

LEY SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN CHILE. DESAFÍOS EN SU IMPLEMENTACIÓN

Patricia REYES OLMEDO¹

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El derecho de acceso a la información pública.* III. *Contenidos de la Ley chilena sobre el acceso a la información. Ley número 20.285.* IV. *Desafíos en Chile.*

I. INTRODUCCIÓN

La ley núm. 20.285,² que entró en vigencia en abril de 2009, vino a regular de manera orgánica en Chile el acceso a la información pública, reconociendo esta prerrogativa de las personas para acceder a datos, registros y todo tipo de informaciones que obran en poder de la administración y/o que son generados con recursos públicos.

En esta normativa y en su reglamento de ejecución,³ se recoge el concepto de información pública y el principio de publicidad de la información de los órganos de la administración del Estado, que se traduce en un deber de transparencia activa obligando a los órganos del Estado a publicar determinada información, así como en la regulación de un debido proceso para reclamar por el incumplimiento de la entrega de información, también denominada transparencia pasiva. Del mismo modo se establecen las excepciones a la publicidad de la información y las funciones y prerrogativas del órgano creado por la propia ley para su control, el Consejo para la Transparencia, así como un ámbito referido a las infracciones y sanciones. En los siguientes párrafos se describen y analizan estos contenidos.

¹ Abogada; Jefa del Área de Recursos Legales de la Biblioteca del Congreso Nacional, MBA Universidad de Valparaíso, DEA y Candidata a doctor en ciencias de la información por la Universidad Complutense de Madrid; profesora de la Universidad de Chile y de la Universidad de Valparaíso; presidenta del Instituto Chileno de Derecho y Tecnologías.

² Ley 20.285, publicada en el Diario Oficial de 20 de agosto de 2008, entra en vigencia el 20 de abril de 2009.

³ Decreto 13 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicado en el Diario Oficial el 13 de abril de 2009.

II. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

1. Importancia de la transparencia y el acceso a la información

En virtud del principio de transparencia, la ciudadanía tiene derecho a reclamar información de los órganos del Estado, y, por tanto, se debe respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la administración, así como la de sus fundamentos, y facilitar el acceso de cualquier persona a esa información. Así visto, se reconoce globalmente que el principio de la transparencia y el derecho fundamental de acceso constituyen elementos esenciales en la protección de bienes jurídicos relevantes para el desarrollo del individuo y de la propia sociedad, garantizando el funcionamiento de la democracia, permitiendo la fiscalización y el combate de la corrupción, amén de permitir la protección de otros derechos fundamentales.

De este modo lo ha entendido y recogido, consecuentemente, el Tribunal Constitucional chileno en sus decisiones. Así, en el considerando 9º de la sentencia Rol N° 634-2006⁴ se afirma que: *el derecho de acceso a la información pública se encuentra reconocido en la Carta Fundamental -aunque no en forma explícita- como un mecanismo esencial para la vigencia plena del régimen democrático y de la indispensable asunción de responsabilidades unida a la consiguiente rendición de cuentas que éste supone por parte de los órganos del Estado hacia la ciudadanía*” y que “...la publicidad de los actos de tales órganos, garantizada, entre otros mecanismos, por el derecho de acceso a la información pública, constituye un soporte básico para el adecuado ejercicio y defensa de los derechos fundamentales de las personas que, eventualmente, puedan resultar lesionados como consecuencia de una actuación o de una omisión proveniente de los mismos.

2. Contenidos del derecho de acceso a la información

Con precisión se debe afirmar que las voces “derecho a la información” y “derecho de acceso a la información” no significan técnicamente lo mismo. El Derecho a la Información, reconocido

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol núm. 634-2006, sobre requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 13 de la Ley núm. 18.575, presentado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso en la causa caratulada “Lean Casas Cordero, Carlos Eric con Director Nacional de Aduanas”, Rol núm. 2336-06, seguida ante ese mismo Tribunal.

universalmente en el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es la garantía fundamental que toda persona tiene a atraerse información, a informar y a ser informada. Este derecho comprende:⁵

- A) El derecho a buscar información, que incluye las facultades de:
 - a) acceder a los archivos, registros y documentos públicos, y
 - b) la decisión de elegir qué medio se lee, se escucha o se contempla.

- B) El derecho a informar, que incluye la libertad de:
 - a) expresión y de imprenta, y
 - b) constituir sociedades y empresas informativas.

C) El derecho a ser informado, que incluye la facultad de recibir información objetiva y oportuna, completa, y con carácter universal; lo que significa que la información es para todas las personas sin exclusión ni discriminación arbitraria alguna.

D) El Derecho de acceso a la información pública, por su parte, es la prerrogativa de la persona para acceder a datos, registros y todo tipo de informaciones que obran en poder de la administración, y/o que son generados con recursos públicos.

En esta conceptualización, el derecho de acceso a la información pública constituye una parte del derecho humano fundamental a la información. Hay en consecuencia una relación de género a especie entre ambos conceptos.

De acuerdo con la doctrina y normativa imperante en el mundo entero, informan este derecho de acceso y son por tanto su principal fuente de interpretación, entre otros, los siguientes principios generales:

- 1) *Principio de apertura o transparencia*, por el cual se presume pública toda información que obra en poder del Estado.
- 2) *Principio de relevancia*, en virtud del cual se presume la importancia de toda información que obra en poder del Estado.
- 3) *Principio de máxima divulgación*, que obliga al Estado a proporcionar la información en los términos más amplios posibles, es decir, utilizando todos los medios posibles.

⁵ Escobar de la Serna, Luis, Manual de derecho de la información. Madrid Dykinson, 1997.

- 4) *Principio de la divisibilidad*, por el cual si un acto administrativo contiene información reservada y pública a la vez, debe negarse el acceso a la primera, pero dar lugar al acceso a la segunda.
- 5) *Principio de facilitación*, que obliga a los órganos de la administración a excluir exigencias o requisitos que puedan obstruir o impedir el ejercicio del derecho de acceso.
- 6) *Principio de gratuidad*, en virtud del cual la entrega de información por parte de los órganos de la administración es por regla general gratuita. Excepcionalmente se permite exigir el pago de los costos directos de reproducción y demás valores, y siempre que una norma expresamente lo autorice.

En el ámbito subjetivo, se reconocen como sujetos legitimados de este derecho, de forma activa y como titular del derecho, toda persona, sin importar si es ciudadano o no, si es persona natural o jurídica, y como sujeto pasivo, las entidades públicas que detentan información y que soportan la carga de proporcionar información.

3. Reconocimiento internacional

El derecho de acceso a la información pública, como parte del derecho a la información, se encuentra reconocido internacionalmente en las principales declaraciones y convenciones como un derecho humano fundamental. Así aparece en:

1. La Declaración Universal Derechos Humanos (1948), que en su artículo 19 establece: "Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión".
2. La Convención Americana de Derechos Humanos (1969), que en su artículo 13: 1 dispone: "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras".
3. El Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos (1966), que establece en su artículo 19: 2. "Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin

consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

4. El Tratado de la Unión Europea (1997) en su artículo 25 al disponer: “Todo ciudadano de la Unión, así como a toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tendrá derecho a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión”.
5. El Tratado Europeo para acceso a los documentos oficiales (2008).

4. Reconocimiento en Chile

A nivel nacional, el derecho se encuentra reconocido a nivel constitucional, legal y reglamentario.

En efecto, en virtud de la reforma constitucional de 2005,⁶ el deber de publicidad y el principio de transparencia se encuentran reconocidos expresamente en el inciso 2º del artículo 8º nuevo de la Constitución Política⁷ que dispone “*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*”.

Para algunos, no se trataría de un derecho fundamental, toda vez que esta disposición se inserta dentro del capítulo referido a bases de la institucionalidad y no dentro del que reconoce garantías fundamentales. Sin embargo, es posible sostener que históricamente el derecho forma parte de la garantía de libertad de expresión y del derecho de petición, que sí están reconocidos en los numerandos 12 y 14 del artículo 19 de la Constitución Política, que señalan expresamente: “*La Constitución asegura a todas las personas*:

12 “La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado”.

⁶ Reforma constitucional que introduce diversas modificaciones a la Constitución Política. Ley núm. 20050, publicada en el Diario Oficial de 26 de agosto de 2005.

⁷ Constitución Política de la República de Chile. Texto refundido aprobado por Decreto núm. 100 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicado en el Diario Oficial de 22 de septiembre de 2005.

14“El derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes”.

Esta argumentación se observa también en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que ha señalado reiteradamente: “*el derecho a acceder a las informaciones que obran en poder de los órganos del Estado forma parte de la libertad de expresión que se encuentra consagrada en el artículo 19 N° 12 de la Carta Fundamental*”.⁸

A mayor abundamiento en la línea de esta argumentación, por aplicación del artículo 5º, inciso 2º, de la Constitución se entiende que estos derechos, reconocidos en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile, se incorporan al bloque de derechos constitucionales que todos los órganos están obligados a respetar.

Es importante señalar que a partir del reconocimiento constitucional, contenido en el nuevo artículo 8º, se encuentran obligados todos los órganos del Estado. Esta declaración extendió el sujeto pasivo, obligando también a las entidades de los poderes Ejecutivo, Legislativo, Judicial, gobiernos locales y, en general otros, entes regulados por la Constitución, en general a todos los órganos, entes o personas regidas por el derecho público. Del mismo modo se entiende que el concepto de “acto”, utilizado por el constituyente, abarca todo tipo de actos, superando el mero concepto de acto administrativo definido en las leyes administrativas.⁹

A nivel constitucional se contienen del mismo modo las excepciones al principio de la publicidad y derecho de acceso, y se establece como requisito para su formalización la existencia de una ley de quórum calificado (mayoría absoluta de senadores y diputados).

En el nivel legal y reglamentario, y tal como señaláramos, desde abril de 2009 se encuentra vigente la Ley núm. 20.285 sobre acceso a la información pública y su reglamento.

⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol núm. 634-2006, sobre requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 13 de la Ley N° 18.575, presentado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso en la causa caratulada “Lean Casas Cordero, Carlos Eric con Director Nacional de Aduanas”, Rol núm. 2336-06, seguida ante ese mismo Tribunal.

⁹ El artículo 3 de la Ley de Procedimientos Administrativos, Ley núm. 18.880 define el acto administrativo como “las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública”.

Existen igualmente algunos instructivos presidenciales que, si bien no pueden ser considerados más que códigos de buenas prácticas, tienen el loable objetivo de intentar cambiar la cultura organizacional de opacidad que envolvió durante décadas el actuar del Estado chileno.

Últimamente además se vienen a incorporar a este engranaje normativo, los instructivos del Consejo para la Transparencia,¹⁰ que intentar dirigir y aplicar ciertos direccionamientos al quehacer de los organismos del Estado, con el objetivo de implementar los textos normativos.

En una revisión normativa de esta naturaleza, no podemos analizar por la amplitud que derivaría, numerosas disposiciones de rango legal, reglamentario y administrativo referidas a aspectos relevantes para el entendimiento de la situación del acceso a la información, como son las normas de protección de datos, firma electrónica, propiedad intelectual y, en general, la normativa para el intercambio de la información, así como para el desarrollo de la comunicación interestatal que se agrupa bajo lo que denominamos en Chile la interoperabilidad. Algunos de estos temas constituyen desafíos importantes para el debido reconocimiento del derecho de acceso en el país. Sin embargo, otros estudios de la autora disponibles en Internet intentan abordar estos temas.

III. CONTENIDOS DE LA LEY CHILENA SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN.

LEY núm 20.285

En su estructura, la norma legal incorpora un doble articulado; esto significa que su artículo primero (con palabras) contiene íntegra la Ley de Transparencia de la función y de acceso a la información de la Administración del Estado (LAI), que comprende 49 artículos permanentes y 3 transitorios, y se aplica fundamentalmente a los órganos de la administración del Estado y por

¹⁰ En julio de 2010 el Consejo para la Transparencia ha dictado 7 instructivos de carácter general:

Instrucción General núm. 1 sobre presentación de Reclamos ante Gobernaciones

Instrucción General núm. 2 sobre designación de enlaces.

Instrucción General núm. 3 sobre índice de actos y documentos calificados como secretos o reservados.

Instrucción General núm. 4 sobre transparencia Activa.

Instrucción General núm. 5 sobre transparencia Activa para empresas públicas, empresas del Estado y Sociedades del Estado.

Instrucción General núm. 6 sobre gratuidad y costos directos de reproducción.

Instrucción General núm. 7 que complementa la instrucción núm 4.

reenvío y/o supletoriamente a los demás órganos del Estado. Los artículos segundo a undécimo contienen, por su parte, disposiciones expresas respecto de otros órganos del Estado.

1. Ámbito de aplicación

Como se señaló, el principio de transparencia rige para todos los órganos del Estado. Respecto de los órganos de administración del Estado, el artículo 2º de la ley refiere expresamente a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones, los gobiernos regionales, las municipalidades, las fuerzas armadas, de orden y seguridad pública, y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa.

Igualmente, por propia disposición de la ley, se aplica a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio.

Es preciso sin embargo, tener en cuenta que la sentencia del Tribunal Constitucional¹¹ restringió el ámbito de aplicación respecto de ciertos órganos al precisar las obligaciones a que están sujetos.

2. Información Pública

El artículo 5º de la LAI consagra la publicidad de la información de los órganos del Estado, al señalar que son públicos, salvo las excepciones que se establecen en la propia LAI y en otras leyes de quórum calificado:

- Los actos y resoluciones.
- Sus fundamentos.
- Los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial. El reglamento define en su artículo 3, letras e), g) y h), cada uno de estos términos utilizado en la ley.
- Los procedimientos que se utilicen para su dictación.

¹¹ Sentencia Tribunal Constitucional sobre el Proyecto de Ley sobre Acceso a la Información Pública. Rol núm. 1051-08 de 10 de julio de 2008.

El mismo artículo dispone que es pública toda información:

- Elaborada con presupuesto público o que obre en poder de los órganos de la administración.
- Cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento.
- No sujeta a las excepciones legales.

En este sentido se debe destacar y tener presente, por tanto, que la información elaborada con presupuesto público que no se encuentra en poder del Estado, es igualmente pública.

En tales casos, es deber del Consejo para la Transparencia ordenar a la administración su búsqueda y publicidad.

3. Transparencia Activa

En virtud de la transparencia activa surge el deber positivo del Estado de dar publicidad a un conjunto de información relevante que obra en su poder o que se ha generado con recursos públicos. A nuestro juicio, esto resulta relevante, especialmente en atención a las asimetrías de información entre el Estado y los ciudadanos, lo que permite comprender que el principio de transparencia no sólo exija el “respeto y garantía” del derecho fundamental de acceso a la información, sino también su “promoción”.¹²

Este deber, recogido en el artículo 7 de la LAI y en el reglamento, obliga a los órganos de la administración del Estado a mantener a disposición permanente del público, un conjunto de información relevante para la fiscalización de su gestión, de manera sistematizada, actualizada mensualmente y publicada en sus sitios electrónicos.

12 Por transparencia pasiva se entiende el derecho-deber que la ley establece, por una parte para los sujetos activos a solicitar información que detentan los sujetos obligados a proporcionarla, y por otra la obligación de éstos a entregarla. Para hacerlo realidad, debe existir un “debido proceso” para la “tutela efectiva” del derecho fundamental de acceso a la información.

Se configura a partir de ambas prerrogativas, un derecho de doble faz, que se constituye como un instrumento de política pública de transparencia de los órganos del Estado, pero también como un derecho ciudadano a obtener información.

Entre la información exigida, cabe destacar:

- Nóminas de personal y sus remuneraciones;
- Información sobre el presupuesto asignado;
- Los resultados de las auditorías al ejercicio presupuestario;
- Las contrataciones para el suministro de bienes muebles, prestación de servicios, ejecución de acciones de apoyo y de obras;
- Las contrataciones de estudios, asesorías y consultorías relacionadas con proyectos de inversión;
- Las transferencias de fondos públicos a personas jurídicas o naturales;
- El diseño, montos asignados y criterio de acceso a los programas de subsidios y otros beneficios que entregue el respectivo órgano y las nóminas de beneficiarios de los programas sociales en ejecución, y
- Mecanismos de participación ciudadana.

La ley dispone igualmente las distintas formas de hacer cumplir este deber, en primer término son las propias reparticiones, a través de sus órganos de control interno, las que deben velar por su estricto cumplimiento. Sin embargo se establecen diversas facultades tanto para el Consejo para la Transparencia (fiscalizar, aplicar sanciones, dictar instrucciones, formular recomendaciones, etcétera), para la Contraloría General de la República (instruir sumario a solicitud del Consejo) y para los propios ciudadanos, que pueden presentar directamente un reclamo ante el Consejo por incumplimiento de cualquier órgano de la administración.

Es interesante señalar que hasta fines de julio de 2010 se han presentado 56 reclamos ante el Consejo, y a fines de mayo de 2009, un mes después de la entrada en vigor de la ley, se conoció el primer fallo acogiendo un reclamo en contra de la Universidad Los Lagos.¹³

Con base en la experiencia acumulada a partir de estos reclamos, el Consejo emitió los instructivos sobre transparencia activa, que tenían por objeto clarificar y complementar las normas existentes respecto a las exigencias que tienen los organismos públicos y las empresas públicas de publicar información en sus páginas web. Para emitirlos, se realizó una consulta pública, no vinculante, con el objeto de mejorar la propuesta inicial de esos instrumentos.

¹³ Decisión reclamo núm. R1-09 de 29 de mayo de 2009. Don Pedro Antonio Vergara Montecinos en contra de la Universidad de Los Lagos.

4. Excepciones al Derecho de Acceso a la Información

De acuerdo con el artículo 10 de la LAI:

toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley.

El acceso a la información comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales.

Las excepciones recogidas por la norma para negar total o parcialmente el acceso refieren a circunstancias en que la publicidad comunicación o conocimiento de la información:

1. Impiden o entorpecen gravemente el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido. La norma señala a modo ejemplificador las siguientes situaciones:
 - a) La prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito o se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales.
 - b) Antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política.
 - c) Requerimientos de carácter genérico que distraen indebidamente el cumplimiento de las funciones del órgano.
2. Afecta los derechos de las personas (seguridad, vida privada, salud, etcétera).
3. Afecta la seguridad de la nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública.
4. Afecta el interés nacional, en especial si se refieren a la salud pública o las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país.

Se señala además el caso de que se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo con las causales señaladas en el nuevo artículo 8º de la Constitución Política.

Uno de los problemas detectados, a la luz de las excepciones recogidas en la LAI, lo constituyen las causales de contenido indeterminado que generan incertidumbre tanto en su cumplimiento como en el control de su aplicación. Se espera que la jurisprudencia emanada de los diversos órganos encargados del cumplimiento permita ir configurando un contenido preciso para

estos conceptos, que pueda en el futuro configurar una definición que sea recogida a modo de perfeccionamiento en la legislación.

En cuanto a los plazos para la reserva o secreta de los actos y/o de la información, la ley dispone que mantendrán tal carácter por períodos diferenciados, dependiendo de la causal invocada, así:

Los actos que una ley de quórum declaró mantendrán ese carácter hasta que otra ley de la misma jerarquía deje sin efecto dicha calificación.

El plazo es indefinido tratándose de los actos y documentos que, en el ámbito de la defensa nacional, establezcan la planificación militar o estratégica, y de aquéllos cuyo conocimiento o difusión puedan afectar la integridad territorial de Chile; la interpretación o el cumplimiento de un tratado internacional suscrito por Chile en materia de límites; la defensa internacional de los derechos de Chile, y la política exterior del país de manera grave.

Para todos los otros casos, el plazo será de 5 años, prorrogables por otros 5 mientras subsista peligro daño. Por su parte, la obligación de guardar documentos en que consta la reserva está fijada por la ley en a lo menos 10 años.

5. Consejo para la Transparencia¹⁴

En el título V de la LAI se crea el Consejo para la Transparencia, corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio.

Bajo esta regulación, el Consejo tiene autonomía legal, pero no constitucional, lo que le resta no sólo independencia en su actuar, sino que fuerza en su interrelación con los órganos autónomos constitucionales con facultades decisionales, tales como la Contraloría General de la República y el Tribunal Constitucional. Así, se desprende especialmente de la sentencia del tribunal constitucional referida anteriormente.

Entre las múltiples funciones entregadas por la LAI al Consejo se destacan:

- a) Promover la transparencia de la función pública;

¹⁴ Consejo para la Transparencia <http://www.consejotransparencia.cl>.

b) Fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la administración del Estado, y

c) Garantizar el derecho de acceso a la información.

La dirección y administración superior del Consejo corresponden a un Consejo Directivo, integrado por cuatro consejeros designados por el presidente de la República, previo acuerdo del Senado, que duran 6 años en sus cargos, con posibilidad de sólo una renovación. La falta de autonomía, sumada a la excesiva carga de trabajo sin una remuneración acorde, ha derivado en la renuncia de dos de los cuatro consejeros nombrados a poco más de un año de la constitución del primer Consejo.

Los Estatutos Orgánicos de la entidad fueron fijados por decreto del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.¹⁵

6. Transparencia pasiva o debido proceso en el ejercicio del derecho de acceso

Frente a las obligaciones y deberes que impone la LAI, la propia norma establece distintas instancias de requerimiento, amparo y/o reclamo para las víctimas. Al efecto se puede distinguir:

A. Procedimiento de requerimiento ante los órganos de la Administración.

Para acceder a la información, las personas pueden presentar la solicitud por escrito o a través del sitio web. La solicitud debe contener:

1. Nombre, apellido y dirección del solicitante o su apoderado.
2. Clara identificación de la información solicitada.
3. Firma.
4. Órgano al que se dirige.

Frente a esta solicitud, el órgano puede:

1. Proporcionar la información solicitada o señalar dónde ésta se encuentra.
2. Comunicar a terceros para ejercicio facultad de oposición.
3. Negarse a entregarla. En tal caso debe hacerlo por escrito, fundada y con especificación de la causal invocada.

¹⁵ Estatutos de funcionamiento del Consejo para la Transparencia. Decreto 20 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicado en el Diario Oficial de 23 de mayo de 2009.

Si hay error en la solicitud, éste podrá ser subsanado dentro de los 5 días siguientes a la notificación. En caso de no hacerlo, se entenderá que el solicitante se ha desistido.

En el caso de que la solicitud de información afecte los derechos de terceros, el órgano tendrá un plazo de 2 días hábiles para comunicarlo, a partir de allí aquéllos podrán oponerse en el plazo de 3 días. El órgano dispone de 20 días hábiles, prorrogables por 10 días más en casos excepcionales, para dar respuesta a la solicitud.

B. Procedimiento de amparo del derecho de acceso a la información ante el Consejo para la Transparencia

Si el requerimiento de información es denegado o se vence el plazo sin obtener respuesta, el afectado puede presentar un amparo ante el Consejo para la Transparencia, dentro de los 15 días siguientes.

En tal caso, el reclamo deberá contener la infracción cometida, los hechos que la configuran y los medios de prueba que la acreditan.

Recibido el amparo, el Consejo está facultado para:

1. Notificar al órgano y terceros involucrados.
2. Fijar audiencias para recibir antecedentes o pruebas.
3. Declarar la información secreta o reservada u otorgar acceso a la información.
4. Incoar un procedimiento administrativo contra el órgano.

Tal como señaláramos, el amparo debe ser presentado dentro de los 15 días siguientes a la denegación o vencimiento del plazo sin respuesta. El órgano, y, en el caso, los terceros, disponen de 10 días para responder el traslado del Consejo. Este último a su vez dispone de 5 días para resolver el reclamo una vez realizadas todas las diligencias dispuestas y/o vencidos los plazos señalados. De la decisión del Consejo se puede reclamar ante la Corte de Apelaciones.

Hasta fines de julio de 2010 se han presentado 1134 amparos ante el Consejo para la Transparencia¹⁶. A principios de junio de 2009 se conoció el primer fallo resolviendo un amparo

¹⁶ Revisar amparos presentados en <http://www.consejotransparencia.cl>

contra la empresa Ferrocarriles del Estado, caso en el cual el Consejo se declaró incompetente por tratarse de una empresa pública creada por ley.¹⁷

C. Procedimiento de reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones

El reclamo de ilegalidad procede contra la resolución que deniega acceso; contra la resolución que otorga acceso, salvo afección debidas funciones del órgano, y contra la resolución que otorga acceso en caso de oposición de terceros. El plazo para interponer este reclamo es de 15 días corridos contados desde la decisión del Consejo.

Para interponer el reclamo, el presunto afectado debe indicar los fundamentos de hecho y de derecho y la petición concreta que somete a decisión del Tribunal.

La instancia jurisdiccional puede:

1. Notificar a Consejo y tercero interesado.
2. Abrir término probatorio.
3. Acoger ilegalidad o rechazar ilegalidad.

El plazo para presentar descargos y observaciones es de 10 días. Por su parte, el periodo probatorio será de 7 días. La Corte dispone de 10 días al término de esto para dictar sentencia definitiva.

7. Infracciones y Sanciones

De acuerdo con el título VI de la LAI, las siguientes conductas son constitutivas de infracción:

1. La denegación infundada del acceso a la información.
2. No entrega oportuna de la información en la forma decretada, una vez que ha sido ordenada por resolución firme. En caso de que persista, se duplica la multa y suspende del cargo por 5 días.
3. Incumplimiento injustificado de las normas de transparencia activa.

¹⁷ Decisión amparo R4-09 de fecha 09 de junio de 2009. Resuelve amparo presentado por Mauricio Oyarzún Muñoz contra empresa Ferrocarriles del Estado.

La sanción establecida en la misma ley es multa a beneficio fiscal de 20% a 50% de la remuneración de la autoridad responsable del órgano o servicio de la administración del Estado, previa investigación sumaria o sumario administrativo.

De la sanción debe darse publicidad en los sitios electrónicos del Consejo para la Transparencia y en los del respectivo órgano o servicio.

8. Situación de los otros órganos del Estado

A. Contraloría General de la República

En la LAI se establece a su respecto el principio de transparencia activa; sin embargo, se establece un procedimiento especial de reclamo por la denegación de acceso a información ante la Corte de Apelaciones, excluyendo la competencia del Consejo para la Transparencia.

De acuerdo con la sentencia del Tribunal Constitucional,¹⁸ en la dictación de sus normas internas sólo “considerará” las instrucciones del Consejo para la Transparencia, es decir, no serán vinculantes.

B. Tribunal Constitucional y justicia electoral

A su respecto rigen los principios del derecho de acceso a la información, se establece la obligación de transparencia activa, la que de acuerdo con la sentencia de constitucionalidad de la ley se entiende cumplida con la publicación de sus fallos en las respectivas páginas web.

Se establece un procedimiento de reclamación ante las cortes de apelaciones, eximiéndolos del control incoado ante el Consejo para la Transparencia.

C. Tribunales del poder judicial, tribunales especiales y Congreso Nacional

¹⁸ Sentencia Tribunal Constitucional. Rol núm. 1051-08 de 10 de julio de 2008.

Se establecen ciertas obligaciones especiales, referidas a informaciones de carácter particular en materia de transparencia activa y se les exime de la transparencia pasiva.

D. Empresas públicas creadas por ley, empresas del Estado y sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio

A su respecto, la ley dispuso un régimen especial de transparencia activa, obligándoseles a entregar a la superintendencia a cuya fiscalización se encuentran sometidas, la misma información a que están obligadas las sociedades anónimas abiertas. En este sentido, y tal como señaláramos, el propio Consejo, por decisión R4-09, se declaró incompetente para conocer de amparo interpuesto ante sí por un particular contra la empresa de Ferrocarriles del Estado, precisamente por tratarse de una empresa pública creada por ley.

No obstante lo anterior, y en virtud de las facultades normativas del Consejo, a través del Instructivo General núm. 5, de enero de 2010, se precisó el alcance de la ley, estableciéndose los criterios comunes a que deberán ajustarse estas organizaciones en el cumplimiento del deber de transparencia activa a partir del 1º de junio del mismo año.

IV. DESAFÍOS PENDIENTES EN CHILE

No obstante el avance que constituye para Chile la dictación de la LAI, no podemos dejar de reconocer los vacíos y dificultades que enfrenta su implementación. Para muchos, el escaso tiempo otorgado en la propia ley para su entrada en vigencia, sólo ocho meses, obligó a improvisar muchos de los aspectos que se consideran claves a la hora de desarrollar un régimen de pleno reconocimiento y respuesta a las demandas ciudadanas por acceso a la información pública.

A continuación se recogen algunos de las debilidades observadas en la normativa y en la institucionalidad implementada, que deben ser perfeccionadas en aras de fortalecer adecuadamente el marco normativo descrito:

1. Dar contenido a las causales de excepción de contenido indeterminado, tales como “debido cumplimiento de las funciones del órgano” “derechos de terceros”, etcétera. Una de las formas de hacerlo es recogiendo la experiencia a partir de los requerimientos y reclamos presentados ante los órganos de control establecidos en la ley.

2. Incorporar el deber de transparencia pasiva a todos los órganos del Estado. Resulta inconcebible que determinados órganos estén sustraídos de esta obligación, dejando, por tanto, variada información pública inaccesible para los ciudadanos, pues queda entregado a la voluntad del órgano ponerla libremente a disposición.

3. Establecer un régimen eficaz de protección de los datos personales contenidos en la información pública. De acuerdo con las disposiciones de transparencia activa, una inadecuada visión de este tema por el órgano puede permitir el tratamiento y cruce indiscriminado de datos de carácter personal, generando la vulneración del derecho fundamental a la privacidad, en el caso, amparada por el Estado.

4. Reconocer adecuadamente los derechos de propiedad intelectual sobre determinada información producida por el Estado. El perfeccionamiento de las normas vigentes en estas materias otorgaría mayor difusión a variada información que teniendo el carácter de pública se teme esté protegida por derechos de autor reclamables por sus titulares.

5. Otorgar al Consejo para la Transparencia de autonomía constitucional y expandir su ámbito de actuación para amparos contra otros órganos constitucionales. De esta manera se podrá uniformar la aplicación y control de la LAI.

6. Dotar a los órganos públicos del presupuesto, la infraestructura y los funcionarios necesarios y capacitados para sistematizar la información pública y publicitarla adecuadamente. Una grave deficiencia de la LAI, imputada al corto periodo dispuesto para su entrada en vigencia, es la falta de políticas públicas en materia de archivo y conservación de la información. Lo anterior implica que hoy se puede perder la información, pues no existe preocupación por el cuidado de la información actual para el futuro, especialmente la generada digitalmente.

Finalmente, y a modo de conclusión, no podemos olvidar que en Chile la cultura del secreto se encuentra instalada en la sociedad, por lo que, sin lugar a dudas, el desafío más importante es transitar desde la cultura de la opacidad hacia la de la transparencia. Al respecto, si bien es cierto muchos señalan que el aspecto que más dificulta o inhibe el acceso en nuestro país es la poca disposición de las autoridades e instituciones a entregarla, es posible sostener que la opacidad y falta de transparencia obedecen también en importante medida a la indiferencia ciudadana, e incluso a una concomitancia culpable o negligente de las autoridades y los otros miembros de la sociedad, es decir, nosotros mismos. Resulta, por tanto, tarea de todos avanzar por este sendero.