas de información, y el consiguiente derecho de la ciudadanía de tomar conocimiento de los actos públicos. En sus palabras, *“un control en manos de los ciudadanos, que junto con otros controles ideados en el marco del Estado de Derecho, contribuyen a fortalecer la transparencia de la función pública y la reducción de los posibles ámbitos de corrupción”*.⁷⁶

Pese a la existencia en Chile de leyes que establecían la publicidad de los actos de la administración, tales como la Ley de Probidad que facultaron a la administración para dictar reglamentos sobre la extensión de la publicidad de sus actos. En la práctica, esto se tradujo en la proliferación de numerosos decretos que convirtieron el acceso a la información en una garantía inoperante.⁷⁷ Esta situación de acuerdo a los senadores contravenía la normativa nacional e internacional.

Primer trámite constitucional

La moción descrita se discutió primero en sala para su aprobación en general (junio de 2005) y luego en particular (julio y octubre de 2005). En su discusión general existió coincidencia de parte de la sociedad civil, entre ellos Claudia Lagos, Pedro Anguita, Juan Pablo Olmedo, Miguel Ángel Fernández González, Pedro Mujica y Helen Darbishire; y de los senadores Frei (Partido Demócrata Cristiano, en adelante PDC), Cantero (Renovación Nacional, en adelante RN), Gazmuri (PS) y Larraín (UDI) de la importancia de regular esta materia para la democracia chilena,⁷⁸ sin embargo no hubo correspondencia en cuanto a cuál sería la mejor técnica legislativa que se debiese seguir para regular este derecho. Ilustra lo anterior la intervención del Ejecutivo en el sentido de abogar por perfeccionar la actual normativa, pero incorporando las modificaciones a la regulación existente, evitando así la creación de un nuevo cuerpo legal. Del mismo modo, señaló que la obligación de publicidad sólo debiese recaer en los órganos de la administración del Estado de acuerdo al artículo 1 de la Ley de Bases.⁷⁹

⁷⁵ CHILE. Congreso Nacional. Historia de la Ley 20.285. Sobre Acceso a la Información Pública. 20 de agosto de 2008. Moción Parlamentaria. Cuenta sesión 23. Legislatura 352. 4 de enero de 2005.

⁷⁶ *Ibíd.*, pág. 5.

⁷⁷ *Ibíd.*, págs. 6 y 7. Ver también resumen Comisión de Gobierno. Pág. 18.

⁷⁸ CHILE. Congreso Nacional. Primer Informe de la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización. Cuenta en Sesión 54, Legislatura 352, 16 de mayo de 2005 y Sesión 3, Legislatura 353, 8 de junio de 2005. Ver por ejemplo, intervenciones de Claudia Lagos (pág. 24), Juan Pablo Olmedo (pág. 37) en representación de la sociedad civil y de los senadores Larraín (pág. 49), Silva (pág. 55), y Frei (pág. 59).

⁷⁹ Primer Informe de la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización. Cuenta en Sesión 54, Legislatura 352, 16 de mayo de 2005, pág. 33. Ver intervención de Susana Riosco de la División Jurídica del Ministerio General de la Presidencia. De aquí en adelante la mención a los órganos de la administración del Estado se refiere al artículo 1 de la Ley de Bases.

Otro asunto de debate iniciado durante la discusión, se refirió a la extensión de la obligación de publicidad. Se expresaron opiniones divergentes sobre la amplitud del derecho. Para algunos ésta debiese limitarse a los órganos de la administración del Estado (art. 1 de LOCBGAE), para otros debía incluir a los demás poderes del Estado (judicial y legislativo),⁸⁰ a las empresas públicas y aquellas en donde el Estado tuviese participación accionaria.⁸¹ En las indicaciones del 11 de julio de 2005, el senador Larraín (UDI) incluyó la obligación de publicidad para las empresas públicas y aquellas empresas en donde el Estado tuviese una relevante participación accionaria.⁸²

El 4 de octubre de 2005 el Senado votó en particular el proyecto, aprobado sus nuevos 7 artículos. Pese a las intervenciones del Ejecutivo por igualar el derecho de publicidad de la empresa pública y privada, se incluye una mención a las primeras en virtud de las cuales éstas quedan obligadas a publicar únicamente ciertos ámbitos de su actividad, por tanto sujetas exclusivamente a una obligación parcial de informar.

El Segundo trámite constitucional

El segundo trámite constitucional se inició casi dos años después, el 8 de mayo de 2007. Se parte su discusión general con una indicación sustitutiva total del Ejecutivo en orden a crear una nueva ley de transparencia de la función pública y de acceso a la información de la Administración del Estado.⁸³ Esta ley materializará las recomendaciones de la Comisión de Ética nombrada por la Presidenta Michelle Bachelet, en respuesta a los escándalos de corrupción en Chiledeportes y recogerá el espíritu del proyecto de ley aprobado en general y en particular en el Senado, introduciendo cambios en el procedimiento de acceso a la información, sobre los sujetos imperados por la norma, y la extensión del derecho de publicidad de parte de los órganos de Estado.⁸⁴ Son los acontecimientos alrededor de Chiledeportes y no la sentencia en el caso Claude Reyes que motivan al Ejecutivo y Congreso avanzar con la aprobación de una ley de acceso a la información pública.⁸⁵ El senador Larraín en entrevista para esta investigación señaló que la moción que él había presentado junto al senador Gazmuri carecía de la institucionalidad, pues esa facultad de privativa del presidente de la República. No fue hasta los casos de corrupción, que el ánimo político habría permitido generar la oportunidad de fortalecer y aprobar el proyecto.⁸⁶

El Diputado Burgos (PDC), participante activo de la Comisión de la Cámara de Diputados y de la Comisión mixta que discutió el proyecto de ley, explica que *“(...) una ley que no puede salir [de] la moción, [pues] era vaga, porque era parte de las normas [que] son de iniciativa*

⁸⁰ VIAL, Tomás. *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 2010. Ediciones Universidad Diego Portales. 114-143, p. 118.

⁸¹ Por la sociedad civil, ver intervenciones de Pedro Anguita (pág. 31), Miguel Ángel Fernández (pág. 37), Larraín (pág. 54), Núñez (pág. 60), Ruiz Esquide (pág. 142).

⁸² Segundo Informe de la Comisión de Gobierno. 31 de agosto de 2005.

⁸³ Segundo trámite constitucional. Cámara de Diputados. Informe Comisión de Constitución, Legislación y Justicia. Cuenta en Sesión 35, Legislatura 355, 8 de mayo de 2007, pág. 164.

⁸⁴ *Ibíd.*, pág. 166.

⁸⁵ Entrevista Tomás Vial, 27 de agosto de 2012.

⁸⁶ Entrevista Senador Hernán Larraín.

exclusiva del ejecutivo. Crear un consejo de la transparencia es iniciativa exclusiva del ejecutivo, limitar sus facultades respecto del secreto es iniciativa exclusiva del ejecutivo...". Para el Senador Jaime Gazmuri (PS), en cambio, el nuevo impulso del proyecto de la LAIP se produjo a consecuencia del fallo de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos en el caso Claude Reyes.⁸⁷

La primera vez que se mencionó el caso Claude Reyes en la discusión legislativa se produjo justamente durante el segundo trámite constitucional, en particular en la discusión general realizada ante la Comisión de Constitución (8 de mayo de 2007). El primero en hacer referencia al caso fue justamente el Senador Jaime Gazmuri (PS).⁸⁸ Posteriormente, en la discusión particular en la Cámara de Diputados, el Diputado Burgos (PDC) y el Ministro Viera-Gallo (entonces Secretario General para la Presidencia), usan los fundamentos de la sentencia para argumentar a favor de la necesidad de aprobar una ley de acceso a la información (13 de Junio de 2007).⁸⁹ De regreso en el Senado, en sesión de 3 de julio de 2007, Riveros actuando como Subsecretario General de la Presidencia, reafirma la importancia de la sentencia de la Corte Interamericana para determinar los fundamentos del derecho de acceso a la información y los límites admisibles para restringir este derecho.⁹⁰

La opinión de Gazmuri sin embargo es contrastada por el mismo Larraín quien manifiesta que los escándalos de Chile Deportes y de los planes de emergencia motivaron a la presidenta Bachelet a convocar una comisión de probidad la cual, entre sus recomendaciones, incluyó tomar la moción presentada por Larraín y Gazmuri adicionando la institucionalidad de transparencia necesaria para fiscalizar y resolver controversias. Así, lo que realmente habría hecho posible el impulso de la ley fue el escenario de corrupción.

Los hechos de corrupción que afectaron a los gobiernos de la Concertación y que tuvieron una alta exposición mediática, generaron incentivos para que el Ejecutivo tomara la iniciativa de impulsar la discusión de la LAIP.

La indicación substitutiva total del Ejecutivo, enviada en diciembre de 2006 innovó creando una legislación integral (y no subsumida a la Ley de Bases), que generó la obligación de informar a la totalidad de los órganos de la Administración del Estado (aquellos listados en el art. 1 LOCBGAE), con la excepción de las empresas del Estado, las que quedaron pendientes a la regulación que finalmente se estableciera en 2010 sobre gobiernos corporativos.⁹¹ Lo más importante para efectos de este análisis es el hecho que

⁸⁷ Informe Segundo trámite, pág. 166. Opinión que es luego reafirmada por Viera-Gallo en la discusión en sala el 13 de junio de 2007. Pág. 384.

⁸⁸ Informe Segundo trámite, pág. 166.

⁸⁹ *Ibíd.*, págs. 262 en relación con 275.

⁹⁰ *Ibíd.*, pág. 343.

⁹¹ *Ibíd.*, pág. 172. La ley 20.382 de Gobiernos Corporativos fue publicada en el Diario Oficial el 29 de Octubre de 2009 y entró en vigencia el 1 de enero de 2010. Esta ley introduce modificaciones a ley 18.045 Ley de Mercado de Valores. En lo que respecta a la provisión de información de las empresas, la nueva ley sustituye el artículo 7 de la ley 18.045 dotando a la Superintendencia de Valores de la capacidad de fiscalizar a las sociedades anónimas y a todas aquellas que no sean emisoras de valores sobre el tipo de actividad que la entidad o la industria integra. Para ello, la Superintendencia puede determinar que las entidades informantes se inscriban en registros especiales fijando, por norma de carácter general, los requisitos para ello.

se propuso crear un organismo externo, el Instituto de Promoción de la Transparencia, encargado de la promoción y fiscalización de la transparencia. Se lo estableció como un órgano autónomo, constituido como corporación de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio.⁹²

Además, la indicación consagró una triple vía para el amparo del derecho de acceso a la información, a saber; 1) reclamación administrativa ante el órgano especializado; 2) establecimiento de un conjunto de sanciones para la denegación injustificada; y 3) la fiscalización permanente por el organismo externo. Se incluyó por último, un título que restablecía sanciones específicas en contra de los funcionarios que hubieren denegado infundadamente el acceso a la información.⁹³

Existió alto consenso por parte de los diputados de ambas bancadas para aprobar la nueva versión del proyecto. Se aprobó el proyecto con los votos de casi la totalidad de la Cámara.⁹⁴

El tercer trámite constitucional

En el tercer trámite constitucional en el Senado, la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización en julio de 2007 acordó que debido a que la Cámara había efectuado modificaciones de fondo y de forma al texto despachado por el Senado, era necesario un debate en profundidad. El 16 de enero de 2008 se aprobó en el Senado la conformación de la comisión mixta.⁹⁵

Entre los senadores existió bastante conformidad con el proyecto presentado por el Ejecutivo. El senador Carlos Ominami (PS) manifestó sin embargo cautela en relación a la falta de incorporación de otros órganos, destacando las “dificultades de universalizar dicho principio”, reiterando diferencias que se habían mostrado ya en la Cámara. En concreto, este senador se refirió al Banco Central y al Consejo Nacional de Televisión. El Senador Navarro (PS) en tanto se manifestó en contra de la norma que limitó el acceso a la información en el Congreso. Finalmente el senador Larraín (UDI) destacó la incorporación de la institucionalidad, cosa que no podía hacerse por moción al ser iniciativa exclusiva del Ejecutivo.⁹⁶

Entre el 11 de marzo y el 11 de julio de 2008 (y una vez que la Presidenta de la República remitió el proyecto de ley sobre acceso a la información), el Tribunal Constitucional efectuó el control preventivo de constitucionalidad. Declaró constitucionales todos los artículos, salvo el inciso cuarto del artículo 65 bis referido al Banco Central. Cabe hacer presente que aquellas normas que se referían a los órganos autónomos fueron declaradas constitucionales en el entendido de que la Ley de Transparencia se aplique a ellas de

⁹² *Ibíd.*, pág. 173.

⁹³ *Ibíd.*, págs. 232-237.

⁹⁴ *Ibíd.*, págs. 295-296.

⁹⁵ Informe Comisión de Gobierno. Cuenta Sesión 34, Legislatura 355, 17 de julio de 2007, pág. 373.

⁹⁶ CHILE. Congreso Nacional. Senado. Discusión en Sala. Sesión 84, Legislatura 355, 16 de enero de 2008, págs. 470-482.

manera restrictiva y en la medida de que no alteraren la independencia y autonomía que la Constitución les concede.⁹⁷

Uno de los votos de minoría se refirió a las facultades del Consejo de la Transparencia para dictar instrucciones generales a otros órganos del Estado y requerir que éstos se ajusten a sus procedimientos. Los ministros Hernán Vodanovic Schnake y Jorge Correa Sutil fueron de la opinión que esta facultad era una limitación a la potestad del Presidente de dirigir el Estado conforme lo estime conveniente (artículo 24 de la Constitución).⁹⁸

Despachado este trámite, el proyecto de ley sobre acceso a la información quedó en estado de ser promulgado por la Presidenta de la República y publicado en el Diario Oficial. El 20 de agosto de 2008 se convirtió en ley de la República.⁹⁹

3.5. Consensos difíciles y problemáticos

El alto nivel de consenso que se logró en el Congreso para votar el texto aprobado en la Comisión mixta, acalló las voces de descontento de quienes, durante su tramitación expresaron su preocupación por los aspectos problemáticos de esta regulación. No obstante, los mismos puntos que habían comprobado ser difíciles en la negociación de la Ley, resultaron en un continuo debate después del 2008. En particular, hubo divergencias por la situación de aquellos órganos que quedaron fuera de la protección de la ley, especialmente, el Congreso, los órganos autónomos y de las empresas privadas que realizan servicios públicos. Además, por el carácter sui generis del Consejo para la Transparencia, que se constituye como un organismo legalmente autónomo que se inserta en el poder ejecutivo y a la vez los fiscaliza. En esta sección, recogemos los que consideramos los más importantes.

Inclusión del Congreso al mecanismo de la transparencia y otros órganos constitucionalmente autónomos

El Senador Larraín, en su actual función de presidente de la Comisión de Ética y Transparencia del Senado explica que tanto el congreso como el poder judicial, no son parte de la administración del Estado, se trata de poderes autónomos que no pueden quedar sujetos a la fiscalización de un organismo alojado en el poder ejecutivo. A eso se sumaron también otros órganos autónomos del Estado, como la Contraloría y el Banco Central. Pese a eso, el Congreso habría generado su propia instancia, siendo el secretario general de la cámara o del senado la primera instancia y las comisiones de ética de cada corporación una segunda instancia. Ellos, según el Senador, cumplirían el rol del Consejo para la Transparencia.

⁹⁷ CHILE. Tribunal Constitucional. Sentencia Definitiva. Rol 1051-08. 11 de julio de 2008. Tribunal integrado por los Ministros señores José Luis Cea Egaña (Presidente Subrogante), Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Jorge Correa Sutil, Marcelo Venegas Palacios, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes.

⁹⁸ *Ibíd.*, Voto disidente de Ministros Hernán Vodanovic Schnake y Jorge Correa Sutil.

⁹⁹ CHILE. Ministerio Secretaría General de la República. 2008. Ley 20.285. Sobre Acceso a la Información Pública.

Sin embargo, en un tono contrario, Manuel de Ferrari,¹⁰⁰ representante de la Corporación Participa, señala que la exención del congreso en la aplicación general de la ley es una limitación del derecho de acceso a la información pública, la cual debiera ser aplicable a todos los órganos del Estado. En esa misma línea, Manuel Arís,¹⁰¹ de la Fundación Ciudadano Inteligente, indica que las instancias que se pudiera haber dado el congreso para dirimir asuntos de transparencia no resultan eficaces, pues ellos investigan y sancionan a sus pares, lo cual vulnera las reglas del debido proceso.

“[La exención del congreso] es una limitación de la ley, nosotros pensamos que la ley de transparencia se debiera aplicar a todos los órganos del Estado (...) o sea para nosotros, el hecho de que la ley no se aplique a estos organismos, al Congreso, de la misma manera que se le aplica a los otros es una limitación a la transparencia y al derecho ciudadano de acceder a la información que es pública.” Así también, Manuel Arís complementa que *“(…) las comisiones de ética del senado y de la cámara, al final investigan y sancionan a sus pares y ahí no se garantiza un debido proceso (...) todavía este poder no se somete a esas reglas donde el congreso puede ser fiscalizado por otro órgano independiente”*.

Pese a la relevancia internacional del fallo Claude Reyes, Juan Pablo Olmedo y Tomas Vial en representación de la Fundación Pro Acceso expresaron el 10 de julio de 2007 ante la Cámara de Diputados su preocupación por la falta de reconocimiento en la iniciativa legislativa del carácter de derecho humano esencial que constituye el acceso a la información. Esto, entre otras razones, debido a que el proyecto de ley determinaba su aplicación parcial para ciertos órganos, excluyendo así a órganos como el Tribunal Constitucional y el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, el Banco Central, el Congreso Nacional, el Poder Judicial, y tampoco consagraba un sistema de implementación efectiva de la ley. A juicio de ellos, debido a estas falencias se pasaba a llevar los principios esenciales que dieron contenido a este derecho de acuerdo a los estándares fijados por la Corte Interamericana en el citado caso Claude Reyes.

Inclusión de instituciones privadas cumpliendo funciones de “interés público”

Otro asunto que quedó fuera de la discusión parlamentaria fue la incorporación de las instituciones privadas que proveen servicios públicos. En la actualidad, existe en la Cámara de Diputados una moción contenida en el boletín N° 6480-06, que busca incluir dentro de los organismos cubiertos totalmente por la ley de transparencia a las administradoras de fondos de pensiones, las instituciones de salud previsual (ISAPRES), cajas de compensación, mutuales y empresas de servicios públicos de tarifa regulada.

Dockendorff¹⁰² es de la opinión que el consejo para la transparencia actúe como un propiciador de conductas transparentes en todo ámbito, incluyendo la esfera privada que tienen alguna función pública, separando del rol que debiera jugar Contraloría como garante de la legalidad de los actos de la administración. Sobre este punto el Senador

¹⁰⁰ Entrevista José Manuel de Ferrari.

¹⁰¹ Entrevista Manuel Arís.

¹⁰² Entrevista Dockendorff.

Hernán Larraín¹⁰³ enfatiza que hay espacios grises que permitirían la existencia de lugares de reserva privada en ámbitos públicos y cuestiones públicas en el ámbito privado, particularmente en aquellas actividades que proveen bienes públicos. Un ejemplo sería la previsión, que si bien se administra de forma privada, es de suyo una cuestión pública que requeriría transparencia.

Existen no obstante opiniones más cautas sobre si la expansión de la cobertura de la ley a otras organizaciones de carácter privado que cumplan una función pública debiese ser una prioridad en el momento actual, o bien mantenerse como un tema latente a la espera de la coyuntura crítica que propicie la ventana de oportunidad para impulsar la normativa. Esa es la visión de Juan Pablo Olmedo,¹⁰⁴ ex integrante y ex presidente del Consejo para la Transparencia, quien explica que el tema es importante, pero se trata de una discusión paralela. En opinión del Sr. Olmedo parece más cercana la discusión respecto al financiamiento público de los partidos políticos y su relación con la transparencia. En opinión de Manuel Arís,¹⁰⁵ sobre el mismo punto, la ley de acceso a la información pública debiese primero funcionar bien en el Estado y luego plantear la posibilidad de expandirla al sector privado.

Características del CPLT

El modelo del CPLT es parecido al que se adoptó en 2003 para el Consejo de Alta Dirección Pública. No obstante, el Consejo para la Transparencia debe también relacionarse directamente con la ciudadanía, por lo que su institucionalidad la podríamos situar en un punto intermedio entre el Consejo de Alta Dirección Pública y el Instituto Nacional de Derechos Humanos.

No obstante, permanece pendiente la discusión sobre la naturaleza del Consejo para la Transparencia como un organismo *sui generis* al interior del gobierno central. Surgen críticas a su rol fiscalizador, como expresa Eduardo Dockendorff,¹⁰⁶ ex ministro de SEGPRES, quien cree que el consejo debería jugar un rol orientador, dejando el rol fiscalizador a la Contraloría. El consejo debiera abrir los espacios de opacidad que todavía existan dentro de la administración del Estado.

Esta opinión contrasta, hoy en día, con la colaboración entre el CPLT y la Contraloría en materia de sanciones, según ha relatado el Presidente del Consejo, Alejandro Ferreiro,¹⁰⁷ se mantiene un convenio entre el CPLT y la Contraloría, permitiendo que cada vez que el consejo tiene que instruir un sumario que conduzca eventualmente a la aplicación de una sanción, se le entregan a Contraloría los antecedentes y ella, que tiene los equipos especializados a lo largo de Chile, pasa a ser la “institución sumariante y los instructores

¹⁰³ Entrevista a Hernán Larraín.

¹⁰⁴ Entrevista a Juan Pablo Olmedo.

¹⁰⁵ Entrevista a Manuel Arís.

¹⁰⁶ Entrevista Eduardo Dockendorff.

¹⁰⁷ Entrevista a Alejandro Ferreiro.

del procedimiento”. Una vez que Contraloría termina su labor y fórmula los cargos, se le entrega al CPLT las propuestas para aplicar sanciones.¹⁰⁸

En definitiva, la LAIP se constituye como una apuesta concreta de modernización del Estado,¹⁰⁹ en contraposición a la imagen de un Estado clásico. Para Ferrari la expectativa con la ley era que ésta fuese una herramienta para que el ciudadano pudiese acceder a la información en manos del Estado no como una regalía o a discreción del que administra la información, sino que fuere un deber del Estado poner a disposición pública esa información. Esta perspectiva se sobrepone con el motivo de la oposición y del mismo gobierno de hacer frente, a través de la iniciativa, a los escándalos de corrupción estallados poco antes del segundo trámite constitucional.

Se ha producido así un movimiento aún incompleto desde la idea de transparencia como parte de la gestión del Estado y del control administrativo, a la de transparencia como forma de renovar e incluso redefinir la relación que mantienen los ciudadanos con el Estado, en el marco de nuevos mecanismos de control y rendición de cuentas con un gran potencial para fortalecer y profundizar el proceso democrático. Para el caso chileno, el caso Claude Reyes y el fallo respectivo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cristalizan esta transición.

Sin perjuicio de las aprehensiones, pareciera que la sentencia de la Corte Interamericana fue un importante argumento para incorporar una institucionalidad propia al proyecto de ley sobre acceso a la información pública. De acuerdo a uno de los autores de esta iniciativa, esta situación no se veía posible antes de la condena en contra de Chile y la ocurrencia de varios casos de corrupción¹¹⁰ que forzaron al Ejecutivo a presentar una indicación sustitutiva completa en la que se hiciera cargo de estas falencias.

En definitiva, diversos factores contribuyeron al nacimiento de la LAIP. Para los representantes del Estado, tanto desde el poder ejecutivo como desde el legislativo, la LAIP se fue armando progresivamente.¹¹¹ Para los entrevistados, su génesis formó parte de un proceso “interrelacionado,”¹¹² una sumatoria de factores que unidos dieron luz a la ley aprobada.¹¹³ Este cambio incremental es concordante con el análisis que realiza Edgardo Boeninger respecto de la mayoría de las políticas públicas en el país después de la democratización en 1990.¹¹⁴ Ciertamente, la lógica del derecho internacional como lógica de un derecho individual al acceso a la información no penetró la ley por completo.

¹⁰⁸ Ver también sección 4.5 y entrevista con Enrique Rajevic.

¹⁰⁹ Entrevista Edgardo Riveros.

¹¹⁰ Haciendo un recuento de la discusión legislativa, en entrevista otorgada para esta investigación, el Senador Larraín (UDI) reconoce que al momento en que se presentó la moción no era posible pensar en un proyecto de ley de las características del que fue finalmente aprobado con la ayuda del Ejecutivo. Esto debido a que los parlamentarios no pueden presentar proyectos de ley en donde se incluya una institucionalidad. Atribución que es exclusiva del Presidente de la República conforme al artículo 62 No. 2 de la Constitución.

¹¹¹ Entrevista con Edgardo Riveros.

¹¹² Entrevista con Edgardo Riveros.

¹¹³ Entrevista con Edgardo Riveros.

¹¹⁴ BOENINGER, E. 2007. *Políticas públicas en democracia: Institucionalidad y experiencia chilena 1990-2006*. Santiago de Chile. Uqbar editores.

4. LAS NORMAS E INSTITUCIONES QUE CREA LA LEY EN CHILE

Al describir el funcionamiento, las estructuras e instituciones que establece la misma Ley, podremos nuevamente encontrar las dos lógicas que hemos definido antes.

4.1. Principios y Conceptos Generales

La Ley de Acceso a la Información Pública regula el principio de transparencia en la función pública.¹¹⁵ Establece el *derecho de todos los ciudadanos al acceso a la información* en poder de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio de sus derechos y las excepciones a la publicidad de la Información.¹¹⁶

Son principios de la Administración del Estado y de sus funcionarios, de acuerdo al artículo 3 y 4 de la LAIP la transparencia y la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y fundamentos de sus decisiones. Para el cumplimiento de este cometido, los órganos de la Administración del Estado deben no sólo respetar y cautelar la transparencia y publicidad, sino también facilitar el acceso de cualquier persona a dicha información.¹¹⁷ Así, la lógica expresa de la Ley se basa en el derecho humano de acceso a la información. La pregunta por hacer aquí es: ¿a qué profundidad llega esta lógica, considerando el uso y la normativa?

El Reglamento de la Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, en su artículo 3 establece una serie de definiciones relevantes para la implementación de la Ley.¹¹⁸ El Consejo ha aplicado de forma amplia la ley y el reglamento, obligando a los órganos de la administración del Estado a suministrar toda aquella información contenida en diversas fuentes cuando dicha información sirva de sustento para el cumplimiento de sus funciones.

Así, ordenó por ejemplo, al Servicio Agrícola Ganadero (SAG) la entrega de toda aquella información en que se señale la ubicación exacta de los cultivos de alimentos transgénicos, por entender que dicha información es necesaria para realizar sus funciones fiscalizadoras.¹¹⁹ Del mismo modo, requirió al SAG en el amparo Rol A126-09 la facilitación de los correos electrónicos entre funcionarios públicos, citaciones de trabajo entre los mismos e informes elaborados para el pronunciamiento del jefe superior en tanto complemento directo de los pronunciamientos administrativos en el marco del proyecto Hidroeléctrico Aysén que fuera solicitado mediante Ord. N° 76 del 28 de octubre de 2010, del Director Regional del Servicio de Evaluación Ambiental.¹²⁰ Asimismo, solicitó al Ministerio del Interior en

¹¹⁵ Para una revisión de la normativa, ver Vial 2010.

¹¹⁶ CHILE. Ley 20.285, art. 1.

¹¹⁷ Ibid. Arts. 3 y 4.

¹¹⁸ CHILE. 2009. Reglamento sobre la ley 20.285 Sobre Acceso a la Información Pública.

¹¹⁹ CHILE. Consejo para la Transparencia. Amparo Rol A59-09. Considerando 9 “*Que en lo relativo a la información sobre la ubicación exacta de cultivo y acopio de semilla transgénica de exportación como también para la experimentación científica en vegetales transgénicos se debe indicar que, en principio, dicha información obra en poder del SAG, por lo que en virtud del artículo 5°, inciso 2°, de la Ley de Transparencia, es pública, dada la amplitud de la redacción de la disposición citada*”.

¹²⁰ CHILE. Consejo para la Transparencia. Amparo A126-09. Considerando 6.

virtud del principio de facilitación, la entrega de todo tipo de información que haya sido considerada por su servicio para el cumplimiento de sus obligaciones de monitoreo de las intervenciones de seguridad implementadas en la Población La Legua, al margen de la sanción formal de un plan de seguridad específico.¹²¹ Por último, entendiéndose que el acceso a la información se refiere a toda aquella información que se produce con presupuesto público, requirió al Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones todos los correos electrónicos institucionales enviados y recibidos por servidores públicos respecto de las materias propias del desempeño de sus funciones. En el caso concreto, dicha información fue solicitada para conocer el proceso de modificación de los contratos de Transantiago.¹²²

4.2. Los Sujetos obligados a entregar información bajo la Ley

En relación con los sujetos sometidos a la obligación de transparencia, se pueden distinguir en la Ley de Acceso a la Información tres tipos de sujetos de acuerdo a la intensidad de la obligación de informar.

En primer lugar, están los órganos que tienen una obligación total de informar. Quedan incluidos en este ámbito, los Ministerios, Intendencias, Gobernaciones, Gobiernos regionales, Municipalidades, Fuerzas Armadas, de Orden y de Seguridad Pública y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa.¹²³

Así, el Consejo para la Transparencia en el amparo Rol A211-09 en contra de la Corporación Municipal de Desarrollo Social de la Municipalidad de Peñalolén, señaló que la integración de estructuras privadas de gestión al ámbito estatal, tiene sólo un carácter instrumental. La entidad se encuentra en su creación, funcionamiento y finalidad determinada por el Estado, y por ende cae en la categoría de servicio público creado para el cumplimiento de la función administrativa.¹²⁴ El Consejo adoptó el mismo criterio en los casos relacionados con las universidades estatales.¹²⁵

El Consejo ha dictado una serie de instrucciones generales para unificar el cumplimiento de las normas de transparencia, recogiendo su jurisprudencia al respecto. Así, en su instrucción general 4 de febrero de 2010 incorporó expresamente a las corporaciones municipales de salud, educación o desarrollo social y a todas aquellas fundaciones y corporaciones de derecho privado que presenten servicios públicos o que realicen actividades de interés público, a la obligación de transparencia activa.¹²⁶

¹²¹ CHILE. Consejo para la Transparencia. Amparo C39-10. Considerando 10.

¹²² CHILE. Consejo para la Transparencia. Amparo Rol C1482-11. Decisión de 29 de junio de 2012.

¹²³ CHILE. Ley 20.285, art. 2.

¹²⁴ CHILE. Consejo para la Transparencia. Amparo Rol A211-09. Sentencia de 11 de septiembre de 2009. Considerando 17. En este mismo sentido se pronunció el Consejo en noviembre de 2009 en el Rol A249-09, confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 8131-2010, Sentencia de 10 de agosto de 2010. Decisiones similares del Consejo en los roles A194-09, confirmada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol 294-2010, de 29 de julio de 2010.

¹²⁵ Ver especialmente Consejo para la Transparencia, C593-09, y por ejemplo: C743-12, C324-12 Y C325-12; C1516-11; C1084-11.

¹²⁶ CHILE. Consejo para la Transparencia. Instrucción General N° 4. Sesión 121 de 19 de enero de 2010.

En segundo lugar, están los órganos con una obligación parcial de informar. En esta categoría se encuentran todos aquellos órganos que se acogen a las normas de transparencia pasiva y que además tienen un procedimiento especial en cuanto a la reclamación del acceso a la información. El Ministerio Público, el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia Electoral y la Contraloría se regirán por el principio de la transparencia en el ejercicio de sus funciones y por las normas de transparencia pasiva, con la salvedad que en caso de denegación o de alguna de las causales de reserva se podrá acudir directamente ante la Corte de Apelaciones respectiva.¹²⁷ El Consejo ha resuelto la inadmisibilidad del amparo de acceso a la información en contra de la Contraloría General de la República, cuando éste ha sido presentado en su sede y no en cambio ante la Corte de Apelaciones respectiva.¹²⁸ En este contexto, el Banco Central se encuentra en una situación particular, en la medida de que debe dar cumplimiento al título II, III y IV pero con ciertas excepciones establecidas en la misma LAIP.¹²⁹

Por último, cabe destacar los órganos que tienen una obligación débil de informar. Corresponden a esta categoría aquellos órganos que únicamente deben cumplir con el título sobre transparencia activa de la Ley de Acceso a la Información y algunas disposiciones especiales que la misma ley indica.

Por ejemplo, las empresas públicas creadas por ley y las empresas del Estado o sociedades en que el Estado tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el Directorio (Televisión Nacional de Chile, Empresa Nacional de Minería, Empresa de Ferrocarriles del Estado, Corporación Nacional del Cobre, el Banco Estado, entre otras), quedan sometidas al principio de la transparencia activa que señala explícitamente la LAIP y en lo que señale su estatuto a la Superintendencia respectiva.¹³⁰ No están, entonces, sujetas a la transparencia pasiva aunque ejerzan una función de interés público;¹³¹ esta regulación responde, por consecuencia, a un reflejo de la lógica de Estado en la Ley, alejando el ejercicio de fiscalización del ciudadano.¹³² En cuanto a las universidades estatales, en el reclamo Rol C351-09 en contra de la Universidad de Los Lagos, el Consejo determinó que las disposiciones contenidas en la Ley de Transparencia, particularmente la normativa contenida en los artículos 6° y 7° sobre transparencia activa, resultan aplicables a la Universidad de Los Lagos así como al resto de las universidades estatales por formar parte éstas de la Administración del Estado.¹³³ Este mismo criterio fue confirmado por el

¹²⁷ CHILE. Ley 20.285. Disposiciones transitorias, art. Noveno. Contraloría General de la República. Art. Quinto.

¹²⁸ CHILE. Consejo para la Transparencia. Roles A04-09, A70-09, A72-09, A98-09.

¹²⁹ CHILE. Ley 20.285. Disposiciones transitorias, art. Séptimo.

¹³⁰ CHILE. Ley 20.285. Disposiciones transitorias, art. Décimo.

¹³¹ En las decisiones recaídas sobre los amparos Roles A4-09 y C344-10, referida a la Empresa de Ferrocarriles del Estado; Roles A69-09, A106-09 y A202-09, relativas a Banco Estado; Rol A113-09, referida a Televisión Nacional de Chile; Rol C345-10, relativa a la Empresa Portuaria San Antonio; y Rol C151-10, referida a CODELCO, el Consejo para la Transparencia ha limitado la aplicación de la ley a las obligaciones de transparencia activa.

¹³² El funcionamiento adecuado de instituciones debe ir acompañado de mecanismos que permitan hacer cumplir las normativas que de ellas emanan. Pueden ser sanciones legales o formas de control social. Ver por ejemplo, *North, D., 1993. Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. Fondo de Cultura Económica: Ciudad de México.

¹³³ CHILE. Consejo para la Transparencia. Rol C351-09. Decisión de 29 de mayo de 2009. Considerando quinto y sexto.

Consejo para la Transparencia conociendo del Amparo C593-09, presentado por Francisco Zambrano Mesa en contra de la Universidad de Chile. Conforme a los artículos 7 y 51 de la LAIP y del respectivo reglamento, es deber de la Universidad publicar en sus sitios webs la planta de personal y el personal a contrata y a honorarios.¹³⁴

Finalmente, los tribunales que conforman el Poder Judicial, y los demás tribunales especiales de la República, quedan obligados a poner a disposición del público los antecedentes cubiertos por el artículo 7 de la LAIP.¹³⁵ El Congreso de la República se encuentra en una hipótesis similar a la del Poder Judicial, siendo responsable de dar cumplimiento al antedicho artículo 7 y de poner a disposición del público la asistencia de los parlamentarios a las sesiones y comisiones, las asignaciones que perciban, y las votaciones a las que concurran.¹³⁶

4.3. Derechos y obligaciones bajo la LAIP

La mayoría de los órganos públicos tienen obligaciones de transparencia activa y pasiva bajo la Ley. Las revisamos en esta sección, dando cuenta también de los límites del derecho de acceso a la información.

Transparencia Activa

La transparencia activa es una obligación consagrada en el artículo 7 de la LAIP que dice relación con información que los mismos órganos deben mantener disponible, completa y actualizada en sus sitios electrónicos. De acuerdo al Reglamento de la LAIP, artículo 52, la información deberá incorporarse de un modo que permita su fácil identificación y un acceso expedito. Aquellos órganos y servicios que no cuenten con sitios electrónicos propios, deben mantener esta información en el medio electrónico del ministerio del cual dependan o se relacionen con el Ejecutivo, sin perjuicio de lo cual serán responsables de preparar la automatización, presentación y contenido de la información que les corresponda.¹³⁷

En concreto, la Ley de Acceso a la Información Pública ordena a los órganos de la Administración del Estado que informen a través de sus páginas webs sobre: a) su estructura orgánica; b) las facultades, funciones y atribuciones de cada una de sus unidades u órganos internos; c) el marco normativo que les sea aplicable; d) la planta de personal a contrata y a honorarios con las correspondientes remuneraciones; e) las contrataciones que efectúen, la identidad de los contratantes, los montos, los estudios y asesorías encargados; f) las transferencias de fondos públicos, incluyendo todo aporte económico entregado a personas jurídicas o naturales; g) los actos y resoluciones que tengan efectos sobre terceros; h) los trámites y requisitos que debe cumplir el interesado

¹³⁴ CHILE. Consejo para la Transparencia. Amparo C593-09. Universidad de Chile vs. Francisco Zambrano Mesa. 16 de abril de 2010. Considerando f. Ver comentario sobre este fallo y el fallo en materia de TVN: VIAL, Tomás. *Los fallos de 2011 del Tribunal Constitucional sobre aplicación de la Ley de Transparencia a Televisión Nacional de Chile y a la Universidad de Chile*. Anuario de Derecho Público 2012. Ediciones Universidad Diego Portales 2012. 289-315.

¹³⁵ CHILE. Ley 20.285. Disposiciones transitorias, art. Octavo.

¹³⁶ CHILE. Ley 20.285. Disposiciones transitorias, art. Sexto.

¹³⁷ CHILE. Reglamento Ley 20.285, art. 52.

para tener acceso a los servicios que presta el órgano; i) el diseño, montos asignados y criterios de acceso a programas de subsidio y otros beneficios que entregue el órgano; j) los mecanismos de participación ciudadana; k) información sobre presupuestos y su ejecución; l) resultados de las auditorías y aclaraciones que procedan; y, m) todas las entidades que tengan participación, representación e intervención.¹³⁸

La figura a continuación es reflejo de la forma en que los ministerios y agencias del Estado usualmente proporcionan la información que deben entregar bajo el concepto de transparencia activa:

Marco Normativo <u>Marco normativo aplicable</u> <u>Potestades, competencias, responsabilidades, atribuciones y/o tarea</u> <u>Actos y documentos publicados en el Diario Oficial</u>	Compras y Adquisiciones <u>En Mercado Público</u> <u>Otras compras y adquisiciones</u> <u>Registro histórico de compras y adquisiciones</u>	Trámites del Organismo <u>Trámites en Chile</u> <u>Atiende</u> <u>Otros trámites</u>	Derecho de Acceso a la Información Pública <u>Solicitud de Información Ley de Transparencia</u> <u>Índice de actos y documentos calificados como secretos o reservados</u>
Actos y Resoluciones <u>Actos en efectos sobre terceros</u> <u>Históricos Actos Sobre terceros</u>	Transferencias <u>Transferencias ley N° 19.862</u> <u>Otras transferencias</u> <u>Registro histórico de transferencias</u>	Participación Ciudadana <u>Mecanismos de participación ciudadana</u> <u>Norma General de Participación Ciudadana</u> <u>Consejos Consultivos</u> <u>Portal de Participación Ciudadana</u>	Costos Directos de Reproducción <u>Costos directos de reproducción de la información requerida via ley N° 20.285</u> <u>Oficio</u>
Estructura Orgánica <u>Facultades, funciones y atribuciones de sus unidades u órganos internos</u> <u>Diagrama de la estructura orgánica</u>	Información Presupuestaria <u>Informes de ejecución Presupuestaria</u>	Subsidios y Beneficios <u>Programas de subsidios y beneficios</u> <u>Nómina de beneficiarios de programas sociales</u> <u>Registro histórico de beneficiarios</u>	Declaración de intereses de Ministro (a) y Subsecretario (a) <u>Declaración de Patrimonio e Intereses</u> <u>Histórico de Patrimonio e Intereses</u>
Dotación de Personal <u>Dotación de planta</u> <u>Dotación a contrata</u> Escalas de Remuneraciones: - Ley 19.664 - Ley 18.834 - Ley 15.076 <u>Dotación de honorarios</u> <u>Otros contratos sujetos al Código del trabajo</u> <u>Registro histórico de personal</u>	Auditorías al Ejercicio Presupuestario <u>Resultados y aclaraciones</u> <u>Registro histórico de auditorías</u>	Vínculos Institucionales <u>Participación, representación e intervención</u>	Antecedentes preparatorios de normas que afecten a EMT Ley N° 20.416 <u>Formularios y antecedentes de propuestas</u> <u>Normativas que afecten a empresas de menor tamaño (EMT)</u>
			Información Ley N° 20.285 <u>Normas de la Ley sobre Acceso a la Información Pública</u>

FIG. 1. Screenshot de la página de la Subsecretaría de Salud Pública 28/06/2012

¹³⁸ CHILE. Ley 20.285. Título III de la Transparencia Activa. Arts. 7 -9.

Se puede apreciar que el encontrar información específica requiere de un cierto conocimiento previo sobre la estructura de la información presentada, o sino, por lo menos de un tiempo considerable para poder buscar la información requerida. La pregunta que surge y la cual no podemos profundizar empíricamente en este trabajo es si la cantidad y estructura de la información proporcionada efectivamente contribuye a que los ciudadanos medios puedan ejercer la fiscalización de la administración pública, o si a través de esta forma de presentación, más bien facilita el trabajo fiscalizador del CPLT, órgano experto que tiene las herramientas para evaluar la calidad y el alcance de la entrega de información.

El Consejo para la Transparencia en respuesta a las denuncias recibidas, y conforme a sus facultades ha dictado una serie de instrucciones generales en los que complementa la Ley y el Reglamento. En este sentido la instrucción general 4, aprobado en sesión 121 de 19 de enero de 2010 aclara la extensión de los artículos 6 y 7 de la Ley, indicando en detalle cómo se debe presentar la información en los sitios electrónicos y el tipo de información que se requiere entregar a la ciudadanía. Junto con estas directrices, en la instrucción general prohíbe la posibilidad de que los órganos realicen restricciones en relación con el uso de la información. Finalmente se incluyen recomendaciones de buenas prácticas, como por ejemplo el acceso a información histórica.

Estas precisiones ayudan a la entidad obligada de transparencia activa a cumplir correctamente con esta función. También apoyan al ciudadano interesado y capacitado a ejercer su rol de denunciante. No obstante, el ejercicio de la función de denuncia, ejercida sistemáticamente, requiere de formación y capacitación ciudadana adicional que el Consejo debería entregar en cumplimiento de sus funciones bajo el Artículo 33 incisos g y h de la LAIP.

Transparencia pasiva: el derecho de acceso a la información

La Ley de Acceso a la Información contempla el derecho de las personas a solicitar y recibir información de cualquier órgano del Estado, ese es un elemento según la lógica participativa de derechos. Señala en su artículo 10 inciso 2 que este derecho comprende “el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales”.¹³⁹

El derecho y su consiguiente procedimiento se basan en una serie de principios. Entre los más significativos, destacan el principio de la relevancia, de la libertad de información, de la facilitación, de la divisibilidad y máxima divulgación, de la no discriminación, de la oportunidad, de la responsabilidad y de la gratuidad.¹⁴⁰ El Consejo para la Transparencia

¹³⁹ CHILE. Ley 20.285, Título IV: Del derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, arts. 10 a 30. El derecho de acceso a la información se lleva a cabo mediante el procedimiento establecido en la Ley, en el Reglamento, y en la instrucción general número 10 dictado con fecha 28 de octubre de 2011.

¹⁴⁰ CHILE. Ley 20.285, art. 11.

en la instrucción general número 10, aplicando los principios que informan todo procedimiento administrativo, según lo preceptúa la Ley 19.880, incluyó al procedimiento los principios de eficiencia, eficacia, servicialidad, celeridad y economía procesal.¹⁴¹ Estos principios reflejan, en parte, una lógica ciudadana, pensada desde el individuo que está interesado en la transparencia estatal.

Restricciones al acceso a la información

El derecho internacional e interno reconoce al Estado que puede imponer límites al derecho de acceso a la información, si éstos son debidamente fundados y legales. El siguiente cuadro resume las causales en razón de las cuales se puede restringir el acceso a la información pública. Estas causales deben estar cumpliendo con el derecho internacional.

Denominación	Hipótesis	Criterio jurisprudencial
Contienda entre terceros con interés en la información solicitada	<ul style="list-style-type: none"> • Documentos o antecedentes que contengan información que pueda afectar los derechos de terceros, la autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado • De producirse oposición formal el órgano requerido queda impedido de proporcionar lo solicitado, salvo opinión contraria del Consejo.¹⁴² 	<p>Amparo Rol C1361-11, Gonzalo Cruzat solicitó a FNE copia de los expedientes de investigaciones pasadas y en curso, desarrolladas o en desarrollo por dicho organismo respecto de sociedades de Apoyo al Giro Bancario, concretamente relacionadas con la transferencia electrónica de información o fondos, en específico, respecto de las empresas: Redbanc, Transbanc S.A., Nexus, Centro de Compensación Automatizado, Compbanc, Servipag, Cajavecina y Supercaja; y b) Estudios de mercado disponibles que analicen el funcionamiento de dichas Sociedades de Apoyo al Giro Bancario.</p> <p>El Consejo resolvió que cuando los antecedentes requeridos contienen una descripción meramente referencial respecto de las transacciones realizadas por ciertas empresas y describiendo sólo de modo estadístico los procesos asociados, se pueden hacer públicos.</p>
Cumplimiento de las funciones del órgano	<ul style="list-style-type: none"> • Información va 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. • Antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política • Requerimientos de carácter genérico, relacionados con 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. 	<ul style="list-style-type: none"> • En el amparo rol C1468-11 el Consejo resolvió que en lo que respecta al puntaje o ponderación de las evaluaciones psicológicas de los postulantes a un concurso público (no de los informes mismos) ha sido su jurisprudencia uniforme (decisión C850-11 y una precisión en la C803-11) que los puntajes correspondientes a quienes llegan al proceso final de un proceso de selección (ternas o quinas en el caso del sistema de alta dirección pública) constituyen información pública, salvo que el postulante se haya opuesto a su entrega en el procedimiento del artículo 20, caso en que la información sólo podría entregarse de un modo que impidiese el conocimiento de su identidad.

¹⁴¹ CHILE. Ley 19.880.

¹⁴² CHILE. Ley 20.285, art. 20.

<p>Protección de derechos de terceros</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Derechos de las personas • Seguridad • Salud • Vida privada • Derechos de carácter comercial o económico 	<p>Test del daño, test de proporcionalidad y test de interés público.</p> <p>Ejemplo Rol C239-12: EL SVS denegó información sobre decisiones de carácter terminal que eximen de responsabilidad a terceros. El CT no encontró que difundir dicha información conllevara un peligro de afectación a los derechos de los terceros. No puede sino estimarse eventual, pues depende de contingencias ajenas a la sola divulgación de la información, e incierto, toda vez que se funda, exclusivamente, en su opinión sobre la percepción de los agentes de mercado.</p> <p>- según ha razonado el Consejo en su decisión C315-11, de 10 de mayo de 2011, "...no toda información subsumible en la categoría de dato personal es per se secreta, pues ello obviaría la inteligencia o sentido de la regla de publicidad de la información que obre en poder de la Administración del Estado. En el caso Rol C270-12, la patente al estar a disposición del público en el registro civil se considera por ese hecho pública.</p>
<p>Seguridad de la Nación</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Defensa nacional • Mantención del orden público • Seguridad pública (salud pública, relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país) 	<ul style="list-style-type: none"> • Rol C245-12, el Consejo se pronunció sobre la entrega de un estudio sobre las condiciones penitenciarias. Concluyó que se trata de descripciones generales y por lo tanto no existe el riesgo de fuga temido por el Ministerio de Justicia, razón por la cual su comunicación no supone acrecentar el riesgo de fuga de los internos en el sistema penitenciario nacional ni afectar la autoridad de Gendarmería al interior de los penales. Sin embargo, aquella información que se refiere a deficiencias específicas debe quedar reservada para evitar incrementar peligros de fuga de los internos, pero solo en aquella parte (principio de divisibilidad de la información).
<p>Pre-existencia de una ley sobre reserva</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, • Conforme a las causales señaladas en el artículo 8º de la Constitución Política 	<ul style="list-style-type: none"> • El Consejo ha resuelto que las disposiciones que no cumplan con estas condiciones, pese a existir antes de la vigencia de la Ley 20.285, quedan tácitamente derogadas (Rol A45-09 en contra de Carabineros de Chile)

En la etapa resolutoria de la solicitud de acceso a la información, el órgano requerido debe proveer la información si no existe oposición de terceros, no concurre alguna causal de reserva de la información, y si la información se encuentra en el poder del órgano requerido, o bien, que se agotaron sin resultado todos los medios a su disposición para encontrarla.¹⁴³ La instrucción general No. 3 especifica el procedimiento a seguir para acreditar la debida diligencia en la búsqueda del documento, si éste no se puede localizar.

¹⁴³ CHILE. Consejo para la Transparencia. Instrucción General 10, pág. 11 "En caso de que existan circunstancias que hagan difícil reunir la información solicitada, ya sea por la antigüedad de esta, por su volumen o por encontrarse en un lugar distinto o de difícil acceso para el órgano, podrá ampliarse el plazo para evacuar la respuesta al requirente".

La razón por aquello fue que el CPLT se había dado cuenta desde muy al principio de su labor que los registros y métodos de archivo de la administración no eran propicios a una cultura de transparencia como aspirada por la Ley.¹⁴⁴ El Sr. Ferreiro releva este punto al decir que una debilidad de la norma es la insuficiente regulación que en Chile existe respecto a la custodia de la documentación y de las obligaciones de almacenarla por cierto tiempo y bajo un determinado orden, con descriptores claros para facilitar el acceso a ella. Esto permite –añade Ferreiro– generar una vía de escape al funcionamiento de la ley pues la información se puede negar alegando su inexistencia, lo cual no es fácilmente acreditable y por tanto puede derivar en un abuso que impida acceder a información que eventualmente no convendría revelar.¹⁴⁵ Esta dificultad constituye prima facie una violación del derecho internacional que no prevé esta causal.

En lo que respecta a la carga de la prueba, le corresponde al órgano que deduce la causal justificar su procedencia, y cómo la entrega de la información significaría una afectación concreta a dichas hipótesis de reserva (Rol A48-09). Por último, el Consejo considera que el ejercicio del derecho al acceso a la información es un derecho fundamental y como tal, cualquier afectación en su ejercicio, debe pasar por el denominado test de daño o respetar el principio de proporcionalidad. Es decir, se debe evaluar si el interés público en conocer la información es mayor que el daño causado con su divulgación.¹⁴⁶

En cuanto a la inexistencia de los documentos solicitados, en la respuesta el servicio debe acreditar la búsqueda exhaustiva de la información requerida. Conforme a la jurisprudencia del Consejo *“de no existir un acto administrativo que haya dispuesto la expurgación de los documentos pedidos, el órgano administrativo deberá agotar todos los medios a su disposición para encontrar la información solicitada, disponiendo la instrucción de sumarios administrativos y la aplicación de medidas disciplinarias, en caso que hubiera mérito para ello (Instrucción General N° 10, numeral 2.3). Lo que a su vez deberá ser acreditado, realizando “una búsqueda exhaustiva de la información solicitada, lo que deberá quedar debidamente acreditado por aquél en un acta elaborada al efecto”*¹⁴⁷

Para recomendaciones sobre el régimen de causales de reservas, aunque fuera del alcance de este estudio, indica Vial: *“(...) hay varios aspectos que mejorar. Primero, es necesario dejar como único régimen de reserva el existente en la ley, eliminando entonces las otras causales previas. Las de la ley bastan (...) para proteger cualquier bien jurídico que razonablemente merezca ser resguardado. Segundo, se debe añadir una graduación al daño a esos bienes, imponiendo que ellos justifiquen la restricción al derecho de acceso cuando se vean afectados en forma grave y directa por la publicidad. Tercero, se debe incluir expresamente el test del interés público como forma de solucionar el conflicto entre las causales de reserva y el derecho de acceso”*¹⁴⁸

¹⁴⁴ Entrevista Alejandro Ferreiro.

¹⁴⁵ Entrevista Alejandro Ferreiro.

¹⁴⁶ El Consejo lo tuvo por así establecido en su decisión de Amparo Rol A45-09, considerando 10. También fue reconocido por la Corte de Apelaciones de Santiago, en decisión de Rol 3496-2010, sentencia de 4 de enero de 2011, en contra decisión de Amparo Rol A59-09 en la que conociendo un reclamo de ilegalidad interpuesto por representante de semilleros expresamente aludió a los requisitos de prueba expresados por el Consejo.

¹⁴⁷ CHILE. Consejo para la Transparencia. Amparo Rol C1163-11. Considerando 17°, literal b.

¹⁴⁸ Vial 2010, p. 142.

Finalmente, en relación con la protección de los datos personales el Consejo en los roles C640-10, C83-10, Rol A45-09 y Rol A44-09 ha levantado la reserva sobre los correos electrónicos que garantiza el artículo 19 N° 5 de la Constitución Política, debido a que obran en poder de la Administración del Estado considerándoles por tanto como información pública. Para apoyar esta decisión, el Consejo ha aplicado el principio de relevancia y de apertura, más los estándares de derechos humanos de la Corte y Comisión Interamericana.

En este sentido, el Sr. Olmedo es de la opinión que el perfeccionamiento de la ley pasa hoy por una revisión de la estructura del Consejo, siendo la gran ventana para la discusión de ese punto la protección de los datos personales. El Diputado Jorge Burgos concuerda con ello, al señalar que un tema pendiente que aún no está decidido ni por este gobierno ni por lo anterior es la protección de los datos personas. Y efectivamente, el tema de los datos personales es uno que aún no ha sido resuelto en Chile. Nuevamente, sería un derecho humano, esta vez el derecho a la protección de los datos personales, que impulsaría el avance de la modernización del Estado – sin ser el motor principal.

4.4. Procedimiento administrativo de acceso a la información

La solicitud de acceso a la información la puede formular cualquier persona sin justificar un interés específico. Lo puede hacer por escrito, presencialmente ante el órgano requerido o por un medio electrónico utilizando el banner dispuesto al efecto por cada institución.¹⁴⁹ Lo único que la Ley le exige es que indique su nombre, apellido y dirección, identifique con claridad lo que requiere, firme la solicitud y señale el órgano administrativo al cual se dirige.¹⁵⁰

Consagra el Reglamento en su artículo 27 c) que se “*entiende que una solicitud identifica claramente la información cuando indica las características esenciales de ésta, tales como su materia, fecha de emisión o periodo de vigencia, origen o destino, soporte, etc.*”.

La instrucción general 10 simplifica la presentación de las solicitudes de información al supeditar la entrega de datos personales sólo en la circunstancia de encontrarse en las hipótesis protegidas por la Ley 19.880. En los demás casos, la identificación del solicitante y del órgano puede hacerse de cualquier forma que permita su identificación, para efectos de la comunicación y respuesta de la solicitud. A pesar de esta instrucción y a pesar de que la Ley requiere la entrega de solamente pocos datos, los órganos de la administración pública demandan más datos de lo legalmente establecido. Así reveló el estudio de Cliente Oculto efectuado por el CPLT,¹⁵¹ según el cual en un 59,7% de las solicitudes electrónicas el solicitante tenía que entregar más información personal que la contemplada en la ley, en particular, RUT y teléfono personal.

¹⁴⁹ CHILE. Consejo para la Transparencia. Instrucción General 10. Etapa de presentación y recepción de la solicitud de acceso a la información.

¹⁵⁰ CHILE. Ley 20.285, art. 12.

¹⁵¹ Evaluación del desempeño a organismos públicos en el procedimiento de solicitudes de acceso a la información. Diciembre 2011. Disponible en: http://www.consejotransparencia.cl/consejo/site/artic/20120217/asocfile/20120217125614/informe_eval_desempeno_op.pdf

En virtud del principio de accesibilidad universal contemplado en la Ley 20.422 deberá disponerse de formularios que sean comprensibles y utilizables por personas con discapacidad, en condiciones de seguridad y comodidad, y de la forma más autónoma y natural posible. Lo mismo se aplica para aquellas personas que no sepan o no puedan escribir, en cuyo caso el funcionario que reciba la solicitud debe ayudar al solicitante a completar su requerimiento. En las áreas de alta densidad poblacional indígena, los órganos públicos deberán contar con formularios en la lengua indígena del lugar. Finalmente, el personal que se desempeñe en las OIRS debe estar familiarizado con el contenido de la Ley, del Reglamento y de las instrucciones emitidas por el Consejo.

Recibida una solicitud de acceso, el órgano realiza un análisis formal de la misma. De existir algún error en la presentación, el servicio debe comunicar esta circunstancia al solicitante, el que tiene un plazo de 5 días hábiles para subsanar y corregir el error. De ser otro órgano el llamado a conocer de la petición, el servicio debe derivar el requerimiento al órgano respectivo. Admitido formalmente la solicitud, se procede a un análisis de fondo de la petición. La instrucción general 10 entiende que un órgano es competente para resolver la solicitud *“cuando, en ejercicio de sus funciones y atribuciones, generó o debió generar la referida información, ésta hubiera sido elaborada por un tercero por encargo de aquél, o en cualquier caso, aquélla obrase en su poder”*.¹⁵²

Si el órgano es competente, procederá a revisar la solicitud completa, efectuar la búsqueda de la información, y en caso de que corresponda, verificar la eventual afectación de derechos de terceros.¹⁵³ La autoridad requerida tiene un plazo de 20 días hábiles contados desde la recepción de la petición. La respuesta debe ser siempre justificada, sea que se acepte o se rechace la solicitud. En caso de que la información esté permanentemente a disposición del público, el órgano cumplirá con señalar este hecho (art. 15 de la Ley). Si la información no está en su poder, pero debiera estarlo en otro órgano del Estado, deriva la solicitud (art. 13 de la Ley). Esto, siguiendo el procedimiento que marca también el inc. 2° del art. 14° de la Ley 19.880 respecto a la derivación de solicitudes que deben realizar los órganos del Estado cuando sean otras instituciones a las que les corresponda resolver.

La etapa de cumplimiento de la solicitud consiste en la ejecución de lo resuelto por el servicio cuando éste ha dispuesto la entrega de la información, total o parcialmente, y estará conformada por el cobro de los costos directos de reproducción y la entrega efectiva de la información solicitada junto con la certificación de esta circunstancia.

El tema de costos para obtener la información, está directamente relacionado con la accesibilidad de la información, uno de los principios rectores de la Ley. Entonces, de acuerdo al art. 18 de LAIP y al art. 20 del Reglamento, sólo se podrá exigir al solicitante el pago de los costos directos de reproducción. La instrucción general número 6 sobre gratuidad y costos de reproducción, aprobado en sesión número 134 de 19 de marzo de 2010, señala *“son costos directos, todos los costos asociados al proceso de copiado de un*

¹⁵² CHILE. Consejo para la Transparencia. Instrucción General N° 10. Análisis competencia del órgano requerido y eventual derivación, pág. 9.

¹⁵³ CHILE. Consejo para la Transparencia. Instrucción General N° 10, pág. 10.

documento u otro tipo de soporte, en la medida que sea necesario incurrir en ellos para obtener la información en el soporte que el requirente haya solicitado". Además establece que en los servicios de administración del Estado tienen la facultad de eximir al solicitante de los costos de reproducción en las siguientes situaciones: *"Asimismo, podrán establecer (...) que ciertas categorías de personas, como las que se encuentren en situación de pobreza o vulnerabilidad social, o aquéllas a las que el órgano busca destinar sus políticas, servicios o programas sociales, se encuentran exceptuadas de pagar los costos directos de reproducción"*. (art. 10).

Cabe destacar que si el solicitante de la información no paga los costos directos de reproducción dentro del plazo de 30 días, el órgano o servicio no estará obligado a reproducir la información y quedará sin efecto la solicitud de acceso, sin perjuicio de la posibilidad de presentar una nueva solicitud o de la aceptación, por parte del órgano o servicio, de un pago posterior.

Finalmente, la entrega de la información se hace por parte del órgano requerido sin imponer condiciones de uso o restricciones a su empleo, salvo aquellas expresamente estipuladas por la ley. Los órganos de la Administración del Estado, de acuerdo a la instrucción general 10 deberán abstenerse de requerir en los formularios de solicitud de acceso a la información, como campo obligatorio, información no contemplada en la Ley de Acceso o en su Reglamento. Deberán asimismo acusar recibo de todas las solicitudes y formar expedientes independientes de cada una de ellas.

4.5. El Consejo para la Transparencia

Como vimos anteriormente, la Ley crea una institucionalidad especial, encargada de promover la transparencia de la función pública, de fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información y garantizar el derecho de acceso, llamado Consejo para la Transparencia.¹⁵⁴

Funcionamiento

El Consejo es una "corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica",¹⁵⁵ y con patrimonio propio.¹⁵⁶ Para su funcionamiento puede solicitar la colaboración de los distintos órganos del Estado y asociarse con instituciones o corporaciones sin fines de lucro para llevar a cabo sus funciones y/o investigaciones.¹⁵⁷ Todos los actos y resoluciones del Consejo, así como sus fundamentos y los procedimientos que se utilicen, son públicos.¹⁵⁸

¹⁵⁴ CHILE. Ley 20.285. Título V, Del Consejo para la Transparencia. art. 31 a 44.

¹⁵⁵ CHILE. Ley 20.285, art. 31.

¹⁵⁶ CHILE. Ley 20.285, art. 44. a) Los recursos que contempla anualmente la Ley de Presupuestos de la Nación; b) Los bienes muebles e inmuebles que se le transfieran o que adquiriera a cualquier título y por los frutos de esos mismos bienes; c) Las donaciones, herencias y legados que el Consejo acepte.

¹⁵⁷ CHILE. Ley 20.285, art. 34.

¹⁵⁸ CHILE. Ley 20.285, art. 35.

La dirección y administración superiores del Consejo corresponden a un Consejo Directivo integrado por cuatro consejeros designados por el Presidente de la República, previo acuerdo del Senado, adoptado por los dos tercios de sus miembros en ejercicio.¹⁵⁹ El Consejo Directivo adoptará sus decisiones por la mayoría de sus miembros y, en caso de empate, resolverá su Presidente. El quórum mínimo para sesionar será de tres consejeros.¹⁶⁰ El Consejo cuenta con un staff de alrededor de 100 personas, dirigidas por el Director General.

Desde la perspectiva del derecho administrativo, la dirección del Consejo es poco usual: por un lado la LAIP señala la administración superior corresponde al “consejo directivo” que serían los cuatro consejeros; pero al mismo tiempo homologa la remuneración del presidente de éste al grado correspondiente a un subsecretario, que en los ministerios son los jefes superiores de servicio. Además, el presidente no tiene dieta, tiene remuneración. Por otro lado, es el Director General quien actúa como representante legal.

Jorge Burgos (DC) recalcó la particular naturaleza del Consejo para la Transparencia, en su opinión, se trató de una extraña mixtura, una institución con autonomía, pero vinculado financieramente al Estado, supervisado por la Contraloría.¹⁶¹ Se distingue a su vez de un servicio público porque la ley lo define como una corporación autónoma, su organismo superior es el Consejo, cuerpo colegiado y la designación de su director no la hace el Presidente sino los consejeros del Consejo. En este sentido, el CPLT ha tenido que encontrar en la práctica una fórmula que le permita funcionar bajo estos preceptos inusuales. Esto se traduce en el hecho que los consejeros se dedican casi exclusivamente a la resolución de casos, mientras que el presidente y el equipo toman las decisiones de políticas públicas, se ocupan de estudios, estadísticas etc.

Juan Pablo Olmedo evalúa la institucionalidad del Consejo y encuentra dificultades justamente en este ámbito, entre el Consejo directivo y la administración del CPLT, señalando que “[Se trata de una] entidad bastante extraña desde la perspectiva institucional, [pues] es un órgano colectivo de cuatro miembros, con un presidente que no es Jefe de Servicio, que no tiene ningún tipo de atribuciones orgánicas, sino que están dadas en un director general, que está elegido por vía de concurso público”.

Al interior del Consejo existe una diferencia significativa entre el rol que juegan los consejeros, que se dedican fundamentalmente a resolver casos, y el equipo administrativo, que se encarga del funcionamiento cotidiano de la organización. Eolo Díaz-Tendero señala sobre este punto que la mayor cantidad del tiempo de trabajo de los consejeros se va en la resolución de los casos, haciendo difícil que ellos definan otros lineamientos para la organización pues el tiempo que dedican al Consejo no es permanente. El Sr. Díaz-Tendero añade que en el resto de las facultades del Consejo, los consejeros actúan como certificadores de procedimiento o aprueban los modelos de fiscalización, pero no se sienten directamente involucrados en el proceso.

¹⁵⁹ CHILE. Ley 20.285, art. 36.

¹⁶⁰ CHILE. Ley 20.285, art. 40.

¹⁶¹ Entrevista a Jorge Burgos.

Eso no significa que los consejeros estén aislados de las decisiones que se toman con respecto a las políticas públicas o de fiscalización. Alejandro Ferreiro señala en este sentido que el Consejo tiene una sesión al mes para revisar la marcha de la institución y no para resolver casos, permitiéndoles a los consejeros estar al tanto de los que ocurre en las áreas que conforman la organización. Con todo, reflexiona el Sr. Ferreiro, es justo decir que la mayor atención de los consejeros está puesta en la resolución de los casos por tratarse ésta de una facultad privativa.

En la parte administrativa y estratégica de la institución se han implementado modernas formas de gestión que incluyen refinados sistemas de control de gestión, también certificados por normas ISO.¹⁶² Existen dos grupos de trabajo en el equipo administrativo que preparan las decisiones de admisibilidad y de fondo para el consejo directivo.

Competencias

De acuerdo al artículo 33 LAIP son funciones del Consejo las siguientes:

- a) fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones de LAIP y aplicar sanciones en caso de infracción;
- b) resolver, fundadamente, los reclamos por denegación de acceso a la información;
- c) promover la transparencia de la función pública y el derecho de acceso a la información;
- d) dictar instrucciones generales para el cumplimiento de LAIP;
- e) formular recomendaciones a los órganos de la Administración del Estado;
- f) proponer al Presidente de la República y al Congreso Nacional, en su caso, instrucciones generales y medios de perfeccionamiento de la LAIP;
- g) realizar, directamente o a través de terceros, actividades de capacitación;
- h) realizar actividades de difusión e información al público sobre la LAIP;
- i) efectuar estadísticas y reportes sobre transparencia y acceso a la información;
- j) velar por la debida reserva de los datos personales y que de acuerdo a la ley sean reservados;
- k) colaborar con y recibir cooperación de órganos públicos y personas nacionales y extranjeras;
- l) celebrar actos y contratos necesarios para el cumplimiento de sus funciones; y,
- m) velar por el adecuado cumplimiento de la ley N^o 19.628, de protección de datos personales.

El Consejo ha ido paulatinamente asumiendo más de las funciones que señala la LAIP, o profundizando el ejercicio de las competencias allí detalladas. La puesta en marcha de su facultad de imponer sanciones de manera sistemática aparece como el paso más reciente de esta implementación gradual de sus facultades.¹⁶³ Por lo demás, teniendo en cuenta que la eficacia es parte del acceso a la información, se puede deducir que este elemento es uno que obedece a la lógica participativa. No obstante, la fiscalización es también un

¹⁶² Entrevista con Alejandro Ferreiro.

¹⁶³ Consejo para la Transparencia, Memoria 2011.

aspecto que el mismo Consejo puede hacer *motu proprio*, actuando, en la práctica, como un órgano estatal independiente que controla a los demás, y así obedeciendo a una lógica de Estado.

La LAIP establece tres hipótesis bajo las cuales el Consejo puede aplicar sanciones administrativas, a saber, a causa de la denegación infundada al acceso a la información en poder de algún órgano del Estado (art. 45), la no entrega oportuna de información en la forma decretada y una vez que ha sido ordenada por resolución firme (art. 46), y el incumplimiento injustificado de las normas sobre transparencia activa (art. 47). Cabe destacar que dichas sanciones sólo se podrán aplicar por el Consejo, previa instrucción de una investigación sumaria, y ajustándose a las normas contenidas en el Estatuto administrativo.¹⁶⁴

Al respecto, establece el Convenio celebrado entre la Contraloría y el Consejo en su párrafo 10º: *“El Consejo podrá solicitar a la Contraloría que inicie sumarios administrativos por las infracciones previstas en los arts. 45 a 47 de la Ley de Transparencia, dentro o fuera de la ciudad asiento del Consejo. En estos casos la Contraloría investigará los hechos y, en su caso, establecerá las sanciones que correspondan remitiendo los antecedentes al Consejo Directivo del Consejo. Este último los ponderará prudencialmente para decidir, fundadamente, si aplica una sanción o sobresee”*.

Se desprende de la opinión de varios entrevistados que el Consejo para la Transparencia no cumple a cabalidad sus funciones fiscalizadoras y sancionatorias. En opinión de Ferrari¹⁶⁵, las municipalidades, que obtuvieron un 2,1 (en escala de 1 a 7) en el cumplimiento de la transparencia activa no recibirán ninguna sanción, habiendo una barrera importante en cuanto a las herramientas que ofrece la institucionalidad para hacer cumplir la ley.

Igualmente, para Arís, se trata de un Consejo *que no tiene la fuerza política necesaria para poder ejercer el mandato que tiene por ley, que es de velar por el cumplimiento de la ley de acceso a la información pública*. Mientras las primeras sanciones se establecieron en abril del año 2011 a los municipios de Penco, El Carmen y Ovalle, éstas parecen ser muy escasas, tomando en cuenta el alto nivel de incumplimiento que han establecido los informes estadísticos del Consejo. No obstante, de algún modo, se ha pasado de una etapa de “observación” a una etapa de “fiscalización”.¹⁶⁶ En este sentido, se han aumentado considerablemente las solicitudes de instruir sumario que ha enviado el CPLT a Contraloría. Queda pendiente evaluar las consecuencias del cambio de política iniciado a finales de 2011 cuando haya transcurrido un tiempo suficiente como para apreciar los efectos de la política de fiscalización del Consejo.

¹⁶⁴ CHILE. Ley 20.285, art. 49.

¹⁶⁵ Entrevista José Manuel de Ferrari.

¹⁶⁶ Entrevista Eolo Díaz-Tendero.

En detalle, las primeras sanciones se solicitan en 2010,¹⁶⁷ en dos casos se aplican en abril del año siguiente.¹⁶⁸ En 2011, se solicita a la Contraloría instruir 10 sumarios, mientras que en lo que va del año 2012 (hasta agosto 2012), el CPLT ha solicitado instruir 51 sumarios, o sea, ya son cinco veces más que durante todo el año pasado. Casi la totalidad de ellas son en contra de municipalidades, y respondiendo a la preocupación arriba mencionada,¹⁶⁹ hay uno contra FONASA, otro contra la subsecretaría de las Fuerzas Armadas y otro contra Gendarmería. El siguiente cuadro visualiza el aumento en el uso de la facultad del CPLT de solicitar la instrucción de sumarios para fiscalizar el incumplimiento con la transparencia activa o pasiva por parte de los organismos públicos.

FISCALIZACIÓN. Solicitudes de sumarios a la Contraloría de la República

Año	Solicitudes de instrucción de sumario (activa/pasiva)	Fiscalizaciones aplicadas
2010	3 (- / 3)	3 multas
2011	10 (1 / 9)	3 en instrucción 2 multas 2 sobreseimientos 1 rechazo 2 sin información

Fuente: Datos propios a partir de www.consejotransparencia.cl

Este aumento repentino se explica, entre otros factores como la priorización del Consejo en sus primeros años de colección de datos sobre incumplimiento y el establecimiento de criterios jurisprudenciales a través de la decisión de amparos, por dificultades de compatibilizar la manera de funcionar del Consejo (hablando en términos de derecho administrativo) con la lógica de la Contraloría; que es el órgano que debe ordenar las sanciones. En este sentido, se presenció un problema inicial con respecto al sobreseimiento de varias solicitudes de instruir sumarios por parte del Consejo.¹⁷⁰

Más específicamente, las contiendas entre el CPLT y la Contraloría se habían referido a que la Contraloría había interpretado el artículo 49 de la LAIP según su propia tradición administrativa, resultando en el hecho que declarara, durante el año 2010, sobreseído algunas solicitudes de instruir sumario.¹⁷¹ Por su parte, el CPLT tenía otra lectura de la normativa, en especial mirando el Convenio de Cooperación que se había concluido en

¹⁶⁷ Ver resumen en <http://www.consejotransparencia.cl/actos-y-resoluciones-con-efectos-sobre-terceros/consejo/2009-04-08/125721.html#T8>.

¹⁶⁸ Ver en: <http://www.consejotransparencia.cl/consejo-para-la-transparencia-notifica-primeras-sanciones-por-incumplimiento-a-sus-decisiones/consejo/2010-04-19/103336.html>.

¹⁶⁹ Entrevistas con Enrique Rajevic y Eolo Díaz-Tendero.

¹⁷⁰ Entrevista Eolo Díaz-Tendero.

¹⁷¹ Entrevista con Enrique Rajevic.

junio del 2009 entre la Contraloría y el mismo Consejo.¹⁷² Estas dificultades se empezaron a resolver al crear la Unidad de Seguimiento y Sumario, entablando conversaciones “muy constructivas” con la Contraloría.¹⁷³

A partir del 2012, por consecuencia, la Contraloría “propone” al Consejo sobreseer un sumario en vez de declararlo simplemente por sobreseído; a pesar del cambio de lenguaje que sugiere que la decisión definitiva estuviera en manos del Consejo. No obstante, no existe en este momento figura administrativa que permitiera al Consejo evitar la re-evaluación de la evidencia en el marco de la instrucción o rechazar la propuesta que hace Contraloría, sancionando a pesar de la “propuesta” de Contraloría.¹⁷⁴ En ese sentido, el Consejo no tiene la última palabra sobre quienes hayan incumplido con las obligaciones bajo la LAIP.

La Unidad de Seguimiento y Sumario además se encargó de planificar junto a la Contraloría una serie de talleres entre las dos instituciones, para asegurar un buen funcionamiento del Convenio de Cooperación. El primer seminario se llevó a cabo en Julio 2012.¹⁷⁵ Las conversaciones entre el Consejo y la Contraloría sobre la interpretación de las competencias en el sumario se espera concluyan durante el año 2012. Desde el Consejo, se ve con muy buenos ojos la colaboración, especialmente por su descentralización y por tratarse de una institución con recursos humanos.¹⁷⁶

La evaluación del funcionamiento de las sanciones de parte del Consejo parece favorable; según el Presidente del CPLT, las facultades del Consejo son suficientes como para ejercer la fiscalización de los organismos públicos que se encuentren en incumplimiento; no obstante, Ferreiro se pregunta si las sanciones prescritas en la legislación son lo suficientemente altas para constituir un real incentivo de cumplimiento con la transparencia.¹⁷⁷

Aunque no podamos ser exhaustivos al respecto, queremos completar esta presentación del CPLT con algunos puntos de reflexión sobre su labor y los desafíos que se le presenten.

Primero y con respecto a la transparencia pasiva, el desafío más grande según el Presidente del Consejo, es la falta de un sistema de registro de la documentación de la cual disponga el Estado. Algunas *debilidades no son necesariamente parte de las atribuciones del Consejo, pero eventualmente disminuyen su eficacia. Una de ellas –señala el Sr. Ferreiro–, es la insuficiente regulación en Chile de los archivos, de la custodia de la documentación.*¹⁷⁸

¹⁷² Disponible en: <http://www.consejotransparencia.cl/consejo/site/artic/20090408/aoscf/200900408125721/convenio.comtraloria.pdf>.

¹⁷³ Entrevista con Enrique Rajevic.

¹⁷⁴ Entrevista con Enrique Rajevic.

¹⁷⁵ Mayor información en: <http://www.consejotransparencia.cl/cplt-y-contraloria-general-de-la-republica-participan-en-seminario-de-transparencia/consejo/2012-07-207101905.html>

¹⁷⁶ Entrevistas con Enrique Rajevic; Eolo Díaz-Tendero; Alejandro Ferreiro.

¹⁷⁷ Entrevista con Alejandro Ferreiro.

¹⁷⁸ Entrevista con Alejandro Ferreiro, ver también Vial 2010.

Mientras existen normas sobre la clasificación de documentos secretos, acompañados de la Instrucción General No. 5 del Consejo sobre el tema, no existe una ley que regule cómo registrar y clasificar la información. Por consecuencia, hay una gran cantidad de solicitudes de información que se pueden rechazar simplemente porque no hay registro sobre dónde se almacena la información. Lo anterior, es una limitación considerable al ejercicio del derecho de acceso a la información porque limita su eficacia, y más aún también constituye una falta al principio de probidad en la administración del Estado.

Como segundo elemento, el Senador Larraín señala que se necesita un Consejo para la Transparencia capacitado para difundir, preparar y capacidad al sector público bajo su ámbito en los temas de transparencia. Así como también para coadyuvar a las instituciones a lo largo del proceso de fiscalización, sugiriendo los mecanismos para corregir las limitaciones o falencias que tengan para entregar información, particularmente en los municipios, que es donde se ha registrado un mayor nivel de incumplimiento de la norma.¹⁷⁹

No obstante, estas funciones solamente pueden ejercerse correctamente si el presupuesto asignado al CPLT contempla fondos para estas actividades. En este sentido, el CPLT no tiene el suficiente presupuesto para cumplir todas sus funciones con cabalidad, especialmente, en cuanto a la masificación del conocimiento sobre la LAIP y la socialización de su uso.¹⁸⁰ Sin asignar los fondos necesarios para estas campañas de información (televisivas y otras) el Consejo mantendrá su característica principal de ser un órgano de la elite (ver Capítulo 5).

Tercero, se observa que será un desafío la relación del CPLT con los medios de comunicación masiva, especialmente, mientras no haya estrategia proactiva de difusión mediante campañas dirigidas por el propio Consejo. Así, el CPLT debe constantemente redefinir su relación con los medios de comunicación, especialmente porque al adoptar decisiones más controversiales o difíciles para el Ejecutivo, la prensa ha empezado a reportear más frecuentemente sobre el Consejo. Así ocurre, por ejemplo, en los casos de correos electrónicos (Larroulet, Mellipilla; ambos pendientes en el Tribunal Constitucional); la decisión concerniente la entrega de información sobre los abogados asesores del Ministerio de Relaciones Exteriores en la disputa marítima con el Perú (caso La Haya); el remplazo de los dos primeros consejeros cuyo mandato expiró; y en general en todos aquellos casos relacionados con organismos como Codelco, las universidades estatales, u otras instituciones de interés público. Por lo demás, en todas éstas discusiones mediáticas la prensa aumentando su nivel de vigilancia ha ido cambiando de una actitud aprobativa del actuar del Consejo a tonos más críticos, por lo que sin duda queda por evaluar el impacto que tiene en la población en general esta cobertura más intensa, crítica y a veces incompleta, pues obvia informar sobre los datos estadísticos que produce el Consejo.¹⁸¹

¹⁷⁹ Entrevista con Hernán Larraín.

¹⁸⁰ Ver CPLT, Encuesta Nacional 2011, 2009-2010 y CPLT, Encuesta de Posicionamiento 2011.

¹⁸¹ Entrevista con Eolo Díaz-Tendero. Para comprobar la información, revisamos las páginas electrónicas de El Mercurio, La Tercera y La Segunda. No hay cobertura de datos de uso u otras estadísticas; sobre las sanciones impuestas o solicitadas. Solamente se encontró una nota: ver La Tercera, Consejo para la Transparencia sanciona a Alcaldesa de Iquique por negarse a entregar información). Las otras noticias sobre el CPLT tienen que ver o con el cambio de consejeros o bien con conflictos con el ejecutivo sobre la interpretación de la Ley, por ejemplo, con respecto al tema del puente mecano (Ministerio de Defensa) y a los correos electrónicos con la Secretaría General de la Presidencia. La única excepción que encontramos es: El Mercurio, *chilenos no confían en el sector público y creen que oculta información. Encuesta Nacional del Consejo para la Transparencia*, 4 de enero de 2012.

No obstante lo anterior, no se trata de esperar que el CPLT tome una posición demasiado proactiva en relación a la prensa, pues desde su creación se ha definido como un órgano técnico basado en un derecho humano de acceso a la información con fundamento y contenido desarrollado por el derecho internacional, y como institución garantizadora de un derecho, debe buscar una solución que siempre maximice la transparencia sobre otras consideraciones.

Finalmente, no sería completo este análisis sin una evaluación del proceso de remplazo y selección de los miembros del Consejo Directivo. En principio, el diseño del mecanismo de selección de los consejeros no proporciona garantías claras para la independencia de los candidatos del Ejecutivo. Incluso, el Ejecutivo no necesita entregar justificación ante el Senado ni a la población sobre la postulación o no (re) postulación de sus candidatos. Eso implica el riesgo que el Ejecutivo pueda fácilmente remover consejeros que hicieron bien su trabajo, al simplemente no postularlos nuevamente,¹⁸² o al postular solamente candidatos que aseguren una línea favorable al ejecutivo, más que un correcto y estricto apego a la LAIP en todas las decisiones que tomarían como consejeros.

Considerando el proceso de selección del año 2011 en concreto, cuando tocaba renovar los mandatos de Juan Pablo Olmedo y Raúl Urrutia, el Ejecutivo mandó una primera propuesta generando dudas acerca de por qué no repostulara a los dos consejeros salientes (quienes habían solamente cumplido un mandato corto), para permitir la renovación a futuro del Consejo en mitades. Asimismo, se criticó que la propuesta del gobierno incluyera a José María Eyzaguirre, quien actuó como defensor de Augusto Pinochet en el caso de las cuentas que tenía en el Banco Ritz¹⁸³ y a Samuel Donoso, abogado penalista militante del PPD, quien recibió cuestionamientos por su participación en los juicios del caso MOPGATE defendiendo a Héctor Peña (PS), y en el caso Publicam, donde defendió a Ricardo Farías, ex administrador electoral del senador Guido Girard".¹⁸⁴ Dicha propuesta del ejecutivo no prosperó en el Senado pues ambos candidatos sugeridos por el gobierno renunciaron a sus candidaturas, obligando al gobierno a mandar dos nuevos nombres que, finalmente fueron aceptados después de entrevistas a los candidatos en el Senado.

El control del Senado sobre la selección de los consejeros, no obstante, va a funcionar y producir miembros expertos en el tema de transparencia solamente si el proceso de selección no se decide simplemente en un cuoteo partidario o político. Llama la atención que hubo reportes mediáticos que sugieren justamente una estrategia en ese sentido, mencionando que había un "cupó" para el PPD y un "cupó" para RN a designar.¹⁸⁵ Una tendencia tal sería contraria a la concepción que tiene la Ley del Consejo y la que tiene el CPLT de sí mismo, esto es, de ser un órgano técnico.

¹⁸² Hernán Larraín se pronunció en este sentido con respecto al hecho que el gobierno del presidente Piñera no repostuló a los primeros consejeros cuyos mandatos vencieron. Ver: <http://diario.elmercurio.com/detalle/index.asp?id=%7Bb2d0ff63-ecb5-49de-ae31-cf17fcd64736%7D> En este sentido, también Senadora Isabel Allende. Ver: http://www.senado.cl/prontus_galeria_noticias/site/artic/20111014/pags/20111014122932.html.

¹⁸³ Ver nota de prensa <http://www.latercera.com/noticia/politica/2011/11/674-403916-9-concertacion-adelanta-rechazo-a-nombres-para-consejo-para-la-transparencia.shtml>.

¹⁸⁴ Ver nota de prensa en el Mercurio <http://diario.elmercurio.com/detalle/index.asp?id={ad0d5bbf-71ab-4e3b-b149-8edaa000cd8b}>.

¹⁸⁵ Para mayor información ver: <http://www.latercera.com/noticia/politica/2011/11/674-405587-9-senado-aprobo-nuevos-integrantes-para-consejo-para-la-transparencia.shtml>

Hay un elemento adicional: si el Consejo no fuera un órgano técnico sino sujeto a tendencias políticas, se pondría en riesgo la seguridad jurídica de la jurisprudencia sobre los amparos que decide el Consejo, dejando el voto decisivo (en el supuesto que los dos bloques políticos designen a dos consejeros cada uno) en manos del Presidente del Consejo. Si la designación fuera política, el criterio del Consejo sobre temas conflictivos cambiaría cada 18 meses al rotar la presidencia del Consejo tal como sucedió en los casos del Servicio Civil. Así, por ejemplo, podemos ver que en el caso sobre transparencia de correos electrónicos fue decisivo el voto del presidente, por lo que si cambia éste podríamos encontrarnos en 18 meses con jurisprudencia distinta para después volver eventualmente al criterio original, y así con todos los temas controvertidos. Por el contrario, si el Consejo fuera establecido solamente a partir de criterios técnicos y de experticia, la probabilidad de tales empates y situaciones de inseguridad jurídica se reduciría considerablemente.

Finalmente, queda por observar que el Consejo no puede arriesgarse de no reunir quorum¹⁸⁶ por desacuerdo en la designación de los nuevos consejeros. Se recomienda que los salientes mantengan sus funciones hasta el momento que asumen los nuevos consejeros.

En este sentido, el único modo de garantizar el funcionamiento de la Ley y por ende el cumplimiento de Chile con sus obligaciones internacionales en materia del derecho de acceso a la información, es con un Consejo que sea capaz de asegurar especialmente la seguridad jurídica en la materia y la implementación proactiva de la ley a través de fiscalización, capacitación e información. Por lo demás, el Senado debe tomarse el tiempo necesario para poder revisar todas las propuestas del Ejecutivo y entrevistar a todos los candidatos.

4.6. El Recurso ante el Consejo para la Transparencia

Junto con establecer el contenido del derecho y las causales de reserva a la transparencia, la LAIP se preocupa de regular el procedimiento de reclamo ante la negación de acceso a la información por parte de los órganos de la Administración del Estado. Según este procedimiento se establece que una vez que se ha agotado el plazo de entrega de la información sin que el órgano recurrido haya cumplido, o denegada por la razón que fuere la petición, el solicitante podrá acudir ante el Consejo para la Transparencia solicitando el amparo de su derecho de acceso a la información.¹⁸⁷

La ley crea un proceso de amparo sencillo y rápido (15 días para recurrir, 10 días hábiles para presentar descargos, y 5 días más para resolver a partir del momento en que se recibe la prueba y se efectúan las audiencias), con la posibilidad de presentar pruebas y defensas, y de recurrir ante otra instancia distinta a la administrativa en caso de denegación reiterada de la solicitud de acceso por parte del Consejo para la Transparencia (reclamo de ilegalidad).

¹⁸⁶ Comunicado CPLT véase en: <http://www.consejotransparencia.cl/declaracion-publica/consejo/2011-11-07/174406.html>. Para mayor información ver: <http://www.consejotransparencia.cl/nuevo-consejo-directivo-realiza-primera-sesion-para-resolver-casos/consejo/2011-11-23/122137.html>.

¹⁸⁷ CHILE. Ley 20.285, art. 24 y ss.

La primera instrucción general del Consejo, adoptada en sesión número 41 de 11 de abril de 2009 estableció reglas específicas para facilitar la presentación de reclamos en contra de las gobernaciones cuando el reclamante no tenga domicilio en el asiento del Consejo para la Transparencia. Estas reglas son de fácil entendimiento para un funcionario, y se complementan con la información proporcionada para el solicitante en *EducaTransparencia*.¹⁸⁸

Cabe señalar que la decisión de amparo por parte del CPLT puede ser impugnada judicialmente ante la Corte de Apelaciones competente según el lugar de residencia de la persona reclamante. En la práctica, se han usado no obstante, tanto el recurso de inaplicabilidad como el recurso de queja para llevar algunos asuntos a la atención del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema, respectivamente.

Se ha discutido si no sería suficiente la competencia de las Cortes de Apelaciones para garantizar la legalidad del actuar del CPLT y la correcta aplicación de la LAIP: en principio, sería suficiente para cumplir con los alcances del derecho al debido proceso, proporcionando una instancia judicial de revisión de la decisión de un órgano administrativo que ya ha fiscalizado el actuar del órgano público que originó el acto impugnado (denegar la información). Según el Presidente del CPLT, los recursos contra los actos de las Cortes de Apelaciones, no obstante, están en jaque con el mismo objetivo de la LAIP, pues –según señala el Sr. Ferreiro¹⁸⁹– la ley quiso que la Corte de Apelaciones actuase como la última instancia de reclamación para las decisiones del Consejo. Pero en la práctica se han interpuesto también recursos de inaplicabilidad frente al Tribunal Constitucional y recurso de queja frente a la Corte Suprema, pudiendo traducirse este procedimiento en el atraso de varios años en la entrega de la información requerida, atentando contra el principio de oportunidad.

En este sentido, en aquellos casos en que ha intervenido el Tribunal Constitucional aceptando jurisdicción para revisar decisiones de las Cortes de Apelaciones, se aprecia una estrategia de litigio empleada por el Ejecutivo contra las decisiones del CPLT en las que no está de acuerdo. Al respecto, es pertinente destacar que es atribución del Tribunal Constitucional resolver “la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución” (art. 93 inciso 6 de la Constitución Política). Por lo anterior, pueden ser objeto de estos recursos los fallos de las Cortes de Apelaciones que hayan revisado decisiones del CPLT. Finalmente, y aún más, incluso hay un debate sobre si se debiera considerar al CPLT mismo como “tribunal”.¹⁹⁰

Una segunda pregunta de la intervención del Tribunal Constitucional es cuál sería el derecho o precepto constitucional que se protege, ya que un recurso de inaplicabilidad es

¹⁸⁸ Mayor información en: <http://www.educatransparencia.cl>.

¹⁸⁹ Entrevista Alejandro Ferreiro.

¹⁹⁰ Para mayor información: HUEPE, Fabián. El Consejo para la Transparencia y su posible actividad jurisdiccional: ¿Crisis en la clásica separación de los poderes ejecutivo y judicial? Actas de las Jornadas de Derecho Público 2011. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 2012.

solamente posible si hubiera afectación de derechos fundamentales de terceros, pues los órganos de personalidad jurídica pública no gozan de estos derechos. Finalmente y pese a lo sustantivo en lo relativo a la procedencia o no del recurso de inaplicabilidad, con este tipo de estrategias de hacer conocer al Tribunal Constitucional temas divergentes, el acceso a la información propiamente tal y en tiempo oportuno se puede hacer ilusorio debido precisamente a las largas tramitaciones de recursos no contemplados en la institucionalidad de la LAIP.

Por otro lado, de una revisión en el fondo por parte de las Cortes de Apelaciones surge la desventaja o dificultad de no crear una jurisprudencia unificada, esto por no tener la competencia investida en un solo tribunal como la Corte Suprema. Esta desventaja, no obstante, no se remedia con los recursos mencionados, sino que por el contrario y sin perjuicio de una discusión más profunda sobre la competencia del Tribunal Constitucional que se debería dar en otros espacios, lo que podemos constatar es que los recursos de inaplicabilidad y de queja no pueden lograr la meta de unificar la jurisprudencia sobre el fondo de la aplicación de la LAIP.

5. CARACTERIZACIÓN DE LOS USUARIOS DE LA LEY: ¿UNA PROFUNDIZACIÓN DEMOCRÁTICA PARA Y CON POCOS?

Encontramos diversas opiniones sobre el uso que la ciudadanía hace de la LAIP, reaccionando a la publicación de estadísticas por parte del CPLT. La Ley conforme lo indicó el Sr. Riveros ha sido *“una idónea forma de hacer participar a la ciudadanía que está más dispuesta a ser considerada, y mucha información que no podría estar a disposición de las personas si no existiera la ley, hoy día lo está”*. Sin embargo, Olmedo indica que en la masificación del uso de la ley es *donde no se han visto [avances], porque desde este lado de la agenda precisamente la construcción del derecho de acceso y todo lo que hay detrás tiende al fortalecimiento de los Derechos Humanos básicamente, pero de manera sistémica*. Esto a pesar de situaciones puntuales en las cuales el uso de la Ley representaba un hito imprescindible para lograr la protección de los derechos. El mismo Juan Pablo Olmedo señala que el caso de solicitud de información del alcalde de Melipilla a la subsecretaría del interior, contenida en la decisión de amparo rol C406-11,¹⁹¹ se podría haber convertido en un hito para la actividad de la sociedad civil en la consolidación del derecho de acceso a la información pública. El Tribunal Constitucional falló el día 11 de septiembre de 2012 que una interpretación del artículo 5º inciso 2º de la LAIP que implicaría un requerimiento que se publiciten todos los correos electrónicos del ministro del Interior, sería inconstitucional y por ende, inaplicable.¹⁹² Aunque en este trabajo, por razones editoriales, no podemos entrar en la discusión del fallo, consideramos muy probable que generará una importante discusión a nivel nacional – una discusión que Olmedo lamenta no se había dado con anticipación.

¹⁹¹ Disponible en http://www.consejotransparencia.cl/data_casos/ftp_casos/C406-11/C406-11_decision_web.pdf

¹⁹² TC Rol 2153. Ver también voto disidente de los ministros Viera-Gallo, García y Carmona que adopta el criterio del Consejo para la Transparencia.

A juicio del diputado Burgos, quien concuerda con Olmedo, la LAIP *aún no es muy conocida por los ciudadanos. La conocen más bien los periodistas (...) algunas personas más ilustradas, pero aún ha faltado, a mi juicio desde el punto de vista del consejo de la transparencia, del propio Estado una campaña fuerte, clara, de pedagogía, del significado que tiene. Varios otros actores coinciden con la opinión del diputado Burgos. Juan Manuel de Ferrari señala que hay muy poco conocimiento para lo que debería haber en el momento en que se implanta una ley tan importante, no ha habido una campaña pública amplia de difusión acerca de la ley. Entonces, si se conoce es porque hay algunos grupos que están trabajando con la ciudadanía en eso. Al parecer, el único periódico que usa el amparo ante el CPLT de forma sistemática es CIPER.*

Actores institucionales del Consejo también concuerdan. El señor Díaz-Tendero señala que uno de los riesgos del derecho de acceso a la información pública es su posible elitización. Para esto –índice el Sr. Díaz-Tendero– se ha hecho una comparación entre el perfil del solicitante de información sin que sepa que tiene derecho con quien sí lo conoce. El primer es una persona con formación intermedia e ingresos bajos; sin embargo, el cliente directo del Consejo para la transparencia –personas que conocen el derecho y hacen uso de él– son personas profesionales, con altos ingresos y con magíster y doctorado.

Según información entregada por el Consejo¹⁹³ se tuvo cautela en usar parte del presupuesto inicial, en 2009, para una campaña masiva de difusión de las labores del Consejo, temiendo que podría llegar una avalancha de reclamos que excedería la capacidad de los consejeros y de los organismos públicos en su capacidad de responder a las solicitudes.

Además, observamos que la información que produce el Consejo parece en su mayoría estar dirigida a funcionarios públicos que tienen que implementar nuevas reglas sobre la transparencia, y expertos en transparencia. La mayoría del material informativo está redactado de manera relativamente técnica, acompañados usualmente de comunicados de prensa o notas que se redactan en un lenguaje más accesible. La Dirección de Estudios del Consejo produce estadísticas, estudios empíricos y análisis comparativos, todo con el afán de identificar las prioridades de acción y las posibilidades y necesidades de mejoramiento en el funcionamiento del Consejo.¹⁹⁴ En este sentido, es material para pares en el ejecutivo y en la administración pública. No obstante, hay también producción de material educativo, tal como Educa Transparencia, un portal en la página del Consejo que permite aprender de manera amigable detalles sobre el uso de la LAIP. El Consejo intenta superar la brecha con la ciudadanía en general, a través de una iniciativa de diseño de políticas públicas en varios sectores de políticas de salud y vivienda, incluyendo la capacitación y campañas,¹⁹⁵ pero el efecto lógicamente no se puede apreciar todavía estadísticamente; de acuerdo al estudio más reciente del consejo, un 76% de las personas dice no conocer

¹⁹³ Entrevista Alejandro Ferreiro. “Al inicio, cuando pudimos haber gastado algo más de dinero en esto, no sabíamos qué capacidad de respuesta íbamos a tener, es decir, cuánta gente iba a consultar, cuánta gente iba a reclamar y qué capacidad iba a tener este nuevo consejo de responder a esa demanda, entonces fuimos especialmente cauteloso en la publicidad inicial para no estimular nuevas demandas que pudiesen ser muy superiores, tanto del Estado, del gobierno, de la autoridad, como del consejo después, [se trata de] una cautela asociada a evitar el riesgo de desbordarnos”.

¹⁹⁴ Entrevista Eolo Díaz-Tendero.

¹⁹⁵ Entrevista Eolo Díaz-Tendero.

la LAIP. El CPLT está en este momento planificando estudios sectorializados para medir el impacto de estas iniciativas y campañas.¹⁹⁶

Según el Director de Estudios, la elaboración y difusión de material didáctico y campañas de información es una necesidad, para la cual, no obstante, en este momento faltan las asignaciones presupuestarias, ya que el Consejo ha tenido que priorizar algunas de sus funciones ante la falta de fondos.¹⁹⁷ La decisión de cómo priorizar es del Consejo, que tiene relativa autonomía a cómo distribuir los fondos disponibles. Hasta ahora, el enfoque del Consejo Directivo parece haber estado en la resolución de amparos, dedicando 15 de 16 reuniones al mes a esta facultad.¹⁹⁸ Parecería necesario, en el contexto de la falta de conocimiento de la LAIP, que el Consejo Directivo considere si aumenta su dedicación o desempeño en las otras facultades que la Ley le haya asignado. Conviene observar aquí que el Consejo, en el primer año de su funcionamiento, ha tomado una postura cautelosa al no embarcar en una campaña pública, como no se sabía si el Consejo iba ser inundado de amparos incluso sin esta publicidad. No ha sido el caso y parece que sería tiempo para una reconsideración, especialmente de parte del ejecutivo y Congreso que aprueba el presupuesto de la Nación.

Conceptualmente, se puede observar que ante la falta de masificación de conocimiento y uso de la LAIP, estamos ante el riesgo de reiterar la lógica de Estado en vez de implementar la lógica ciudadana del derecho de acceso a la información que se puede –libre e informadamente– ejercer por parte de cualquier persona en el país. En este sentido, la campaña mediática e informativa es necesaria para cumplir con el espíritu de la ley y hacer el ejercicio del derecho efectivo, tal como indica también la obligación internacional que Chile ha contraído.

5.1. Datos sobre el conocimiento de la Ley

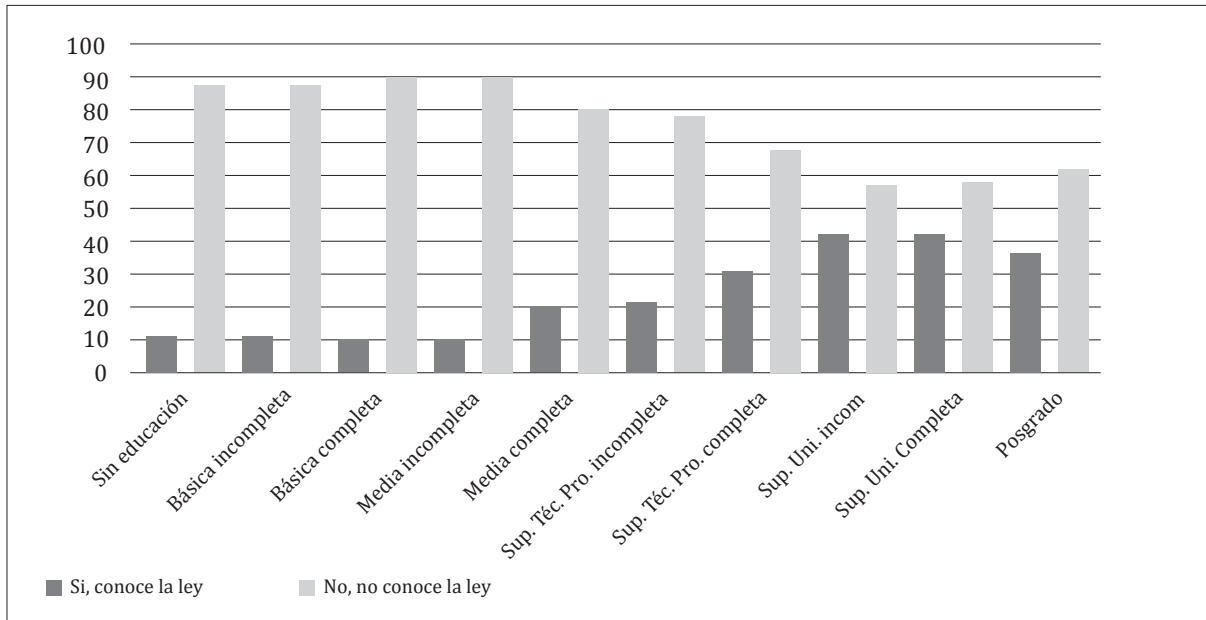
En la encuesta de posicionamiento que realizó el CPLT en el año 2011, sólo un 23,6% de los encuestados decía conocer la ley, porcentaje que puede ser considerado exiguo, habida cuenta que la ley empezó a funcionar en el año 2008. Sin embargo, estos resultados cambian cuando controlamos por algunas variables, tal como lo muestran los gráficos 1 y 2.

¹⁹⁶ Entrevista Eolo Díaz-Tendero.

¹⁹⁷ Entrevista Eolo Díaz-Tendero.

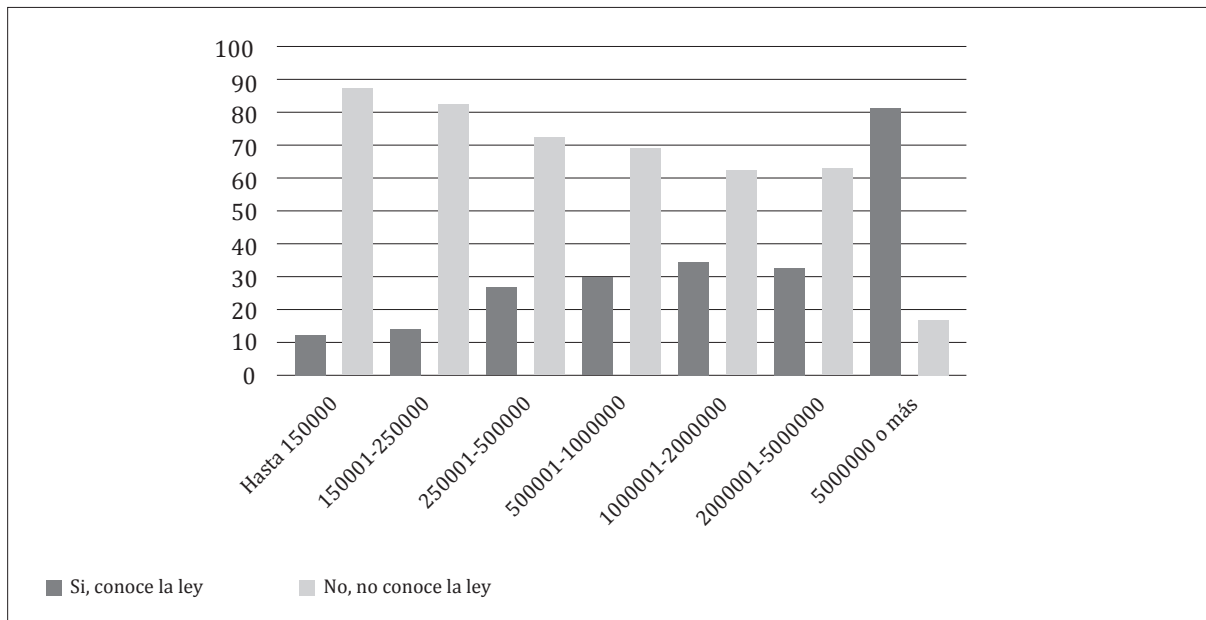
¹⁹⁸ Entrevista Ferreiro.

Gráfico 1
Conocimiento de la ley 20.285 por nivel educacional



Fuente: Encuesta de posicionamiento 2011 Consejo para la Transparencia

Gráfico 2
Conocimiento de la ley 20.285 por tramo de ingreso



Fuente: Encuesta de posicionamiento 2011 Consejo para la Transparencia.

Los gráficos 1 y 2 permiten corroborar lo que señala Eolo Díaz-Tendero respecto a la eventual elitización del uso del derecho de acceso a la información pública. A medida que crece el ingreso y el nivel educacional aumenta el conocimiento que las personas tienen de la ley.¹⁹⁹ En los primeros niveles el conocimiento no supera el 11%, por tanto, personas más educadas tendrán un acceso mayor al ejercicio del derecho de acceso a la información pública, y los ciudadanos con niveles de educación bajos simplemente desconocen la norma que regula y garantiza el derecho de acceso a la información.

También se denota que a mayor ingreso existe un mayor conocimiento de la ley, pero llama la atención que en los seis primeros tramos, que agrupan a las personas que ganan hasta 5 millones de pesos líquidos mensuales, el conocimiento de la ley no sobrepase el 40%, en tanto que en el tramo 7, donde se ubican las personas que obtienen más de 5 millones de pesos mensuales, el conocimiento de la ley supere el 80%. Es decir, quienes mayor potencial tienen para hacer uso de las herramientas que entrega la ley 20.285 se encuentran en aproximadamente el 2% superior de ingreso en Chile. La mayor parte de la ciudadanía desconoce la ley y, por tanto, la garantía del derecho que la norma busca resguardar.

Para corregir esta situación existe cierto consenso en que se requiere algún tipo de campaña comunicacional potente que permita dar a conocer el derecho de acceso a la información. Eolo Díaz-Tendero dice que las campañas que se han hecho en el consejo han sido pequeñas, aspirando a ser lo más eficientes posibles. No se ha podido hacer campañas masivas, lo que significaría anunciar en la radio durante un tiempo prolongado, en televisión durante horarios de alta sintonía, para alcanzar de esa forma al usuario que el consejo aspira a tener y no sólo *el doctor en Harvard*. El mismo presidente del Consejo señala que dado que la ciudadanía dice tener un conocimiento bajo de la ley, lo más adecuado es tener anuncios en televisión, pero eso resulta caro.

Finalmente, Olmedo observa que el uso de la Ley se queda en algunas ONGs relativamente pequeñas, *“bastante elitistas en cuanto a su configuración”*, sin lograr una penetración en los movimientos sociales o a la sociedad ampliamente. *“No se conecta con mundo social, no se conecta con el “twitter”, no se conecta con Facebook, no está presente en las movilizaciones estudiantiles, no está en Aysén, no está en el norte, no entra ahí. Se mantiene en una posición de discusión abstracta de derecho, de élite, de promoción, de difusión a nivel de la OEA, a nivel latinoamericano. Yo diría cómoda, porque hay un standing ganado, hay reconocimiento por parte de la prensa, de los medios, de las marcas institucionales asociadas a la gente de Transparencia (...).”* Significaría, que no hay *“masificación del conocimiento ni uso de la Ley”*.

Incluso a la hora de evaluar a los aliados del Consejo para la Transparencia en la sociedad civil como promotores del ejercicio del derecho de acceso y difusores de las herramientas que entrega la ley, el diagnóstico no es auspicioso. *“Los aliados los tenemos –señala el Sr. Díaz-Tendero– en la sociedad civil, pero esa sociedad civil tiene un impacto que es pequeñísimo en cuanto a cuál es la población objetivo de esta política, que son todos los ciudadanos del país y no solamente eso, sino también extranjeros que quieren información como en el*

¹⁹⁹ Índices Chi2 de Pearson y V de Kramer significativos con un 95% de confianza.

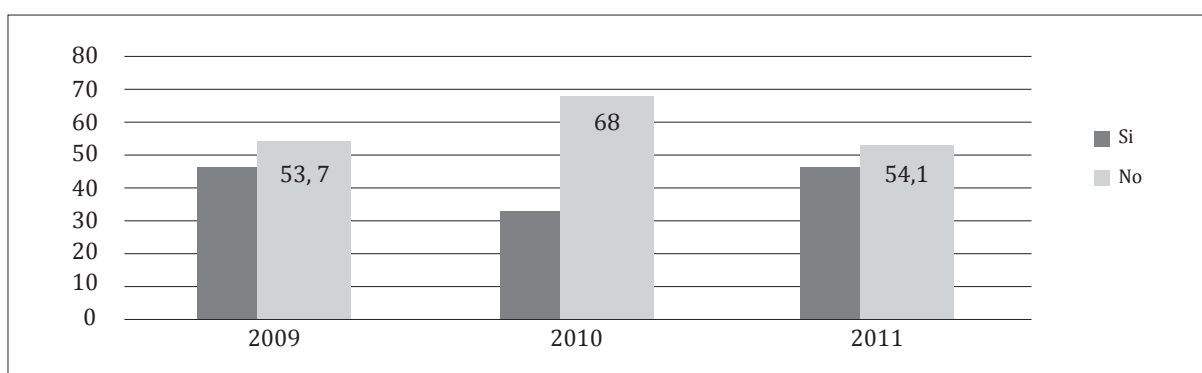
caso de La Haya, entonces (...) son súper buenos aliados, pero son aliados que tienen tantas restricciones como el consejo para la transparencia.

A eso podemos agregar que se aprecia, en general, una falta de compromiso de los medios masivos con los propósitos de la Ley.

5.2. Datos sobre solicitudes de información sin invocación de la Ley

Que las herramientas que entrega la LAIP sean usadas de forma extendida es una condición sine qua non para que los efectos esperados sobre el funcionamiento de la democracia tengan un impacto significativo. El gráfico 3 muestra los porcentajes de personas que dicen haber solicitado información a un organismo público.

Gráfico 3
Solicitud de información a organismos públicos



Fuente: Encuesta Nacional Consejo para la Transparencia 2009-2010-2011

Cuando más personas dicen haber solicitado información a un organismo público es el año inmediato de implementación de la ley, en 2009, luego en 2010 se produce una baja de casi 20 puntos que vuelve a crecer en 2011. Esta diferencia entre encuesta y el aumento de solicitudes, podría explicarse si se asumiera que cada usuario que dice conocer la Ley, planteara durante un año varias solicitudes de información.

El año 2009, desde abril, se realizó un total de 24.680 solicitudes de información a organismos de la administración central del Estado, mientras que en 2010 durante todo el año se realizaron 35.677 solicitudes. Si contamos sólo desde abril para homologar la serie de tiempo con 2009, tenemos un total de 28.953 solicitudes. En 2011 la tendencia se mantiene creciente, pues en total, durante todo el año, se realizan 39.971 solicitudes de información a organismos de la administración del Estado.

Según estudios realizados por el CPLT,²⁰⁰ en un 64,6%, los solicitantes de información no recibieron orientación para el ingreso de solicitudes vía web o presencial. Entre las

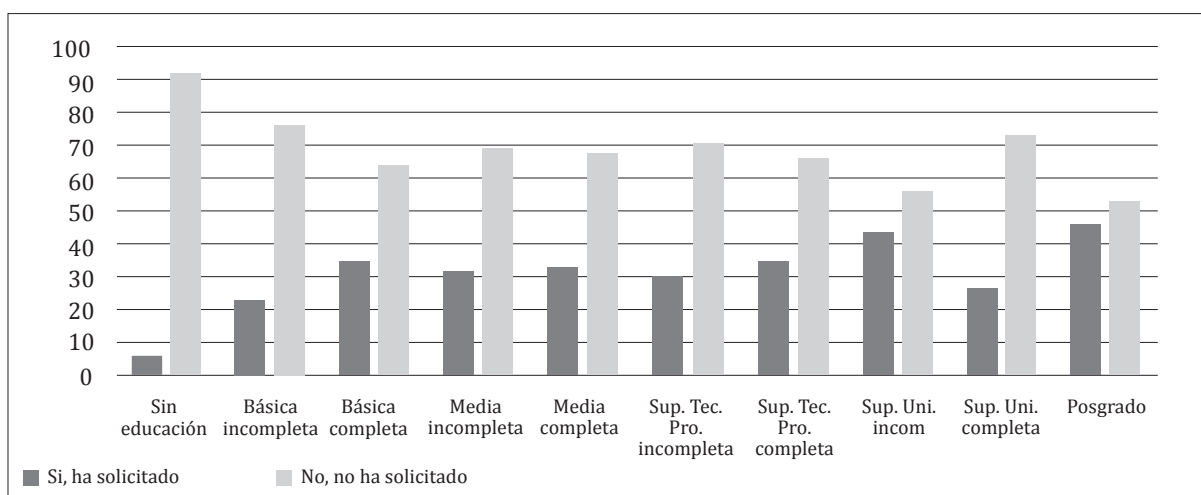
²⁰⁰ *Ibíd.*

conclusiones que señala el estudio del Consejo para la Transparencia se halla la falta de orientación durante la redacción de la solicitud y la continuidad del proceso.

Es razonable pensar que la tendencia es creciente pues la ley poco a poco se ha ido dando a conocer en la opinión pública y algunas organizaciones de la sociedad civil han jugado un rol tanto como difusores de las herramientas que la ley entrega, así como de intermediarios entre los solicitantes y el Estado, que aún no cuenta con un servicio de ventanilla única para recibir las solicitudes de transparencia pasiva ni para publicar la información requerida por las normas de transparencia activa.

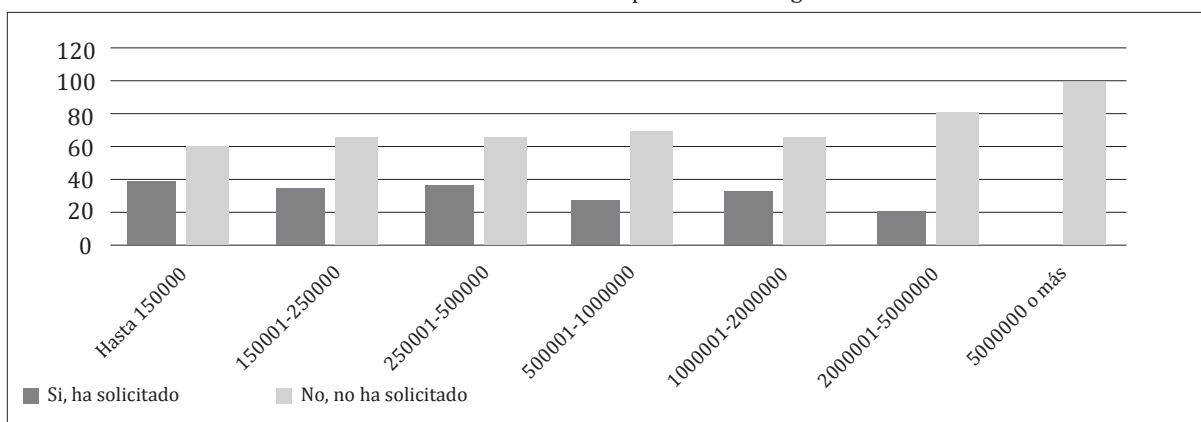
Sin embargo, los datos parecen sugerir que no existe una relación causal entre conocimiento de la ley y solicitudes de información pública. La gente hace solicitudes aún sin conocer la normativa y eso se corrobora al comparar los gráficos 1 y 2, con los gráficos 4 y 5.

Gráfico 4
Solicitud de información por nivel educacional



Fuente: Encuesta de posicionamiento 2011 Consejo para la Transparencia.

Gráfico 5
Solicitud de información por tramo de ingreso



Fuente: Encuesta de posicionamiento 2011 Consejo para la Transparencia.

Cuando nos referimos a las solicitudes de información, un 32% de los encuestados dice haber solicitado alguna vez información a un organismo público, mientras que el 68% señala no haberlo hecho. No obstante, en términos de estadística analítica, existe una correlación significativa entre el conocimiento de la ley y las solicitudes de información.²⁰¹

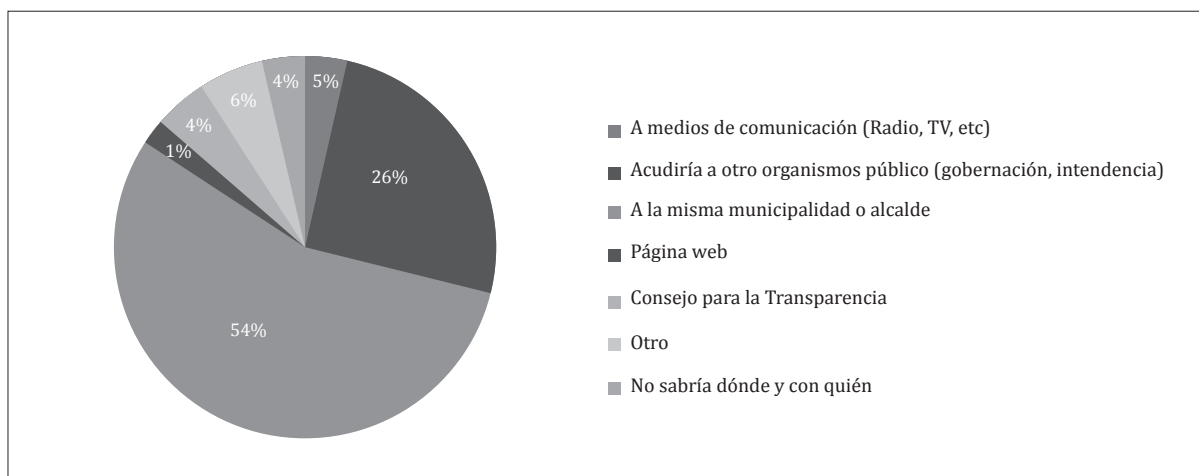
De manera global, las solicitudes de información a organismos públicos siguen teniendo un alcance limitado, no obstante, cuando controlamos por las mismas variables anteriores (educación e ingreso) ocurre lo que muestran los gráficos 4 y 5. Es decir, habría una relación menos clara entre solicitudes de información, nivel educacional y tramo de ingreso, a diferencia de lo que sucede con el conocimiento de la ley. Esto se traduce en que para solicitar información en un organismo público no necesariamente se tiene que conocer la ley. Sin embargo, lo importante de tener conocimiento de la normativa radica en que allí se encuentra el procedimiento que un ciudadano debe seguir en caso que su derecho de acceso a la información sea negado. La falta de conocimiento, entonces, desactiva la lógica participativa, ya que conlleva a la aceptación de un acto arbitrario de la administración.

De acuerdo a la información contenida en la encuesta de posicionamiento del Consejo para la Transparencia de 2011, cuando las personas solicitan información a un organismo público, en un 24% de las ocasiones la información no se le ha entregado, cifra que no muestra una correlación con el nivel de ingresos.

5.3. Datos sobre el conocimiento del Consejo para la Transparencia

Al mismo tiempo, cuando las personas se ponen en el caso de denegación de información por parte de un organismo público (en el caso de la encuesta se trata de información presupuestaria de un municipio) sólo un 4% dice que contactaría al Consejo para la Transparencia.

Gráfico 6
En caso que le negaran información en un municipio ¿con quién reclamaría?

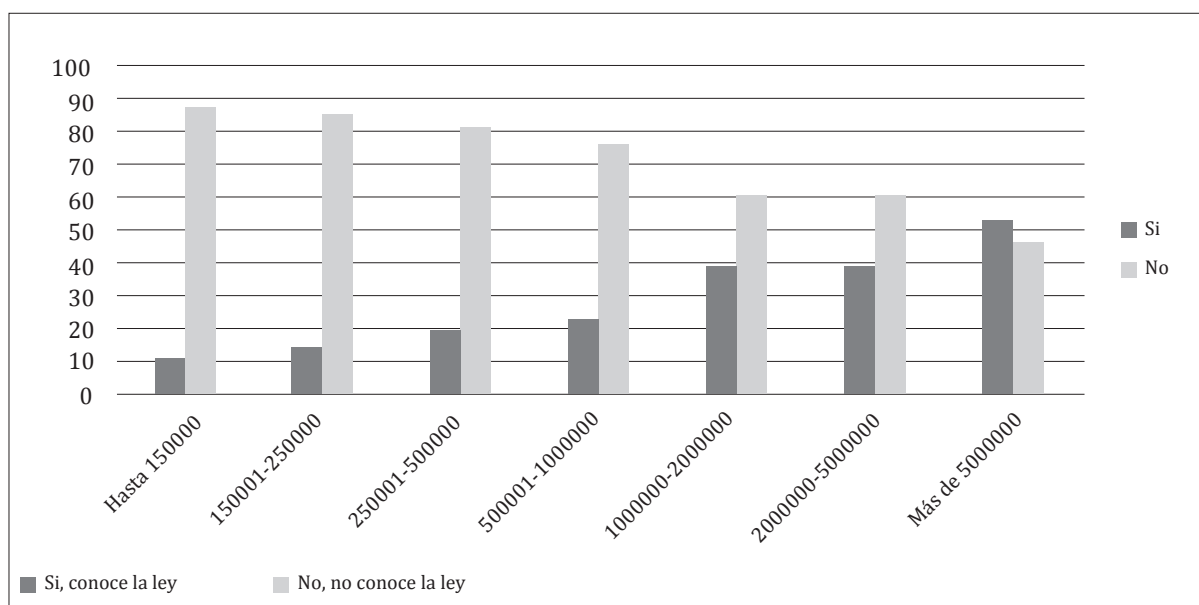


Fuente: Encuesta de posicionamiento 2011 Consejo para la Transparencia.

²⁰¹ Índices Ch2 y V de Kramer significativas al 95% de confianza. Cabe señalar que una correlación no dice nada sobre causalidades entre las variables.

Cuando a las personas se les pregunta directamente si acudirían al Consejo para la Transparencia, un 77% dice que sí, llegando esa cifra a un 75% cuando se trata del nivel de ingreso más bajo (Hasta 150 mil) y supera el 84% en el nivel más alto. Sin embargo, cuando controlamos los datos por el conocimiento que las personas tienen de la ley, las personas que recurrirían al CPLT frente a la denegación de información alcanzan un 96% en el nivel de ingreso más bajo y un 97% en el más alto, diferencia que no obstante, no resulta estadísticamente significativa.

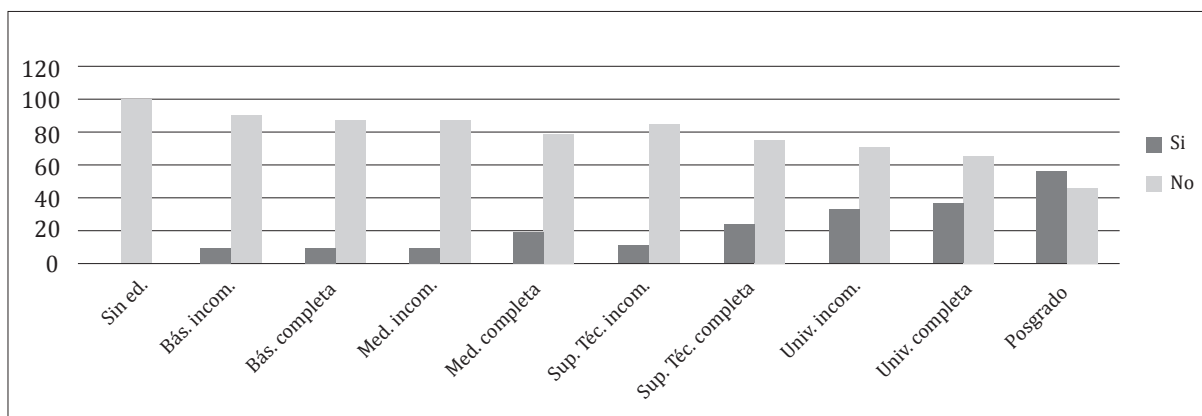
Gráfico 7
¿Conoce el consejo para la transparencia? Por tramo de ingreso



Fuente: Encuesta de posicionamiento 2011 Consejo para la Transparencia.

Existe una correlación significativa y positiva entre el conocimiento del Consejo para la Transparencia y el tramo de ingreso, tendencia que es incluso más marcada que en el caso del conocimiento de la ley. El uso del Consejo para la Transparencia como instancia de reclamación se queda de forma mayoritaria en los sectores con más altos ingresos.

Gráfico 8
¿Conoce el consejo para la transparencia? Por educación



Fuente: Encuesta de posicionamiento 2011 Consejo para la Transparencia

En el caso del nivel educación el resultado es parecido, aunque la correlación parece profundizarse hacia los tramos superiores de educación, particularmente en las personas con estudios superiores, como muestra el gráfico 7. En suma, del Consejo para la Transparencia tienen conocimiento personas educadas y con ingresos altos. Al igual que en el caso del conocimiento de la ley, no hemos visto correlaciones significativas con otras variables sociodemográficas, como el sexo o la región de residencia.

En consecuencia, el potencial que tienen los ciudadanos para ejercer el derecho de acceso a la información pública valiéndose de las normas que aparecen en la ley 20.285, crece en la medida que aumenta su ingreso y su educación, pese a que la solicitud de información no está correlacionada con el conocimiento de la ley.

Los datos sugieren que para que exista una efectiva utilización de la ley y de las herramientas que ella provee para garantizar el acceso a la información aún se necesita un importante trabajo de promoción y difusión de estos mecanismos, particularmente del Consejo para la Transparencia, cuya misión es justamente velar por el adecuado cumplimiento del derecho y es la instancia a la que pueden recurrir los ciudadanos cuando no pueden ejercer su derecho de forma adecuada. La capacitación a los funcionarios públicos como la difusión entre la ciudadanía del derecho de acceso a la información pública resultan ser las dos caras de la misma moneda en la adecuada promoción de la transparencia, del acceso a la información y, al final del día, de la profundización de la democracia.

Es importante que, por un lado, en los organismos públicos se avance progresivamente hacia el reconocimiento de que toda información en manos del Estado es de suyo pública y que la norma general no es la denegación de las solicitudes que hagan los ciudadanos, sino su entrega, pues las causales de denegación se encuentran explícitas en la ley. En ese sentido, el Consejo para la Transparencia ha jugado un importante rol en la capacitación de funcionarios públicos y en la realización de seminarios y talleres que buscan difundir esta noción de acceso a la información pública al interior de los organismos del Estado.

En definitiva, como Arís afirma, *el ejercicio de este derecho implica también un cambio cultural que como sociedad debemos conocer para poder ejercerlo, e instituciones de la sociedad civil, como la fundación Ciudadano Inteligente, trabajan en primer lugar para tratar de fomentar este derecho y de promover su uso, que se ejerce a través de la LAIP.*

Así, el ejercicio del derecho está limitado por razones de falta de información sobre la misma Ley y su institucionalidad.

6. PERCEPCIÓN DE DEMOCRACIA Y CORRUPCIÓN

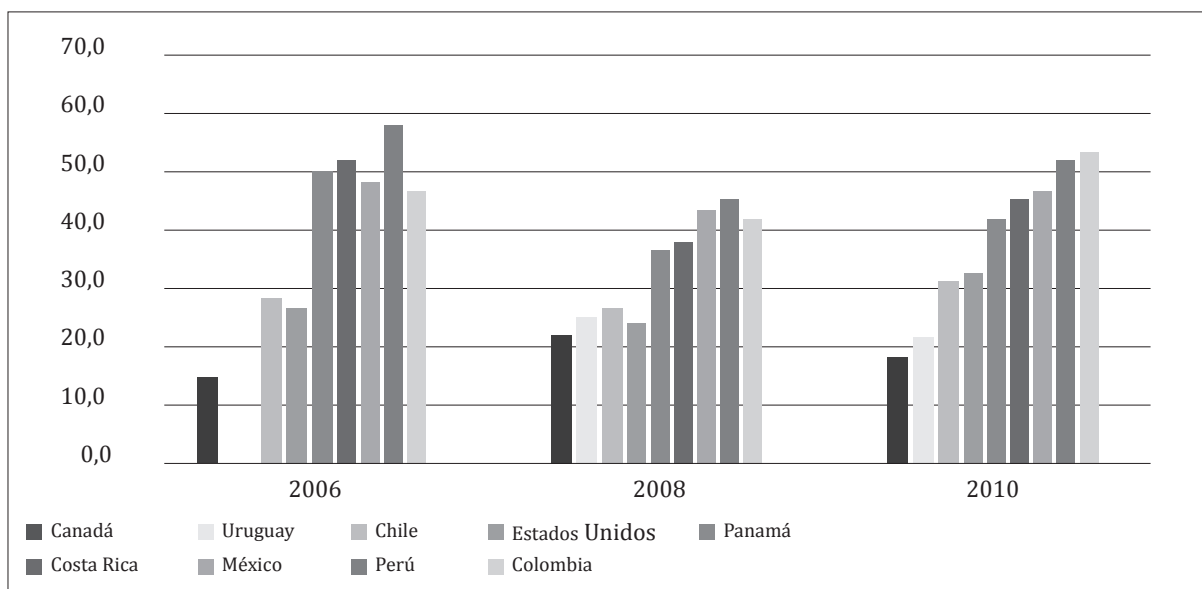
Este estudio pretende examinar, inspirado por la afirmación que la LAID es un antídoto de la corrupción, si efectivamente, los niveles de corrupción muestran una tendencia a la baja después de la entrada en vigencia de la Ley.

6.1. Corrupción y probidad en el sector público

Como indicamos arriba, las normativas de transparencia no siempre son buenos antídotos contra la corrupción, pues si bien permiten mayor control social de las estructuras gubernamentales, esto no va acompañado del desmantelamiento de las redes y estructuras que permiten sostener burocracias corruptas.

Para el caso chileno, la corrupción ha sido tradicionalmente baja y, como muestra el gráfico 1, los niveles de percepción de la corrupción no solo se ha mantenido relativamente constantes, sino que también pueden ser calificados entre los más bajos de las Américas.

Gráfico 9
Percepción de la corrupción en Chile, perspectiva comparada

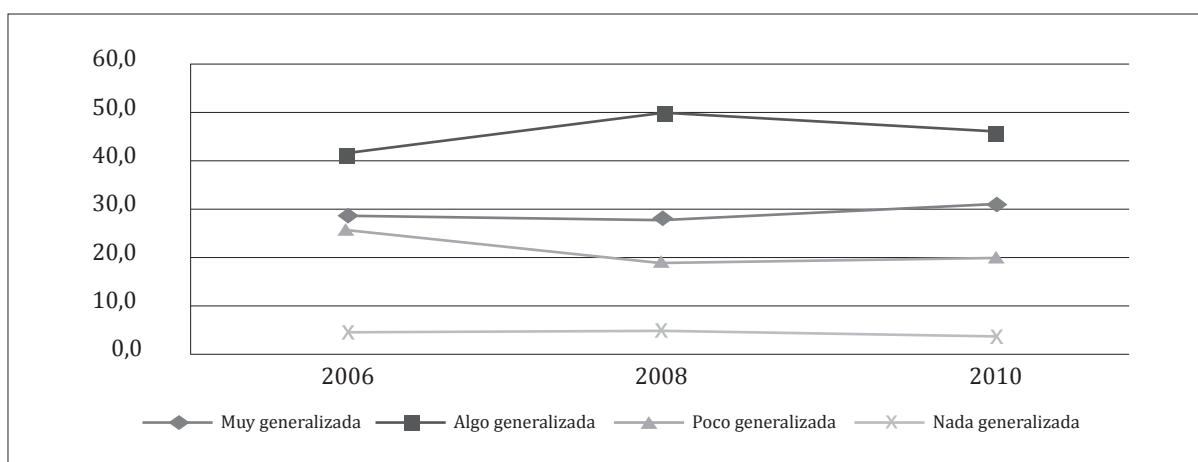


Fuente: Elaboración propia a partir de Encuesta LAPOP.

El gráfico 9 muestra que las personas que dicen percibir un nivel de corrupción “muy generalizado” en Chile se mantienen en torno al 30%, sólo más alto que Canadá y en un nivel parecido al de los Estados Unidos. Incluso, el nivel de Chile es más bajo que el de otros países con un nivel de desarrollo democrático parecido, como Costa Rica; aunque cercano a los niveles de Uruguay.²⁰² El resto de los países está muy por sobre Chile en este aspecto.

Sin embargo, si examinamos el desarrollo de la percepción de la corrupción después del 2009, no encontramos cambios significativos a partir del estudio de LAPOP, como se puede apreciar en el gráfico 10, transcurrido solamente tres años desde la entrada en vigencia de la Ley.

Gráfico 10
Percepción de la corrupción en Chile



Fuente: Elaboración propia a partir de Encuesta LAPOP²⁰³

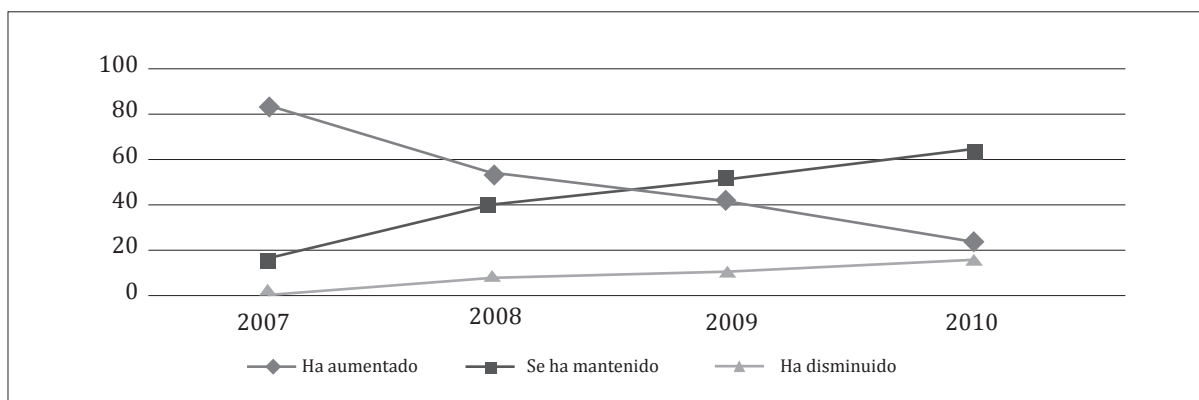
La ley de transparencia en Chile se implementa en abril de 2009, de tal manera que para el año 2010 sería plausible esperar algunas variaciones en cuanto a la percepción de la corrupción en el país pues la norma ya llevaba operando cerca de un año cuando el estudio se llevo a cabo, no obstante, como muestra el gráfico, la variación es poco significativa para las categorías “algo generalizada” que baja y “muy generalizada” que sube algunos puntos.

Usando los datos que provee la encuesta del Instituto de Ciencias Sociales (ICSO) de la Universidad Diego Portales, encontramos resultados algo diferentes a los que nos da la encuesta de LAPOP (Gráfico 11).

²⁰² En el caso de Uruguay, el estudio de LAPOP se realiza en 2007, 2008 y 2010.

²⁰³ Próxima encuesta LAPOP (bianual) se publica en diciembre de 2012.

Gráfico 11
Percepción de la corrupción 2007-2010



Fuente: Elaboración propia a partir de encuestas ICSO-UDP.

Los datos, si bien distintos a los que muestra LAPOP, tampoco parecen sugerir que la ley de transparencia haya tenido impacto en la percepción de la corrupción. Es más, podríamos presumir que la información que los mecanismos de transparencia pasiva permitieron solicitar a los organismos públicos habría contribuido a aumentar la percepción de la corrupción, y en el gráfico 11, como parte de la tendencia, se evidencia justamente lo contrario. La Encuesta UDP en 2011 no incluyó la misma pregunta; no obstante, se preguntó si la corrupción se percibía igual (61,3%), mayor (12,7%) o menor (15,9%) que durante los gobiernos de la Concertación (NC/NS 10,1%). Esos datos se pueden usar como proxy y revelan que la percepción de casi dos tercios de la población es un nivel estable de corrupción; entonces, no hubo un aumento en su percepción a pesar del uso que se hace de la LAIP. Quedará por ver si estas cifras cambian en 2012, con una cobertura más polémica de las actividades del CPLT en algunos casos relacionados con el ejecutivo.

Los datos del gráfico 11 (cifras de 2007) sugieren que en Chile los hechos de corrupción mediáticamente bullados tendrían un impacto muy significativo en la percepción del fenómeno. El año 2006 estallaron los escándalos en Chile Deportes. Esto puede resultar importante pues casos de corrupción circunscritos a ciertos organismos públicos generan un alto impacto en la opinión pública pues en Chile estos hechos no son generalizados y resultan socialmente rechazados.

Los datos anteriores vienen a mostrar, para el caso de Chile, que la ley de transparencia no marca un hito fundacional en cuanto a la percepción de la corrupción en el sector público, sino que más bien se transforma en un momento entre otros a lo largo de un proceso de concientización sobre la corrupción que se extiende desde los primeros años de la redemocratización en el país. Aunque la Ley no sea decisiva para aquello, junto a otros factores como el comportamiento de los medios de comunicación, ha permitido mantener niveles bajos de corrupción y de percepción de ésta. No obstante, con los datos disponibles no podemos proporcionar una evaluación sobre cuál sería la influencia de la LAIP sobre esto.

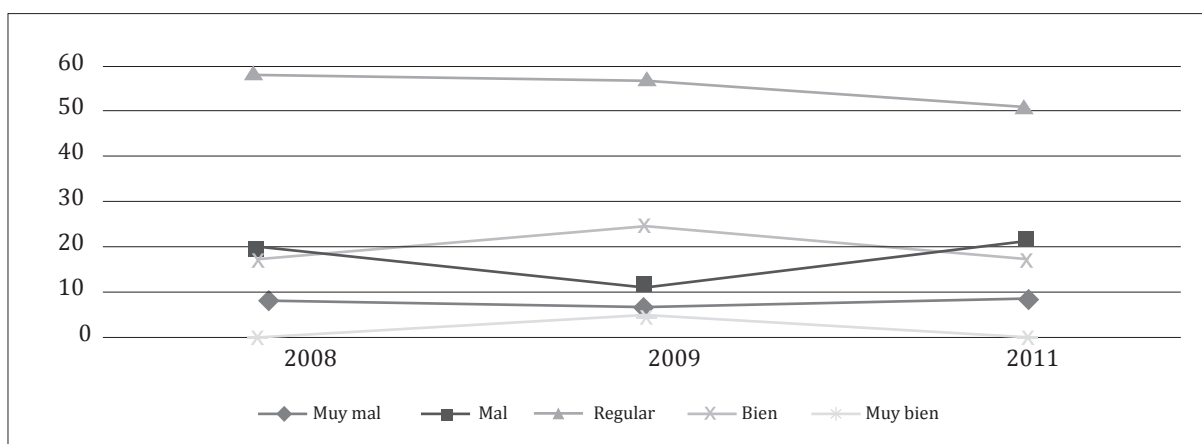
La hipótesis que hemos señalado previamente es que en países como Chile, con una amplia tradición de probidad en el sector público, el impacto de una ley de acceso a la información

pública resulta poco significativo en cuando a reducir la corrupción o la percepción de ésta. En general las estructuras gubernamentales funcionan apegadas a la normativa legal y los hechos de corrupción resultan bullados por los medios de comunicación o bien se hayan restringidos en ciertos espacios. En ese marco, la ley de transparencia ayudaría a mantener acotados los índices de corrupción, evitando que se expanda a otros servicios o niveles de la administración pública.

6.2. Funcionamiento de la democracia

Si bien, el impacto de una LAIP puede ser bajo para la percepción de los niveles de corrupción, sí puede ser significativo en cuanto a los mecanismos de control que tienen los ciudadanos hacia los organismos del Estado, así como también la disponibilidad de información que poseen para ejercer sus derechos políticos en democracia.

Gráfico 12
Funcionamiento de la democracia



Fuente: Elaboración propia a partir de encuesta CEP Oct. 2008, dic. 2009 y nov. 2011.²⁰⁴

El gráfico 12 muestra cómo los ciudadanos perciben el funcionamiento de la democracia en Chile. Es significativo revisar que el año 2009 la evaluación positiva de la democracia aumenta y si bien es cierto no es posible conocer con los datos disponibles si esa mejora se debe, en parte, a la ley de transparencia, al menos es posible presumir algún tipo de impacto en la percepción de los ciudadanos respecto a la democracia. En 2011, no obstante, aumenta el descontento y baja la aprobación levemente, aunque no fuera un cambio estadísticamente significativo.

Es posible inferir que la posibilidad de un mayor escrutinio público a los organismos del Estado es eventualmente percibido como un mejor funcionamiento de la democracia, no obstante, la encuesta CEP no sugiere de manera concluyente que el derecho de acceso a la información pública haya impactado de manera significativa y positiva en la percepción del funcionamiento de la democracia.

²⁰⁴ Las encuestas del año 2010 no incluyeron la pregunta sobre el funcionamiento de la democracia.

Con todo, hay que notar que aparentemente la ley no genera un impacto masivo en la participación democrática y de ahí podríamos deducir que la percepción que ha generado sobre su funcionamiento ha sido limitada. No obstante, el tiempo que la normativa lleva aplicándose puede resultar insuficiente para llegar a conclusiones definitivas al respecto y sería necesario recolectar nuevos datos cuantitativos que permitan evaluar el impacto de la ley en el funcionamiento cotidiano de la democracia en Chile.

7. ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN EL MARCO DE LA PROFUNDIZACIÓN DE LA DEMOCRACIA: EVALUACIÓN

En este capítulo, pretendemos contextualizar los datos obtenidos con diferentes modelos sobre la profundización de la democracia, para poder responder a la pregunta inicial si la LAIP contribuía a ella.

Los procesos de modernización del Estado en la mayoría de los países latinoamericanos se llevaron a cabo de forma paralela a la reconstrucción de las instituciones democráticas; de ahí que podamos observar también la transparencia de los organismos públicos y el derecho de acceso a la información pública en el marco de la consolidación democrática. Para esto es necesario distinguir al menos dos momentos en el proceso de consolidación democrática de la región.

A medida que los países latinoamericanos fueron avanzando en el proceso de redemocratización y que la democracia pasó a ser el único mecanismo posible para alcanzar el poder; para resolver los conflictos políticos; y para generar cambios frente a crisis económicas y políticas,²⁰⁵ la mirada respecto a la consolidación de la democracia se fue ampliando. Las características previas, que Linz y Stepan asociaron a las democracias consolidadas, resultaron cuestionables frente a las carencias democráticas que fueron evidenciadas por algunos autores en las instituciones Latinoamericanas.

Tanto la propuesta de Linz y Stepan como en la de O'Donnell, hacen hincapié en la construcción de la noción de democracia en la región, especialmente durante los años de transición democrática. Estas reformas enfatizaron los asuntos procedimentales que permitieron sostener un régimen democrático. Fundamentalmente se enfocaron en las normas electorales de dichas sociedades.

Estas propuestas hicieron eco de lo expuesto por Robert Dahl en su democracia procedimental o poliarquía.²⁰⁶ Dahl reconoció una serie de mecanismos que permitieron valorar

²⁰⁵ Tomamos en cuenta para esta distinción las ideas de Linz y Stepan, quienes señalan que un régimen se puede considerar democrático cuando the democracy is the only game in town. Esto es, ningún grupo político significativo intenta seriamente derribar el régimen democrático, frente a graves crisis políticas o económicas, una mayoría importante de la población piensa que cualquier cambio político debe emerger de fórmulas democráticas, y todos los actores políticos se habitúan al hecho que cualquier conflicto debe ser resuelto de acuerdo a las normas constitucionales, siendo cualquier violación a estas normas inefectiva y costosa. Véase LINZ, Juan J. y Alfred STEPAN (1996). *Problems of democratic transition and consolidation: Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe*. Baltimore: Johns Hopkins University Press.

²⁰⁶ DAHL, Robert. *La poliarquía: Participación y oposición*. Tecnos. 1989. En: Batlle, A. (Ed.) *Diez textos básicos de ciencia política*. Ariel. 2007.

el grado de profundidad de la democracia. El autor partió del supuesto que la democracia normativa (la ateniense) es una quimera en el contexto actual y por lo tanto para evaluar la consolidación de este régimen era necesario valorar los procedimientos democráticos, con especial atención a las dimensiones electorales.

Cabe destacar que en el mecanismo propuesto por Dahl se deben producir una serie de condiciones para asegurar una democracia.²⁰⁷ Cada una de éstas se deben verificar en dos momentos: uno propiamente electoral, y el otro, aquel que se da entre elecciones.²⁰⁸ El momento electoral se compone de tres periodos: la elección, el momento previo y el momento posterior a ella. En el periodo entre elecciones, la opción ganadora tiene que tener la facultad suficiente para ejercer el poder.

Para Guillermo O'Donnell hacia mediados de los 90 existían amenazas ciertas a la reconstrucción democrática en los países latinoamericanos. Durante esta época una serie de líderes valiéndose de mecanismos democráticos llegaron al poder y emprendieron programas de gobierno cargados de cambios radicales en los que las instituciones inherentes a la democracia fueron omitidas. Esto ocurrió por ejemplo en Perú durante el gobierno de Fujimori y en Argentina durante el gobierno de Carlos Menem, quien cooptó la Corte Suprema y utilizó profusamente los decretos de necesidad y urgencia.

Los ejemplos latinoamericanos expuestos por O'Donnell evidencian los límites de un modelo puramente procedimental de democracia. Así, junto con la superación de las etapas de reconstrucción democrática, tanto en América Latina como en Europa del Este, cobraron fuerzas nuevas perspectivas que bregaron por construir una democracia basada en los ciudadanos, más normativa e inspirada en los valores que sustentan la democracia y la actividad política en general. De ahí que los elementos procedimentales que arguyó Dahl resulten insuficientes para medir el grado de profundidad de una democracia. En este punto adquirió particular importancia la crítica que realizó Habermas a la poliarquía de Dahl.

Para Habermas una parte importante de la democracia que es omitida por la noción procedimental es la deliberación política. El autor señala que si existe un suministro suficiente de información hacia los ciudadanos respecto de algún tema que esté debatiendo, es posible conseguir resultados racionales, luego, las reglas del discurso y la argumentación terminan por darle validez al juego democrático.²⁰⁹ Por lo tanto, si se avanza hacia una idea de democracia normativa en que sólo importan los ciudadanos (no sólo en tanto electores) el flujo de información al que tienen acceso las personas es un elemento central para alimentar el debate público, darle sentido a la democracia (haciéndola sostenible) y generando los mecanismos suficientes de control y rendición de cuentas por parte de los gobernados y gobernantes.²¹⁰

²⁰⁷ *Ibíd.*, p.7.

²⁰⁸ *Ibíd.*, p.80.

²⁰⁹ GRIGGS, Thomas. Democracia contemporánea: El modelo procedimental de Dahl y la crítica normativa de Habermas. Documentos de apoyo docente Instituto de Asuntos Públicos. Universidad de Chile. 2006, p 12.

²¹⁰ COOKE, Maeve. Five arguments for deliberative democracy. En: *Political Studies* Vol. 48 2000-. 947-969.

Según una noción moderna, estos dos valores, soberanía popular y derechos individuales, constituyentes de la democracia liberal contemporánea no serían contrapuestos, sino que más bien uno implica al otro. En otras palabras, dado que las personas tienen derechos individuales que son previos a cualquier acto jurídico, la democracia se transforma en el único mecanismo mediante el cual pueden ser gobernadas las sociedades modernas, pues es sólo mediante los canales democráticos que los destinatarios de los derechos (los ciudadanos) pueden participar en la elaboración de normas e instituciones jurídicas y estatales.²¹¹ En otras palabras, se trata de hacerse parte del proceso de deliberación política, compatibilizando la individualidad personal con la identidad de la comunidad.

Para Marey,²¹² la democracia vista sólo como un procedimiento agregador de preferencias (en la perspectiva de Dahl, por ejemplo) podría violar de manera arbitraria y contingente el principio de los derechos humanos, pues no existe ningún tipo de restricción normativa subyacente que tienda a proteger la libertad de otras personas.²¹³ Esta contingencia es la que genera la tensión constante entre derechos humanos y democracia agregativa, su resolución estaría en concebir la democracia desde la concepción deliberativa, pues allí no habría una agregación de preferencias individuales, sino que se produciría un proceso colectivo de construcción de la voluntad popular.

Así las cosas, se obtiene una perspectiva mucho más integradora para los derechos humanos, al entender la democracia no como un mero procedimiento, sino como un espacio único capaz de promover dos principios fundamentales: la igualdad y la deliberación.²¹⁴ Por un lado, la igualdad asigna idéntico valor a todos los deseos y preferencias de los individuos y la deliberación, por otro, genera las condiciones necesarias para la confrontación de dichas preferencias y deseos. De esta forma, la democracia otorga a todos los ciudadanos la capacidad de desarrollar su autonomía moral y de satisfacer lo señalado por Robert Dahl.²¹⁵

Esta concepción de la democracia está relacionada directamente con el discurso moral, con la técnica de convergir acciones y actitudes en un debate, sobre la base de la adopción libre y compartida de esos principios, para así guiar esas acciones y actitudes.²¹⁶ En otras palabras, es en democracia que se producen espacios de discusión y confrontación de ideas.

²¹¹ MAREY, Macarena. Democracia agregativa y deliberativa: Círculo práctico inevitable. En: Revista Ideas y Valores. V.60, N°147. 2011.153-175.

²¹² *Ibíd.*, p.168.

²¹³ MAREY, , señala que vista la democracia sólo como procedimiento sin un fundamento normativo, es posible que entre las alternativas quemar brujas y no quemar brujas, la segunda opción pueda ser elegida a través de un procedimiento democrático.

²¹⁴ PEÑA, Carlos. Dinero y Política: Sobre las Formas de Financiamiento Electoral. En Revista N° 84. Centro de Estudios Públicos. 2001. 303.

²¹⁵ DAHL, Robert. On Democracy. Yale University Press. United States. 1995. 48-49.

²¹⁶ NINO, Carlos. Ética y Derechos Humanos: un Ensayo de Fundamentación. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Palma. Buenos Aires. 1989. 381-390.

La democracia participativa o deliberativa, como ha sido denominada esta última forma de gobierno, es aquella organización que permite el máximo desarrollo de los individuos y al mismo tiempo un mayor grado de cumplimiento de los derechos humanos de todos, sin discriminación. Ello debido a que sólo en la medida en que exista una real discusión en la sociedad, será posible acercarse a soluciones más justas, compartidas y aceptadas por todos.²¹⁷

Esta concepción de democracia se sustenta además sobre la base del buen funcionamiento de las instituciones y ciertamente de los procesos instituidos para la participación de la ciudadanía, en concordancia con la capacidad de entendimiento de los actores políticos y del contexto social donde puedan desenvolverse.²¹⁸

Ante esta percepción, es dable concluir que si el núcleo central de la democracia es su carácter deliberativo y participativo, la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información deben erigirse como un vehículo capaz de transitar entre una idea sustancial de democracia y la verdadera vigencia de los derechos humanos. Otorgarle un menor papel a la libertad de expresión trasunta en la realidad en una afectación directa a la idea misma de democracia y directamente en una afectación a los derechos humanos.

Si bien la transparencia puede contribuir a disminuir los niveles de corrupción, su impacto será menor en ambientes administrativos corruptos. En otras palabras, la transparencia no es el antídoto a la corrupción cuando ésta ha permeado de manera profundo el funcionamiento de las instituciones sociales.²¹⁹

8. CONCLUSIÓN

Partimos esta investigación intentado dilucidar cómo el modelo chileno de acceso a la información contribuía al fortalecimiento de la democracia. La literatura consultada sobre la materia distinguía dos ejes relevantes en torno al modelo de acceso a la información, a saber, un elemento participativo reflejando el mismo derecho individual al acceso a la información y un elemento de institucionalidad centrado en la garantía y fiscalización del goce de este derecho. Ambos ejes se iban reflejar, de menor o mayor medida, en la percepción de la *calidad* de la democracia por parte de la población.

Revisando la historia de la LAIP, su funcionamiento e institucionalidad, y su uso hemos demostrado que la Ley sigue obedeciendo a la lógica de Estado en la cual había sido diseñado en el primer momento, esto es una lógica de accountability, a pesar de los diversos intentos durante su tramitación legislativa por inyectar al modelo de acceso a la información de una lógica más participativa.

²¹⁷ STUART MILL, John. *Sobre la Libertad*. Alianza Editorial. Madrid. 2001. 80-82. (Traducción de Natalia Rodríguez Salmones).

²¹⁸ COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. *Crisis de la Democracia en los Andes*. En Informe Anual sobre la Región Andina. Lima. 2001. 17

²¹⁹ ANINAT Y DEL SOLAR. Los autores señalan que allí donde las prácticas corruptas se han institucionalizado, no es posible erradicarlas sólo aplicando transparencia. Más que un antídoto a la corrupción, el acceso a la información pública parece ser una vacuna que actúa de forma preventiva.

Hemos además mostrado que la LAIP no ha tenido impacto significativo sobre la percepción de corrupción, a pesar de ser ésta la razón primordial de su existencia. Más bien, el acceso a la información pública parece ser más bien marginal en un sistema que no sufre de corrupción estructural, y constituiría un antídoto puntual y preventivo. Finalmente, aunque pueda ser temprano para evaluar el impacto de la LAIP sobre la percepción de la democracia entre los ciudadanos, no hemos podido establecer, prima facie, un impacto positivo significativo. Quedaría pendiente un estudio más pormenorizado tomando en cuenta variables alternativas e intervinientes para determinar el efecto que tiene la LAIP sobre la participación ciudadana. Creemos que la falta de impacto significativo de la Ley radica en los limitados recursos destinados a su promoción y en la falta de un mandato más proactivo para el Consejo para la Transparencia.

A pesar de las restricciones metodológicas de este estudio, resulta importante destacar que la variable que más influye en la participación del ciudadano y que determina el perfil de usuario de la ley es el conocimiento que éste tiene de la ley, y en última instancia, el nivel de ingreso del usuario. La elitización en el uso de la ley confirma que la LAIP no ha (por el momento) logrado profundizar la democracia participativa en Chile. En este contexto, se vuelve más relevante que el CPLT reciba apoyo presupuestario y logístico del ejecutivo y de los medios de comunicación, para así avanzar en la masificación del conocimiento de la ley.

Finalmente, la pugna entre dos lógicas no solamente se muestra en la institucionalidad y el diseño de la Ley. Queda para futuras investigaciones la tarea de comprobar cómo se reflejan estas dinámicas en la jurisprudencia del Consejo cada vez que éste privilegie, en casos “sensibles”, el derecho al acceso a la información pública de los individuos, por sobre el interés “del Estado” o el interés “político”. Ejemplos de esta situación quedan manifiestos en los casos de correos electrónicos, en el caso sobre la defensa ante la Corte Internacional de Justicia, u otros similares.

Si bien este estudio no discute de manera sistemática la jurisprudencia del Consejo o de los tribunales en materia de transparencia, cabe hacer mención a la necesidad una definición conceptual del derecho de acceso a la información. El concepto necesariamente tendría que considerar la distinción entre lo “político” que según algunos debería quedar fuera del ámbito de la LAIP,²²⁰ y de lo “administrativo”, que estaría completamente cubierto por ella, independiente del respaldo en que se transmitió o generó la información.

El reciente fallo del Tribunal Constitucional sobre correos electrónicos del Ministerio del Interior (Rol 2153) es un caso crucial en él que el Tribunal debía pronunciarse sobre la correcta interpretación del derecho de acceso a la información, definiendo el ámbito de lo

²²⁰ Un argumento en este sentido proporcionó Eduardo Dockendorff: “Yo creo que hay una función pública que esta relegada a lo que yo denomino el gobierno, y esa son algo así como 600 personas en el aparato publico en Chile. El estado tiene contrato con aproximadamente 800 mil personas, calculo como 100 mil a honorarios, excluido los funcionarios municipales. [Pero] El gobierno lo hace realmente 600 personas incluso menos, que son los que toman las decisiones, y son objeto de arbitrio público por esas decisiones... yo creo que tiene que haber un espacio muy transitorio en que estar cubiertos; pero en la función permanente del estado deberían ser responsables, que es el momento en el que se dirimen la compras públicas, se elaboran los textos escolares, se asignan los subsidios para la vivienda, son decisiones distintas a las decisiones políticas”.

público y lo privado en la política y en la administración, así como también la extensión de la obligación de transparencia de los actos de quienes están sirviendo un mandato público, últimamente justificado por elecciones democráticas. La resolución del punto anterior puede aclarar también el rol del ciudadano como agente activo en la democracia, ya la confianza que la misma institucionalidad (el “Estado”) deposita en sus ciudadanos para hacer funcional el accountability.

Esta definición tiene que responder muchas preguntas. Algunos ejemplos de las interrogantes que quedarán para una futura investigación son los siguientes: considerando que en la práctica las negociaciones políticas son muchas veces verbales y no cuentan con respaldo por escrito hasta constar con una orden de implementación ¿Está el ciudadano excluido de este espacio “político”, obrando a través de sus representantes electos? De ser afirmativa la respuesta volveríamos a un concepto de democracia electiva, dejando fuera los elementos deliberativos que involucran una mayor inclusión. Y si lo político fuera efectivamente excluido de la esfera inmediatamente “pública” ¿cómo se justifica la participación de terceros interesados, sin mandato público, en las negociaciones políticas (lobby) sin existir al mismo tiempo un mecanismo que permita al soberano (el ciudadano) la fiscalización de dichos actos? Claramente, la discusión trasciende el ámbito del acceso a la información, abarcando preguntas sobre el modelo de participación en la democracia y las herramientas idóneas para ésta.

9. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACKERMAN, John y SANDOVAL, Irma (2005), *Leyes de Acceso a la Información en el Mundo*, Cuadernos de Transparencia, IFAI, México.
- ANINAT, Cristóbal y DEL SOLAR, Felipe (2009). Políticas de probidad y transparencia para el Estado de Chile. En: De la Fuente, G; Contreras, S; Hidalgo, P; Sau, J. (Editores) *Calidad de la democracia, transparencia e instituciones públicas*. Santiago de Chile: SEGPRES, pp. 107-145.
- ARMIJO, Marianela (2002). Modernización administrativa y de la gestión pública en Chile. En: Tomassini, L. y Armijo, M. (editores) *Reforma y modernización del Estado: Experiencias y desafíos*. Santiago de Chile: LOM Ediciones 2002, pp. 265-297.
- ARTÍCULO 19. El Derecho del Público a Saber: Principios en que debe basarse la legislación relativa a la libertad de información. Londres 1999. Citado por Mendel, Toby. *Libertad de Información: Comparación jurídica*. Para mayor información véase en: http://portal.unesco.org/ci/en/files/26159/12224369177freedom_information_es.pdf/freedom_information_es.pdf.
- BOBBIO, Norberto (2003). *Teoría general de la política*. Madrid: Trotta.
- BURGOS, Jorge (2012). *Transparencia en el Estado: a Medio Camino*, Anuario de Derecho Público 2012, Ediciones Universidad Diego Portales, 436-452.
- CELHAY, Pablo y GIL, Diego. *Experiencia comparada en el acceso a información pública*. En: De la Fuente, Gloria (ed.) *Calidad de la democracia, transparencia e instituciones públicas*. SEGPRES. Santiago de Chile.
- CLAD (1998). *Una nueva gestión pública para América Latina*. En: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/clad/unpan000161.pdf>.
- DAHL, Robert (1995). *On Democracy*. United States: Yale University Press.
- DAHL, Robert (2007). *La poliarquía*, en: Batlle, A. (Editor) *Diez textos básicos de ciencia política*. Barcelona: Ariel.
- GONZÁLEZ, Felipe (2006). *Censura Judicial y Libertad de Expresión: Sistema Interamericano y Derecho Chileno en Libertad de Expresión en Chile*. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho.
- GRIGGS, Thomas (2006). *Democracia contemporánea: El modelo procedimental de Dahl y la crítica normativa de Habermas*. Documentos de apoyo docente Instituto de Asuntos Públicos. Santiago de Chile: Universidad de Chile.
- HUEPE, Fabián (2012). *El Consejo para la Transparencia y su posible actividad jurisdiccional: ¿Crisis en la clásica separación de los poderes ejecutivo y judicial?* Actas de las Jornadas de Derecho Público 2011. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
- JONES, Lawrence y THOMPSON, Fred (2000). *Public management: Institutional renewal for the Twenty-First century*. JAI Press Inc.
- LINZ, Juan J. y STEPAN, Alfred (1996). *Problems of democratic transition and consolidation: Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe*. Baltimore: Johns Hopkins University Press.

- LÓPEZ, Andrea (SF). La nueva gestión pública: Algunas precisiones para su abordaje conceptual. En: <http://www.sgp.gov.ar/contenidos/inap/publicaciones/docs/modernizacion/ngpfinal.pdf>.
- MAREY, Macarena (2011). Democracia agregativa y deliberativa: Círculo práctico inevitable, Revista Ideas y Valores, vol.60, N°147, pp. 153-175.
- MARTÍNEZNOGUEIRA, Roberto (2002). Las administraciones públicas paralelas y la construcción de capacidades institucionales: La gestión por proyectos y las unidades ejecutoras, Revista del CLAD Reforma y democracia N°24.
- NINO, Carlos (1989). Ética y Derechos Humanos: un Ensayo de Fundamentación. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Palma.
- O'DONNELL, Guillermo (1993). Estado, democratización y ciudadanía, Nueva Sociedad n.128, pp. 62-87.
- PEÑA, Carlos (2001). Dinero y política: sobre las reformas de financiamiento. Revista N° 84. Estudios Públicos.
- POLLIT, Christopher y BOUCKAERT, Geert (2000). Public management reform, A comparative analysis. United States: Oxford University Press.
- PRATS I CATALÁ, Joan (1998). Administración pública y desarrollo en América Latina: Un enfoque neo institucionalista. Revista del CLAD Reforma y democracia N°11.
- QUIROGA, Cecilia y ROJAS, Claudio (2007). Sistema interamericano de derechos humanos: introducción a sus mecanismos de protección. Santiago de Chile: Facultad de Derecho y Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile.
- REHREN, Alfredo (2002). Clientelismo político, corrupción y reforma al Estado en Chile, en: Valdés Prieto, S. (editor) Reforma del Estado: Dirección pública y compras públicas V. II. CEP Chile, pp. 127-164.
- SILVA CIMMA, Enrique (1996). Derecho administrativo chileno comparado V.2, V.3. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- SOLIMANO, Andrés. Las termitas del Estado: Ensayos sobre corrupción, transparencia y desarrollo. Fondo de Cultura Económica. 2008.
- STUART MILL, John (2001). Sobre la Libertad. Madrid: Alianza Editorial.
- VIAL, Tomás (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 2010. Ediciones Universidad Diego Portales. 114-143.
- VIAL, Tomás (2012). *Los fallos de 2011 del Tribunal Constitucional sobre aplicación de la Ley de Transparencia a Televisión Nacional de Chile y a la Universidad de Chile*. Anuario de Derecho Público 2012. Ediciones Universidad Diego Portales. 289-315.

Leyes y Proyectos de Ley en Chile

- CHILE. Congreso Nacional. Historia de la Ley 20.285 Sobre Acceso a la Información Pública. 20 de agosto de 2008. Moción Parlamentaria. Cuenta sesión 23. Legislatura 352. 4 de enero de 2005.
- CHILE. Congreso Nacional. Primer Informe de la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización. Cuenta en Sesión 54, Legislatura 352, 16 de mayo de 2005 y Sesión 3, Legislatura 353, 8 de junio de 2005.
- CHILE. Congreso Nacional. Senado. Discusión en Sala. Sesión 84, Legislatura 355, 16 de enero de 2008, págs. 470-482.
- CHILE. Ministerio del Interior; Subsecretaría del Interior. Ley 18.575. Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Publicada en el Diario Oficial el 5 de diciembre de 1986. Texto refundido publicado en el Diario Oficial el 17 de noviembre de 2001.
- CHILE. Ministerio del Interior. 1990. Ley 18.918 Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional. Publicada en el Diario Oficial el 5 de febrero de 1990.
- CHILE. Ministerio de Hacienda. Ley 19.553 Concede asignación de modernización y otros beneficios que indica. Publicada en el Diario Oficial el 4 de febrero de 1998.
- CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Ley 19.653 Sobre probidad administrativa aplicable de los órganos de la administración del estado. Publicada en el Diario Oficial el 14 de diciembre de 1999.
- CHILE. Ministerio de Hacienda. Ley 19.863 Sobre remuneraciones de autoridades de gobierno y cargos críticos de la administración pública y da normas sobre gastos reservados. Publicada en el Diario Oficial el 6 de febrero 2003.
- CHILE. Ministerio de la Secretaría General de la Presidencia. Ley 19.880 Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. Publicada en el Diario Oficial el 29 de mayo de 2003.
- CHILE. Ministerio de Hacienda. 2003. Ley 19.882 Regula nueva política de personal a los funcionarios públicos que indica. Publicada en el Diario Oficial el 23 de junio de 2003.
- CHILE. Ministerio de Hacienda. Ley 19.886 Ley de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios. Publicada en el Diario Oficial el 30 de julio de 2003.
- CHILE. Ministerio Secretaría General de la República. 2008. Ley 20.285 Sobre Acceso a la Información Pública. Publicada en el Diario Oficial el 20 de agosto de 2008.
- Instrucción general presidencial N° 8 (2006). En: http://www.probidadytransparencia.gob.cl/assets/files/documentos/reglamentos_instrucciónhttp://www.probidadytransparencia.gob.cl/assets/files/documentos/reglamentos_instructivos_circulares_oficios/instructivo_presidencial_n008_4-12-2006.pdfhttp://www.probidadytransparencia.gob.cl/assets/files/documentos/reglamentos_instructivos_circulares_oficios/instructivo_presidencial_n008_4-12-2006.pdfhttp://www.probidadytransparencia.gob.cl/assets/files/documentos/reglamentos_instructivos_circulares_oficios/instructivo_presidencial_n008_4-12-2006.pdf.

Jurisprudencia chilena

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia Definitiva, Rol 1051-08, 11 de julio de 2008.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia, Rol 2153-12, 11 de septiembre de 2012.

Las decisiones del Consejo para la Transparencia están disponibles en la página www.consejotransparencia.cl.

Documentos y Estudios Consejo para la Transparencia en Chile

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA, Estatutos de Funcionamiento del Consejo para la Transparencia, adoptados el 3 de marzo de 2009.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA, Evaluación de Desempeño a Organismos Públicos en el Procedimiento de Solicitudes de Acceso a la Información, 2011.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA, Memoria 2011.

MIDE UC / CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA, Informe Final. Encuesta Nacional de Posicionamiento, 2009-2010.

FRONT DESK / CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA, Informe Final. Encuesta Nacional de Posicionamiento 2011.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA, Acceso a la información en el Sector Público de la Salud, Octubre 2011.

MIDE UC / CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA, Informe Final. Encuesta Satisfacción del Cliente 2009.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA / CONTRALORÍA DE LA REPÚBLICA, Convenio de Colaboración, 3 de junio de 2009.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA, Compendio Estadístico 2011.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

CORTE IDH (1994). Opinión consultiva sobre colegiación obligatoria de periodistas, *Estudios Públicos* V53 pp. 303- 382.

CLAUDE REYES y otros Vs. Chile. Sentencia de 19 de septiembre de 2006.

HERRERA ULLOA. Sentencia de 2 de julio de 2004.

PALAMARA IRIBARNE Vs. Chile. Sentencia de 22 de noviembre de 2005.

RICARDO CANESE Vs. Paraguay. Sentencia de 31 de agosto de 2004.

Informes

- COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS (2001). Crisis de la Democracia en los Andes. En: Informe Anual sobre la Región Andina. Lima, p.17.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CIDH (2007). Relatoría Especial para la libertad de expresión. Estudio especial sobre el derecho de acceso a la información, En: <http://www.cidh.oas.org/relatoria/section/Estudio%20Especial%20sobre%20el%20derecho%20de%20Acceso%20a%20la%20Informacion.pdf>.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CIDH. Relatoría especial para la libertad de expresión. El Derecho de Acceso a la Información en el Marco Jurídico Interamericano. En: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/ACCESO%20A%20LA%20INFORMACION%20FINAL%20CON%20PORTADA.pdf>.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CIDH. Informe Anual 2003, <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2003sp/indice.htm>.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CIDH. Informe Anual 2008, <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2008sp/indice2008.htm>.
- CHILE. CONGRESO NACIONAL. Informe Comisión de Gobierno, Cuenta Sesión 34, 17 de julio de 2007.
- CHILE. CONGRESO NACIONAL. Primer Informe de la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización, 16 de mayo de 2005.
- PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. PNUD (2004). La democracia en América Latina: Hacia una democracia de ciudadanos y ciudadanas. Buenos Aires: Alfaguara.
- PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. PNUD (2010). Nuestra democracia. México: Fondo de cultura económica.
- Treasury Board of Canada Secretariat (2010-11). Annual Reports on the Access to Information Act and the Privacy Act, <http://www.tbs-sct.gc.ca/report/Acc&priv/10-11/atiaiprp-txt-eng.asp#fig1>.

Declaraciones y resoluciones del Derecho Internacional

- DECLARACIÓN SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN. Comité de Ministros del Consejo de Europa, adoptada el 29 de abril de 1982.
- DECLARACIÓN DE RÍO SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO. Aprobada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, realizada del 3 al 14 de junio de 1992.
- CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Entrada en vigor el 18 de julio de 1978.
- CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CIDH. OEA. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión. <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=26&lID=2>.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CIDH. Relatoría sobre la libertad de expresión. Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión.

Recomendación N°582 del Comité de Expertos en Derechos Humano de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, adoptada el 23 de enero de 1970.

Resolución N° 428 en la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, adoptada el 23 de enero de 1970.

Resolución N° 854 en la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, adoptada el 1 de febrero de 1979.

Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 58/4 en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada mediante de 31 de octubre de 2003.

Estadísticas y encuestas

Latin America Public Opinion Project, disponible en <http://www.vanderbilt.edu/lapop/>.

Encuesta UDP 2011, 2010, 2009, 2008, 2007, disponible en <http://www.encuesta.udp.cl/>.

Encuesta CEP 2011, 2010, 2009, 2008, disponible en www.cepchile.cl.

Entrevistas

Diputado Jorge Burgos, 10 de abril de 2012 en domicilio particular.

Senador Hernán Larraín, 07 de mayo de 2012, oficina senatorial en la sede de Santiago del Congreso Nacional.

José Manuel de Ferrari, 07 de mayo de 2012, sede de la Corporación Participa.

Eduardo Dockendorff, 16 de mayo de 2012, sede del Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile.

Manuel Arís, 29 de mayo de 2012, sede Fundación Ciudadano Inteligente.

Juan Pablo Olmedo, 01 de junio de 2012, oficina particular.

Edgardo Riveros, 28 de junio de 2012, sede del Centro de Estudios Democracia y Comunidad.

Eolo Díaz-Tendero, 08 de agosto de 2012, sede del Consejo para la Transparencia en Santiago.

Alejandro Ferreiro, 08 de agosto de 2012, sede del Consejo para la Transparencia en Santiago.

Enrique Rajevic, 27 de agosto de 2012, sede del Consejo para la Transparencia en Santiago.



CENTRO DE DERECHOS HUMANOS **udp**

FACULTAD DE DERECHO

El Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales promueve el estudio en derechos humanos y alberga dos clínicas jurídicas; una especializada en acciones de interés público que desde 1998 litiga casos sobre no-discriminación, derechos sociales, libertad de expresión, entre otros, frente a tribunales domésticos e internacionales. La Clínica de Migrantes y Refugiados asesora jurídicamente a la población migrante en Chile, especialmente en Santiago e Iquique.

Desde sus inicios, primero como Programa de Acciones de Interés Público, el Centro se ha enfocado en el trabajo de visibilización de las vulneraciones a los derechos fundamentales y el estudio y análisis sobre respuestas institucionales a dichas vulneraciones. El Centro elabora informes técnicos y estudios sobre derechos humanos para diferentes públicos y busca contribuir al diseño de iniciativas legales y judiciales destinadas a corregir la ausencia de protección de los derechos fundamentales. Desde hace diez años, produce el Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile.

Desde el Centro de Derechos Humanos se potencia el papel activo de la comunidad legal, académica y de la sociedad civil en el monitoreo y control de las conductas del Estado, con miras a mejorar el rol del sistema judicial y político en la protección de los derechos humanos. Así también, se busca fortalecer el control de las políticas públicas, propendiendo a su transparencia y eficacia en la protección de los derechos de las personas.

Centro de Derechos Humanos
Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales
República 112
Santiago- Centro, CHILE

Tel. 0056-2-26762609
www.derechoshumanos.udp.cl; @ddhh_udp;

