



**Observaciones a la Indicación sustitutiva del gobierno al proyecto de ley de
transparencia de la función pública y acceso a la información de la
Administración del Estado.**

Sr. Presidente,

Agradecemos la oportunidad para poder dar nuestra opinión ante esta Honorable Comisión respecto del estatuto de acceso a información pública. Para Fundación Pro Acceso esta iniciativa reviste la más alta trascendencia y confiamos en que este aporte puede servir de insumo para el proceso legislativo en curso.

El Gobierno ha enviado una indicación sustitutiva de la moción parlamentaria que modificaba la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración. Las observaciones preliminares que se presentan son en relación al texto de esa indicación, al proyecto elaborado por Pro Acceso en su oportunidad, y que se acompaña, y a la normativa comparada, en lo pertinente.

1. Ámbito de aplicación de la ley.

La ley se aplica sólo a la Administración del Estado. Se señala que ella implica:

- a. Los ministerios;
- b. Las intendencias, las gobernaciones;
- c. Los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa;
- d. La Contraloría General de la República;
- e. El Banco Central;
- f. Las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública;
- g. Los gobiernos regionales y a las municipalidades.

No se aplican, sus normas, entonces, al:

- a. Congreso Nacional;
- b. Poder Judicial;
- c. Ministerio Público;
- d. Tribunal Constitucional;
- e. Justicia Electoral;
- f. Consejo de Seguridad Nacional;

g. Las empresas públicas;

Respecto a todos estos órganos constitucionales y las empresas públicas, la legislación comparada más reciente, por ejemplo, el borrador del Tratado del Consejo de Europa¹, los incluye. La necesidad de resguardar la información sensible emanados de estos órganos se efectúa por medio del régimen de excepciones que la ley dispone, como es el caso, por ejemplo, en un área tradicionalmente sensible como lo son las Fuerzas Armadas, que sí están incluidas en la indicación.

Otra alternativa a la plena inclusión es establecer obligaciones mínimas en la misma ley para esos órganos. La moción parlamentaria (Boletín 3773-06) poseía artículos, independientes de la Ley de Bases, que imponían obligaciones mínimas al Congreso y al Poder Judicial, modificando las leyes orgánicas correspondientes. Ellos podrían ser repuestos, e incorporando una vinculación institucional entre el Instituto de Transparencia que propone el proyecto con el resto de los órganos del Estado, con el objeto de promover buenas prácticas de acceso a información pública. Asimismo, ante la negativa de acceso a información pública por parte de órganos del Estado no pertenecientes a la Administración, podría considerarse una acción directa del afectado ante la Corte Suprema.

Respecto a las empresas públicas la ley vigente contenida en la Ley de Bases Generales del Estado, Ley N° 18.575, incluye a las empresas creadas por ley dentro de la Administración del Estado, con lo cual actualmente se les aplica la normativa. La moción parlamentaria partía de esta base, imponiéndole a estas empresas las mismas obligaciones de información activa que al resto del Estado (art. 14 ter). Con todo, la indicación sustitutiva no las considera, por consiguiente, sería conveniente incluirlas en el ámbito de aplicación de la ley, cubriendo los casos de información que se estime necesario conservar en reserva por medio del régimen normal de excepciones.

Por último, especial mención merece la calificación del Banco Central como integrante de la Administración del Estado, para los efectos de sus obligaciones en materia de acceso a información pública y transparencia activa. La situación particular del Banco Central resulta emblemática y ha sido puesta en conocimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en procedimiento que se encuentra pendiente N°P.264-04.²

2. Información pública.

En la indicación hay tres definiciones de lo público. Las dos primeras en el artículo 5°. En su primer inciso se repite la norma constitucional vigente, es decir relativa a los actos y resoluciones, pero con la modificación de que los documentos

¹ Ver informe redactado por Article 19 y Open Society, en <http://www.article19.org/pdfs/analysis/council-of-europe-foi-06.pdf>

² Se acompaña queja remitida ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

relacionados con el acto deben servir de complemento directo y esencial. Esto último no está en la norma constitucional.

Luego viene una segunda definición que se refiere a toda la información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su soporte. Esta es la definición más amplia que existe y es consistente con las normas internacionales.

En la legislación comparada, por ejemplo en la discusión sobre el proyecto de tratado del Consejo de Europa³, se estima conveniente mantener ambos tipos de definición simultáneamente pues apuntan a aspectos diferentes.

Sin embargo, en el artículo 10 se dispone que el derecho de acceso se refiere 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. Esta definición sí estaba contenida en la moción parlamentaria.

En este caso, la potencial restricción al acceso es que la información sea elaborada con presupuesto público, lo que podría dar base a las autoridades a negar acceso a información entregada por terceros en manos de la Administración. Si se quiere por este medio acceder a la información en manos de particulares que es elaborada por medio de presupuestos públicos es necesario explicitarlo de una forma más precisa.

Por último, parece necesario explicitar el carácter de derecho fundamental del acceso a información pública y su vinculación con el derecho a la libertad de expresión, y los tratados internacionales de derechos humanos vigentes.

La indicación en análisis no considera un capítulo preliminar de contexto y fundamento, que debiera incluir una referencia al reciente fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Claude Reyes contra Chile, que se acompaña, conforme al cual, con fundamento en el derecho a la libertad de expresión, la sentencia reconoce que “en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones”; declara “la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado” que comprende el “derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada”. Una clarificación sobre esta materia resulta necesaria.

3. Información de empresas y entes privadas.

En la indicación no se señala expresamente como pública la información entregada por las empresas privadas a los órganos fiscalizadores, como sí lo está en el actual artículo 13 inciso 11 de la Ley de Bases Generales de la

³ Ver informe redactado por Article 19 y Open Society, en <http://www.article19.org/pdfs/analysis/council-of-europe-foi-06.pdf>

Administración del Estado, que la moción parlamentaria a este respecto no modificaba en modo alguno. Sin embargo, por señalarse en el artículo 5° que es pública la información en manos del Estado, cualquiera sea su origen, esto cubre la información proporcionada por ellas, sin ningún tipo de distinción.

Respecto a esta información, su accesibilidad se deberá resolver vía el régimen de excepciones que se contempla.

El borrador del tratado del Consejo de Europa señala que también estarán obligadas a entregar información las personas naturales o legales que desempeñen funciones públicas o ejerzan autoridad administrativa. Adicionalmente, en varios países se obliga a informar a los entes privados financiados substantivamente con fondos públicos.

Debiera mantenerse la actual fórmula contenida en el artículo 13 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado que incluye a las empresas del Estado y las empresas que prestan servicios de utilidad pública, en lo que concierne a la información proporcionados a los órganos de fiscalización, consideración que ha mostrado ser útil para el ejercicio del control social de los servicios públicos regulados, conforme lo acredita la jurisprudencia emanada de los tribunales superiores de justicia en casos particulares que ha conocido.⁴

4. Normas de transparencia activa.

En el artículo 7, letra e) no parece clara la referencia a que deban estar en la página web los servicios y recursos asignados en los subtítulos 22, 29 y 31 de los presupuestos de cada órgano. Es necesario hacer más explícito esta obligación, amén de que las partidas presupuestarias pueden cambiar. Lo mismo respecto a la letra f).

Así también parece necesario que en la misma página Web se señale la forma de acceder a la información en manos de la institución, es decir, como ejercer el derecho de acceso (ante quien, en que forma, etc); se adopten mecanismos destinados a hacer comprensible la información técnica a la ciudadanía; y, contar con otros soportes adicionales a las páginas Web, sobre todo en el ámbito de las Municipalidades, para los efectos de garantizar efectivamente el derecho.

Una de las áreas de la actividad administrativa que crea más incertidumbre y falta de transparencia es, en lo que respecta a la elaboración de normas administrativas de carácter general, como los reglamentos.

En el presente no hay un procedimiento que obligue a los ministerios y servicios públicos el dar a la opinión pública e interesados la oportunidad hacer ver su opinión respecto a los proyectos de normas. La Ley de Procedimiento Administrativo, ley 19.880, contempla en su artículo 39 un período de información pública en los procedimientos administrativos, pero este no es obligatorio ni se refiere en forma particular a los ante proyectos de normas generales. La excepción a esto es el Reglamento de Dictación de Normas de Calidad Ambiental y de Emisión, el DS 93, de 1995⁵, del Ministerio Secretaría General de la

⁴ Por ejemplo, véase Moral con GasAndes, fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, en autos rol 1899-2002, sentencia de 16 de abril del 2002.

⁵ Ver en página de CONAMA en http://www.sinia.cl/1292/articles-26581_pdf_reglamento.pdf

Presidencia, que contempla en sus artículos 17 y 20 un procedimiento de publicidad de los ante proyectos de normas de calidad ambiental y de recepción de observaciones.

En la ley mexicana, en cambio, en su artículo 10, se dispone la obligación de dar a conocer los anteproyectos de normas.

Por lo tanto, desde el punto de vista de la transparencia como del derecho a la participación social sería adecuado que la ley incluyera la obligación de que en el caso de proyectos de normas de carácter general hubiera la obligación de publicarlas en la página Web por un período determinando y la de crear un procedimiento de recepción de observaciones.

Por otra parte, hay varias materias que podrían incluirse, que están contempladas, por ejemplo, en la ley mexicana. Entre ellas:

- a. Presupuesto asignado al órgano;
- b. Una norma general que señale que deberán hacer pública toda aquella información relativa a los montos y las personas a quienes se entreguen, por cualquier motivo, recursos públicos, así como los informes que dichas personas entreguen sobre el uso y destino de dichos recursos.

5. Petición de información.

En el caso de que la petición no reúna los requisitos legales se señala que deberá comunicarse por medio de carta certificada. Al respecto, debiera también contemplarse el mecanismo de comunicación que el mismo peticionario señaló en su petición. Como pueden serlo los correos electrónicos.

Parece conveniente señalar que no se dará curso a la petición cuando esta sea ofensiva, implique la entrega de información substancialmente idéntica a la entregada a la misma persona, o ella sea manifiestamente desmedida, tal como se señala en la legislación mexicana, británica, y en la recomendación del Consejo de Europa.

6. Entrega de la información.

La indicación señala que no se podrá hacer uso lucrativo de la información (art. 18). Esto, sin mayor calificación, implica una grave limitación a, por ejemplo, los medios de prensa, que haría imposible, si se tomara en forma literal, usar la información obtenida por medio de una petición de información, pues ellos son entidades con fines de lucro. Al respecto, no corresponde al Estado calificar el uso que pueda darse de la información pública.

En cuanto a información que pueda estar sujeta a reserva o secreto es conveniente agregar que si la información puede desagregarse, como en el caso de partes de un documento, se entregara aquella que no esté sujeta a las limitaciones.

Adicionalmente, en caso de silencio, se debiera optar por entenderlo como respuesta positiva, posibilitando al peticionario a reclamar ante el Instituto de Transparencia una vez vencido el plazo y obligando a la entidad a entregar la

información, tal como lo señala la legislación mexicana (art. 53), sin perjuicio de las facultades de multa y sanción disciplinaria que pueda adoptar el Instituto.

Por último, para que el caso de que el ente requerido no tenga la información proporcionada no estará obligado a generarla, salvo en aquellos casos en que, por resolución fundada, se califique que la misma afecta el interés público o compromete gravemente los derechos fundamentales de la persona.

7. Informaciones de terceros.

En el caso de los terceros se señala como causal de consulta y de negativa los intereses de terceros. Esto es una causal mucho más amplia que los derechos, que es el término que emplea la Constitución.

Desde el punto de la garantía de los derechos fundamentales, estos sólo pueden ser limitados por otros derechos constitucionales y por valores constitucionales de gran importancia. Por ello, el mero interés no puede constituir en una limitación a un derecho, como es el derecho de acceso. Esto lleva a concluir que ella es inconstitucional.

La indicación da derecho a los terceros a oponerse sin expresión de causa. Es, al menos, necesario que ella sea justificada con miras a ser coherente con el principio, de que la reserva debe ser siempre justificada.

8. Causales de secreto o reserva.

8.1 Criterio general.

Como criterio para declara algo como secreto o reservado la autoridad debe considerar que la publicidad debe ser susceptible de provocar un daño presente, probable y específico a alguno de los derechos, intereses y valores mencionados. La autoridad, al momento de negar la información deberá justificar la existencia de estos requisitos.

8.2 Causal de afectación grave de las funciones del órgano.

Esta causal posee varias situaciones, que no la agotan, por lo que ella continua siendo una causal genérica fundada en el orden público y muy abierta, pese a la calificación de "grave" que debe ser el efecto de la publicidad, que en algo reduce la potencial restricción. Parece más garantístico desglosar los diversos intereses que podrían ser afectados, precisando de esta forma la excepción.

Así en el caso de la aplicación de las leyes, precisar que se podrá declarar reservada o secreta cuando la información afecte gravemente a las funciones de prevención, vigilancia, control, investigación y prosecución de crímenes, delitos y otras infracciones a las leyes.

8.3 Afectación de los derechos de terceros.

Aquí nuevamente se señala, en la letra b), como causal los intereses de tipo comercial o económico. Esta definición es muy amplia y es injustificable si se está en presencia de un derecho fundamental como el de acceso a información pública. Debe por ello ser acotada, proponiéndose que sea reemplazada por aquellos casos en que la ley señala que hay un secreto de tipo económico o

comercial, tales como propiedad intelectual o industrial, o una afectación sensible de la competitividad de la empresa.

8.4 Seguridad de la Nación.

Es necesario precisar más esta causal. Aquí se propone acotar la reserva o secreto cuando la información pueda afectar lo siguiente:

- a. La capacidad de defensa del país;
- b. La capacidad de prevenir y evitar actividades subversivas u hostiles al régimen democrático y constitucional.

8.5 Interés Nacional.

Dentro de esta causal se señala la letra c) que dispone como razón la afectación de los intereses económicos de país. Es necesario precisar esto. Por ejemplo, señalar que podrá ser declarada como secreta una información cuando su divulgación afecte:

- a. La estabilidad financiera, monetaria o económica;
- b. La competitividad internacional del país;

9. Procedimiento de Amparo.

Respecto al plazo para hacer descargos ante el Instituto en los caso de autoridad y terceros, no se señala desde cuando se cuenta el plazo (art. 24). La resolución del Instituto será obligatoria para la Administración. El requirente o los terceros afectados podrán recurrir ante la Corte de Apelaciones mediante recurso de reclamación. Para los efectos de órganos no comprendidos en la Administración del Estado, como el Poder Legislativo y Judicial, parece conveniente mantener el actual procedimiento ante la Excma. Corte Suprema que contiene el artículo 14 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, procedimiento que podrá ser incoado por el interesado y el cual la Corte pedirá la opinión del Instituto. En caso de que se acoja el amparo, deberá condenarse en costas al órgano del Estado recurrido.

Con todo, de acuerdo al proyecto la resolución que acoja una solicitud de acceso a información podrá ser reclamada judicialmente por los órganos del Estado cuando ésta recaiga sobre las causales de los números 3, 4 y 5 del artículo 21, habilitándose en este caso el recurso de reclamación ante la Corte de Apelaciones, lo que ciertamente le resta imperio y autonomía al Instituto frente a la Administración del Estado.

10. Instituto de Promoción de Transparencia.

Se considera la creación de un órgano funcionalmente autónomo denominado Instituto para la Promoción de la Transparencia, con facultades de fiscalización y control respecto de la Administración del Estado, cuya función principal será promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad, y garantizar el derecho de acceso a la información en casos concretos frente al rechazo por parte de la Administración del Estado de solicitudes de acceso, por razones de afectación grave del

funcionamiento del órgano, derechos de terceros y el interés y la seguridad nacional, todas definidas en el artículo 8 de la Constitución Política.

En materia de acceso a información pública, el Grupo de Trabajo sobre Probidad y Transparencia convocado por la Presidenta de la República, sugirió en su informe de noviembre pasado, la creación de un órgano autónomo e independiente, con alcance a todos los órganos del Estado, preferentemente de rango constitucional, cuya jefatura se realizara a propuesta presidencial y aprobación por una mayoría de 2/3 partes del Senado y, cuyo directivo superior solo pudiera ser removido por causales estrictas y aprobadas por 2/3 del Senado.

10.1 Dirección.

La dirección del Instituto está en manos de su Consejo Directivo. Respecto a su Director o Presidente será nombrado por el Presidente de la República, sin requerir el acuerdo del Senado, pudiendo además ser removido a voluntad presidencial. A fin de asegurar la independencia del Director Ejecutivo se puede indicar que o en su nombramiento o para su remoción, se requerirá también el acuerdo del Senado.

Se contemplan 4 consejeros adicionales que requieren ser propuestos por el Presidente de la República al Senado, respecto de los cuales se exige un quórum de dos tercios, que es más alto que en el caso del Consejo de Alta Dirección Pública, que es de sólo 4/7. El de dos tercios parece mejor dejarlo para autoridades constitucionales, tales como el nombramiento de los Ministros de la Corte Suprema, el Ministerio Público o el Contralor General.

La designación de Consejero no es incompatible con la pertenencia a partidos políticos, y los Consejeros designados con acuerdo del senado, recibirán un honorario por asistencia a sesiones con un máximo mensual.

Sobre esta materia, y teniendo presente la importancia de las funciones encomendadas al Instituto, la experiencia adquirida en el país en órganos autónomos como el Consejo Nacional de Televisión, entre otros, y las mejores prácticas comparadas resumidas en el proyecto de ley elaborado por Pro Acceso y que fuera acompañado al Gobierno en su oportunidad⁶, pareciera conveniente revisar la institucionalidad propuestas en lo siguientes sentidos:

Siendo la legislación que establece el estatuto de acceso a información pública, lo natural y obvio es que el órgano se defina por su relación con el derecho, por lo mismo, se sugiere modificar la denominación de la entidad de Instituto de Promoción de la Transparencia por el Instituto de Acceso a Información Pública. Por lo demás, así se contempla en la práctica comparada, por ejemplo el Instituto de Acceso a Información Pública (IFAI) de México o el Access to information Commissioner de Gran Bretaña.

Reducir el número de consejeros a 3, designados por el Presidente de la República con acuerdo del Senado, quienes no podrán ser miembros de los partidos políticos, cargo que será de tiempo completo e incompatible con otras

⁶ Se acompaña proyecto de Ley de Pro Acceso, que reúne las mejores prácticas comparadas sobre la materia.

funciones públicas o privadas, salvo la académica. La duración del cargo de consejero será por un período de 7 años y la elección de los concejeros no podrá ocurrir en períodos electorales. El Consejo elegirá entre sus miembros al Presidente del Instituto y sus remuneraciones serán la equivalente a un Consejero del Banco Central de Chile;

En subsidio, considerar un órgano unipersonal, siguiendo el modelo de elección del Fiscal Nacional.

10.2 Transparencia del Instituto.

Al ser una persona de derecho público ajena a la Administración no se le aplicarían las normas sobre transparencia. El artículo 39 señala que las actuaciones y recomendaciones serán públicas. Parece más apropiado que haya una mención expresa a que se le aplicaran íntegramente las normas sobre transparencia, probidad y acceso a información pública, para que así no haya ambigüedades.

10.3 Obligación de informar.

Pese a que entre las facultades del Instituto está la de efectuar reportes, no existe la obligación de dar una cuenta anual de su función. Del mismo modo, se debiera incorporar la obligación de informar al Senado sobre sus actividades, como es el caso del Banco Central, siendo que es el órgano que participa en su nombramiento.

Es todo cuanto podemos informar,

Juan Pablo Olmedo

Presidente
Abogado. LL.M

Tomás Vial

Miembro del Directorio
Abogado. LL.M, Profesor de Derecho Constitucional