

**INFORME DE LA COMISIÓN DE
CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN
JUSTICIA Y REGLAMENTO,** recaído en el
proyecto de reforma constitucional, en
primer trámite, que otorga reconocimiento
constitucional al principio de transparencia y
al derecho de acceso a la información
pública.

BOLETÍN N° 8.805-07

HONORABLE SENADO:

Vuestra Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento tiene el honor de informaros respecto del proyecto de reforma constitucional indicado en la suma, iniciado en Moción del Honorable Senador señor Larraín, en conjunto con la Honorable Senadora señora Allende y los Honorables Senadores señores García y Tuma, y la ex Senadora señora Alvear.

A las sesiones en que la Comisión trató esta iniciativa asistieron, por el Ministerio Secretaría General de la Presidencia, la Subsecretaria señora Patricia Silva; la Coordinadora de la División Jurídica, señora Valeria Lubbert; el Presidente de la Comisión Defensora Ciudadana y Transparencia de la Administración, señor Rodrigo Mora, y el Jefe de la Unidad de Probidad y Transparencia de dicha Comisión, señor Manuel Arís.

Por el Consejo para la Transparencia, asistieron su Presidente, señor Jorge Jaraquemada, y la Jefa de Normativa y Regulación, señora Paula Recabarren.

Concurrió, especialmente invitado, el profesor de Derecho Constitucional, señor Patricio Zapata.

Estuvieron presentes, además, los representantes del Consorcio por la Transparencia que a continuación se señalan: por la Fundación Pro Acceso, su Presidente, señor Federico Alliendes; el Director de Estudios, señor Felipe Ibarra, y la abogada, señora Isabel Bravo. Por la Fundación Probono, la Encargada de Comunicaciones, señora Karla Durán. Por la Fundación Ciudadano Inteligente, el Coordinador Legislativo, señor Álvaro Castañón, y la Directora de Investigación e Incidencia, señora María Jaraquemada.

En representación de Chile Transparente, asistieron el Director Ejecutivo, señor Alberto Precht, y la asesora legislativa, señora Constanza Castillo.

Por el Grupo Bicameral de Transparencia, concurrió el asesor señor Juan Pablo Olmedo.

Igualmente, estuvieron presentes el asesor de la Honorable Senadora señora Allende, señor Cristián Arancibia, y el asesor del Honorable Senador señor Harboe, señor Sebastián Abarca.

OBJETIVO DEL PROYECTO

La iniciativa en estudio tiene como propósito consagrar en el artículo 8° del Capítulo I de la Constitución, dentro de las Bases de la Institucionalidad, el principio de transparencia en el ejercicio de las funciones públicas, explicitando que éste comprende tanto el principio de publicidad como el de acceso a la información pública. Igualmente, se incorpora en el numeral 12° del artículo 19 del Capítulo III, dentro de los derechos constitucionales de toda persona, el de buscar, requerir y recibir información pública.

NORMAS DE QUÓRUM ESPECIAL

Como se ha indicado, el artículo único del proyecto incide en los Capítulos I y III de la Constitución Política de la República, razón por la cual requiere, para su aprobación, del voto favorable de los dos tercios de los señores Senadores en ejercicio, en los términos del inciso segundo del artículo 127 de la misma Carta Fundamental.

- - -

ANTECEDENTES

Para el debido estudio de esta iniciativa, se han tenido en consideración, entre otros, los siguientes antecedentes:

I.- ANTECEDENTES JURÍDICOS

1.- Derecho Interno

Están relacionados con el proyecto de ley en estudio los siguientes cuerpos normativos:

1.1. El artículo 8° del Capítulo I de la Constitución Política, que establece, dentro de las Bases de la Institucionalidad, el principio de probidad en el ejercicio de las funciones públicas y la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado.

1.2. A su vez, el numeral 12° del artículo 19 de la Carta Fundamental consagra, como derecho de toda persona, la libertad de emitir opinión y la de informar.

1.3. También debe mencionarse la ley N° 20.285, de 2008, sobre acceso a la información pública.

1.4. De igual modo, cabe citar la ley N° 19.653, de 1999, sobre probidad administrativa aplicable a los órganos de la Administración del Estado.

2.- Derecho Internacional

Se han tomado en consideración distintos instrumentos internacionales, especialmente:

2.1. La Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción, incorporada a nuestra normativa interna mediante decreto N° 375, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 23 de noviembre de 2006.

2.2. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada "Pacto de San José de Costa Rica", incorporada a nuestro derecho interno mediante decreto N° 873, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de fecha 5 de enero de 1991.

2.3. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incorporado a nuestro ordenamiento interno mediante decreto N° 778, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 30 de noviembre de 1976.

3.- Otros antecedentes

Se han tenido a la vista las diferentes sentencias del Tribunal Constitucional que se mencionan en este informe. Particularmente, se ha considerado el fallo del referido Tribunal de Rol N° 1990-11-INA, de fecha 5 de junio de 2011, sobre acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad promovida ante aquel Tribunal en los autos sobre reclamo de ilegalidad caratulados "Dirección Nacional del Servicio Civil con Consejo para la Transparencia", seguidos ante la Corte de Apelaciones de Santiago bajo el Rol de ingreso N° 541-2011.

II.- ANTECEDENTES DE HECHO

La Moción

Los autores de la Moción con que se dio inicio a la tramitación del proyecto de ley en estudio, dan cuenta, en primer lugar, de un conjunto de antecedentes generales.

Manifiestan que la entrada en vigencia de la ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública, en abril del año 2009, resulta inédita. Agregan que la creación del Consejo para la Transparencia como institución autónoma, abierta a la participación ciudadana, responsable de fiscalizar y dar protección al principio de transparencia y al derecho de acceso a información pública es valorada y ratifica el liderazgo de Chile en el seno de la comunidad internacional de sociedades democráticas.

Explican que la referida ley es resultado de un proceso social deliberativo iniciado el año 1994. En efecto, la recomendación del informe de la Comisión de Ética Pública de avanzar en la formulación y concreción de una política de Estado de Probidad, Transparencia y Acceso a Información Pública al servicio de los ciudadanos, reconoce esfuerzos normativos evolutivos para superar los obstáculos culturales de la tradición de secreto en la gestión de los asuntos públicos. Entre ellos, destacan la ley N° 19.653, de 1999, sobre Probidad de la Administración del Estado; la reforma al artículo 8° de la Constitución Política, del año 2005, y la adhesión del Estado de Chile a los compromisos internacionales derivados de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción.

Hacen presente que la iniciativa presidencial del año 2006, con que comenzó el proceso de discusión legislativa de la ley N° 20.285, consideró la participación activa de la sociedad civil en el control social de las prácticas de secreto y reserva de la Administración, el interés de los medios de comunicación y la Moción legislativa de los Senadores señores Hernán Larraín y Jaime Gazmuri de comienzos de 2005.

Recuerdan, igualmente, los precedentes interpretativos y normativos de inserción internacional generados por la sentencia condenatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la ratificación de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, ambos del año 2006.

En relación a lo anterior, ponen de manifiesto que el Tribunal Regional identificó el derecho de acceso a la información pública como esencial para garantizar el "control democrático, por parte de la sociedad, a través de la opinión pública", fomentar "la transparencia de las actividades estatales", promover "la responsabilidad de los funcionarios

sobre su gestión pública" y conceder "una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad". De modo similar, la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción (UNCAC) exige adoptar "medidas apropiadas para promover la transparencia y la contribución de la ciudadanía a los procesos de adopción de decisiones" y "respetar, promover y dar protección a la libertad de buscar, recibir, publicar y difundir información relativa a la corrupción, que sólo podrá estar sujeta a ciertas restricciones, que deberán estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para garantizar el respeto de los derechos o la reputación de terceros y salvaguardar la seguridad nacional, el orden público, o la salud o la moral públicas".

Sostienen que, a poco más de tres años de la entrada en vigencia de la ley N° 20.285, el ejercicio de las competencias legales del Consejo para la Transparencia se ha mostrado apto para promover la cultura de la transparencia y del respeto del derecho de acceso a información pública. Agregan que la concreción del principio de transparencia activa se demuestra con la disposición permanente en los sitios web de la Administración del Estado de un importante volumen de información pública periódicamente actualizada. Por otra parte, la implementación del procedimiento de respuesta a las solicitudes de acceso a la información ha vigorizado los desafíos derivados de la modernización del Estado, contribuyendo al control social de la Administración y a la defensa de los derechos fundamentales de los connacionales.

La Moción afirma que en tal labor ha sido fundamental el apoyo y respaldo estatal al Consejo para la Transparencia, en particular del Ministerio Secretaría General de la Presidencia y su Comisión Defensora de los Derechos Ciudadanos. El esfuerzo colaborativo de ambas entidades muestra hoy una preocupación compartida en la creación del Portal de Transparencia del Estado de Chile, como un aporte necesario para consolidar una plataforma única, inclusiva de la Administración y las autonomías constitucionales, para homologar la información de transparencia activa y centralizar las solicitudes de información que las personas efectúan a los órganos públicos. A ello se suma la ratificación del liderazgo país en la comunidad internacional de las sociedades democráticas tras la adhesión a la iniciativa de la Alianza por el Gobierno Abierto y, también, la contribución de la sociedad civil que, conformada por la Corporación Participa, la Fundación Ciudadano Inteligente, la Fundación Pro Bono, la Fundación Pro Acceso y Chile Transparente, han desarrollado una continua labor de difusión, capacitación y promoción de la ley y de soporte al ejercicio del derecho de acceso a información pública. Este conjunto de organizaciones ha conformado un Consorcio por la Transparencia, que también ha propuesto una iniciativa de reforma constitucional que se ha tenido presente al formular la iniciativa que ahora se estudia.

Connotan que tales avances han permitido, al mismo tiempo, visibilizar los obstáculos y dificultades que enfrenta el país en materia de profundización de la cultura de la transparencia. Entre ellos, destacan la falta de consagración expresa del principio de transparencia y del derecho de acceso a la información pública en el texto de la Constitución. Afirman que aunque su incorporación puede desprenderse del tenor actual de las normas de la Carta Fundamental, ello ha dado lugar a criterios interpretativos contradictorios.

Sobre este particular, explican que hay precedentes iniciales del Tribunal Constitucional del año 2007, que ratifican la integración implícita de estas nociones en los artículos 8° y 19, número 12, de la Constitución, que han sido confirmados por las Cortes de Apelaciones. Estas últimas han entendido el derecho de acceso a información pública como un derecho ciudadano para alcanzar mayores grados de transparencia en el ejercicio de las funciones públicas y un deber constitucional que emana sea del principio de publicidad o del de probidad.

Agregan que no obstante lo anterior, recientes sentencias de 2012 del Tribunal Constitucional muestran un retroceso jurisprudencial que viene a despojar a los referidos principios del sustento y protección que les concede el artículo 8° de la Carta Fundamental, al señalar que dicho artículo "No habla ni de acceso, ni de entrega, ni de transparencia", circunscribiendo aquel derecho implícitamente solo a lo dispuesto en el ya señalado número 12 del artículo 19.

A ello se agrega la constatación, a través de recientes estudios del Consejo para la Transparencia, de que las principales barreras inhibitoras que condicionan la satisfacción del derecho de acceso a la información pública en la Administración son la debilidad de los procedimientos de respuesta estatal a las solicitudes de información pública y el desconocimiento de la ley por parte de la ciudadanía.

La Moción afirma que la sumatoria de los referidos obstáculos exige una pronta reacción normativa, destinada a explicitar en la Constitución Política el principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública como parte integral de los artículos 8° y 19, número 12. Asevera que ello es un necesario llamado al Estado a inhibir los resabios de la tradición del secreto que aún se dejan entrever, ratificando de paso la inserción de Chile en el contexto internacional y profundizando la democracia participativa, que ha vitalizado la concreción de la transparencia y el acceso a la información pública como fundamentos de legitimidad social del ejercicio de la función pública.

Sobre la base de lo señalado precedentemente y recogiendo el llamado formulado por las organizaciones de la sociedad civil que forman parte del Consorcio por la Transparencia⁴, los Senadores

patrocinadores de esta iniciativa entienden que resulta imperioso convenir una reforma constitucional que recuerde imperativamente a la Administración del Estado y a los restantes órganos públicos la existencia del principio de transparencia y el derecho fundamental de acceso a la información. Para estos efectos, formulan las siguientes dos proposiciones:

En primer lugar, complementar el artículo 8° de la Carta Fundamental, que consagra el principio de probidad, con la incorporación del principio de la transparencia y el acceso a la información pública como condicionantes del ejercicio de la función pública.

En segundo término, se propone incorporar una frase al número 12 del artículo 19, con el objetivo de hacer explícito el reconocimiento del ya referido derecho de acceso a la información pública.

En definitiva, el texto del proyecto de reforma constitucional presentado al Parlamento es el siguiente:

"ARTÍCULO ÚNICO.- Modifícase la Constitución Política de la República en la forma siguiente:

1.- Sustitúyese el inciso primero del artículo 8°, por el siguiente:

"Artículo 8°.- El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento a los principios de probidad y transparencia y al derecho de acceso a la información pública en todas sus actuaciones."

2.- Incorpórase, en el numeral 12° del artículo 19, el siguiente párrafo segundo, nuevo, pasando los actuales párrafos segundo a séptimo a ser tercero a octavo, respectivamente:

"Toda persona tiene derecho a buscar, requerir y recibir información pública, en la forma y condiciones que establezca la ley, la que deberá ser de quórum calificado."."

- - -

DISCUSIÓN EN GENERAL Y EN PARTICULAR

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Harboe, dio inicio a la discusión del proyecto, anunciando que, dada la naturaleza del asunto en estudio y el hecho de haber tenido origen en una Moción parlamentaria, resultaba de interés conocer el parecer del Ejecutivo en relación a la misma y también la opinión de otras

autoridades, académicos y representantes de instituciones vinculadas a la materia en análisis.

Igualmente, atendiendo a que la iniciativa consta de un artículo único, sugirió discutirla en general y en particular, a la vez.

En primer término, ofreció la palabra al Honorable Senador señor Larraín, en su condición de autor del proyecto.

El Honorable Senador señor Larraín explicó que el texto sometido a consideración de la Comisión es fruto de un trabajo desarrollado en conjunto con las instituciones que conforman el Consorcio para la Transparencia y recoge las inquietudes que surgieran a raíz de que el Tribunal Constitucional, a través de fallos emitidos en años recientes, de algún modo desvalorizara el principio de transparencia y el de acceso a la información pública, este último tanto en su carácter de principio como de derecho fundamental.

Lo anterior, dijo, ha dejado de manifiesto la necesidad de precisar estos contenidos en nuestra Carta Fundamental, explicitándolos en el artículo 8°, dentro de las Bases de la Institucionalidad, y también en el numeral 12° del artículo 19, dentro de los derechos de toda persona. Ello, resumió, cerrará el círculo normativo que se precisa para evitar cualquier duda o vacío que pueda existir en esta relevante materia.

Sostuvo que el ya mencionado artículo 8° de nuestra Carta Fundamental refleja en su redacción un momento cronológico determinado en el desarrollo de los principios en estudio. Indicó que el inciso primero de este precepto consagra el principio de probidad y luego, el segundo, el de publicidad. Añadió que, a continuación, la disposición regula las declaraciones de intereses y patrimonio y otros aspectos vinculados a los conflictos de intereses.

Recordó la discusión realizada por esta Comisión al elaborarse las reformas constitucionales del año 2005, explicando que al tratarse el artículo 8°, se alcanzó una redacción que si bien desarrolla con coherencia los contenidos que se deseaba regular, no recoge en forma adecuada el principio de transparencia ni el de acceso a la información pública. Por ello, afirmó que es necesario ordenar el referido precepto, de manera de consagrar explícitamente aquellos principios. Igualmente, agregó, es necesario consagrar el acceso a la información pública como derecho. Estas nociones, precisó, van más allá de los principios que el artículo 8° contempla en este momento y tienen otros alcances y objetivos, que es necesario reconocer en la Carta Fundamental.

En cuanto al derecho de acceder a la información pública, precisó que correspondería considerarlo como un principio y

consagrarlo como tal en el artículo 8°, entendiendo que también se contemplará como derecho en el artículo 19, número 12, relativo a la libertad de emitir opinión y de información.

Tal es, resumió, el contenido de la propuesta que se somete al estudio de la Comisión.

Enseguida, **en representación del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, hizo uso de la palabra su Subsecretaria, señora Patricia Silva.**

La señora Silva manifestó que la iniciativa en estudio puede considerarse de naturaleza transversal, pues es de autoría, como se ha dicho, del Honorable Senador señor Hernán Larraín Fernández, quien la suscribió en conjunto con los Honorables Senadores señora Isabel Allende Bussi y señores José García Ruminot y Eugenio Tuma Zedán, además de la ex Senadora señora Soledad Alvear Valenzuela.

Señaló que ella propone fortalecer en nuestra Carta Fundamental el principio de transparencia consagrado en su artículo 8° y también recoger explícitamente el derecho a acceder a la información pública.

Destacó que entre los fundamentos del proyecto, se alude a dos sentencias del año 2012, mediante las cuales el Tribunal Constitucional despojó de sustento constitucional el derecho a acceso a la información pública, que había sido reconocido tanto por la práctica de diversos órganos jurisdiccionales como por la del propio Tribunal Constitucional en años anteriores. De este modo, dijo, se produjo un notorio cambio en una doctrina que hasta entonces era pacífica.

El propósito que busca el proyecto, prosiguió, es guiar al intérprete constitucional en la materia en análisis, de manera de poder contar con certeza y seguridad para la institucionalidad del Estado en lo concerniente a los límites que deben observarse frente a las consultas de la ciudadanía y a su derecho a acceder a la información pública.

Explicó que conforme a una interpretación de la Constitución Política, bien puede sostenerse que la reforma que se propone no innova, sino que solamente rescata una interpretación anterior del Tribunal Constitucional, que también fuera sostenida por la Corte Suprema.

Afirmó que la materia objeto de la iniciativa es de gran interés para el Ejecutivo y que, además, es coherente con el compromiso asumido por la Presidenta de la República, señora Michelle Bachelet, en cuanto a fortalecer los principios de probidad y transparencia en el actuar de la Administración. Agregó que, junto con ello y tal como lo señala

el Programa de Gobierno, la ciudadanía de hoy tiene una creciente demanda por una mayor transparencia en el accionar de las autoridades públicas.

Indicó que lo anterior tiene un correlato vinculado al derecho al acceso a la información y a la participación en el debate público, así como con los eventuales conflictos de intereses de las propias autoridades. Explicó que, por ello, el Gobierno impulsará una agenda de probidad que se hará cargo de estos trascendentales temas, que contribuyen al establecimiento de una democracia de mayor calidad.

Puso de manifiesto que, complementariamente, el proyecto actualiza nuestra legislación, ajustándola a los estándares a los que Chile se ha obligado por ser suscriptor de distintos instrumentos internacionales que han ido incorporando estas materias.

En último término, connotó que la iniciativa aborda temas vinculados con los principios que deben regir la Administración del Estado y, a la vez, pretende garantizar derechos ciudadanos, temas que sin duda se insertan y serán parte de los contenidos de la nueva Constitución que se espera impulsar, sin que ello pretenda postergar o paralizar las legítimas discusiones de índole constitucional que puedan darse en el Congreso Nacional.

Enseguida, usó de la palabra **el señor Jorge Jaraquemada, Presidente del Consejo para la Transparencia.**

El señor Jaraquemada expresó que, tras un largo período caracterizado por la opacidad en cuanto a la adopción de las decisiones públicas, nuestro país ha experimentado avances, uno de los cuales lo constituye la dictación de la ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública, en el año 2008.

Señaló que pese al trabajo señero que se ha desarrollado, la transparencia no ha cristalizado en nuestra sociedad. Por ello, la iniciativa en estudio ofrece particular interés y oportunidad.

A continuación, pasó a referirse al derecho de acceso a la información en su calidad de derecho fundamental.

Recordó, sobre el particular, que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, junto con establecer que cada uno de los Estados Partes se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en aquél, dispone en su artículo 19, número 2, que “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.”.

Añadió que, en semejantes términos, el artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica reconoce el acceso a la información como un derecho implícito en la libertad de pensamiento y de expresión.

Hizo presente que es igualmente pertinente tener en cuenta lo señalado por la Corte interamericana de Derechos Humanos a propósito del caso “Claude Reyes y otros versus Chile”, en cuya sentencia indicó que *“el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” “informaciones”, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, **dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información** y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención, el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir, a su vez, que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. **De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea.** De acuerdo a lo que señala la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, con esta sentencia la Corte interamericana ha contribuido “no sólo a enfatizar el acceso a la información como un derecho humano, sino también a señalar elementos para diseñar un régimen de acceso a la información...”.*

Informó, luego, que de acuerdo a lo que sostienen Víctor Abramovich y Christian Courtis, *“En el conjunto de bienes inmateriales pasibles de protección jurídica, la información tiene características que la distinguen de otros bienes tales como la propiedad intelectual, las patentes industriales o las marcas. Tal vez la característica fundamental de la*

*información, es su carácter de medio o instrumento para el ejercicio de otros derechos. Puede establecerse un paralelo entre la información y la justificación tradicional de las garantías procesales: las garantías también son consideradas derechos en sí mismos, y requisitos de la existencia de otros derechos. De modo que **la información tiene, además de un valor propio, un valor instrumental, que sirve como presupuesto del ejercicio de otros derechos y –como veremos– del funcionamiento institucional de contralor de los poderes públicos.** De allí que, frente a la construcción de un marco conceptual que tiende a readaptar la definición del derecho de propiedad a otros bienes inmateriales, la regulación de la información haya seguido carriles diametralmente opuestos. En este sentido surge la noción de un derecho de acceso a la información, como exigencia de socialización de la información y por ende como límite a la exclusividad o al secreto de la información.*

Indicó que, en nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 8º de la Carta Fundamental establece que son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Agrega que, 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.

Al mismo tiempo, hizo presente que la Ley de Transparencia dispone, en su artículo 5º, que *“En virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado.”*. Su inciso segundo agrega que *“Asimismo, es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas.”*.

En ese contexto, afirmó, tal como se consigna en la historia de la citada ley N° 20.285, el derecho al libre acceso a las fuentes públicas de información *“constituye un elemento fundamental para alcanzar un alto grado de transparencia en el ejercicio de las funciones públicas, a la*

vez que facilita la formación de una mayor y más efectiva participación ciudadana en los asuntos públicos.”.

Explicó que, a nivel local, en un principio el Tribunal Constitucional se refirió al derecho de acceso a la información en el mismo sentido que la Corte Interamericana, afirmando que aquél “...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. Al mismo tiempo, 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; ...¹”.

Sostuvo que, sin embargo, con ocasión del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por el Ministro Secretario General de la Presidencia respecto del inciso segundo, del artículo 5° de la ley N° 20.285, de 2008, sobre Acceso a la Información Pública, en sentencia de 31 de enero de 2013, recaída en la causa Rol 2246-2012, el Tribunal Constitucional señaló en el considerando vigésimosegundo que, no obstante la publicidad de los actos de los órganos de la Administración del Estado a que se refiere el artículo 8° de la Carta Fundamental, “dicho artículo 8° no consagra un derecho de acceso a la información. Éste, más bien, se encuentra reconocido implícitamente en el artículo 19 N° 12° de la Constitución (STC 634/2007, 1990/2012, 2153/2012). El hecho de que se encuentre en el Capítulo I de la Constitución no lo pone por sobre el Capítulo III, que contiene el artículo 19, estableciendo el catálogo de derechos de la Carta Fundamental (STC 1990/2012, 2153/2012).”.

Expuso que, por último, y en lo que importa a la materia en análisis, el Tribunal Constitucional señaló en el considerando mencionado que “... **el inciso segundo del artículo 8° de la Constitución no establece, como lo hace el inciso primero respecto de la probidad, un principio de publicidad, ni que los órganos del Estado deban "dar estricto cumplimiento" a dicha publicidad. Ello no desmerece la**

¹ Considerando Noveno, sentencia Rol N° 634-2006, en requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 13 de la LOCBGAE, en la causa Itma. C.A de Valparaíso, Rol N° 2336-06, caratulada “Lean Casas Cordero, Carlos Eric, con Director Nacional de Aduanas”, pág. 30.

relevancia del mandato, ni relaja su cumplimiento. Sin embargo, constituye un elemento de interpretación, frente a otras disposiciones constitucionales que si establecen una consideración de esta naturaleza (STC 1990/2012);”.

Afirmó que dado el cambio de criterio del Tribunal Constitucional que se ha reseñado y sin perjuicio de estimar que el derecho de acceso a la información se encuentra incorporado en nuestro ordenamiento jurídico en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5°, es importante que se consagre en forma expresa en la Constitución Política de la República, en el entendido que sus características lo constituyen en una garantía de otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida o a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, pues la publicidad de los actos de los órganos del Estado, *“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*.

A continuación, abordando el proyecto en estudio, declaró compartir sus objetivos, no obstante que estimó pertinente formular algunas observaciones.

Señaló, en primer lugar, que el principio de transparencia de la función pública se encuentra definido por el artículo 4° de la Ley de Transparencia y consiste en *“respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley.”*

En ese entendido, dijo, y tal como sucede respecto del principio de probidad que se encuentra definido en un cuerpo normativo infraconstitucional, como es el inciso segundo del artículo 52 de la ley N° 18.575, Orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, no sería necesario incorporar en el inciso primero del artículo 8° de la Carta Fundamental la frase “y al acceso a información pública”, dado que dicha obligación es inherente al principio de transparencia.

² STC. “Lean Casas Cordero, Carlos Eric, con Director Nacional de Aduanas”. Sentencia de 9 de agosto de 2007. Rol N° 634-2006. Considerando 9°, citado en “El derecho fundamental de acceso a la información pública” Documento de Trabajo N° 7, Julio, 2009, Chile Transparente, Capítulo Chileno de Transparencia Internacional.

En cuanto a la redacción del párrafo segundo que se propone agregar al numeral 12° del artículo 19 de la Constitución, estimó que puede ser inductivo a error, por cuanto lo que debe estar sujeto a una ley de quórum calificado es el secreto o reserva de una determinada información y no el derecho a requerir y recibir información, cuya regla general de publicidad está consagrada justamente en el artículo 8° de la Carta Fundamental.

Indicó que así, por lo demás, se expresa en diversos instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, como es el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el que se prescribe que:

“1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

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.

*3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. **Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:***

a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.”.

Por su parte, el artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica establece, en lo que interesa, que:

“Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión.

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

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) *el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o*

b) *la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.”.*

Por las razones expuestas, propuso reformular el párrafo que se propone en los siguientes términos:

“Toda persona tiene derecho a buscar, requerir y recibir información pública, sin perjuicio de las excepciones a que se refiere el inciso segundo del artículo 8°.”.

Enseguida, hizo uso de la palabra **el profesor de Derecho Constitucional, señor Patricio Zapata.**

El mencionado académico agradeció la invitación de la Comisión y explicitó las dos proposiciones contempladas por la propuesta bajo examen. La primera de ellas sustituye el actual inciso primero del artículo 8° de la Constitución Política por el siguiente texto: “El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento a los principios de probidad y transparencia y al derecho de acceso a la información pública en todas sus actuaciones.”. La segunda intercala en el numeral 12° del artículo 19 de la Carta Fundamental un párrafo segundo, nuevo, que señalaría: “Toda persona tiene derecho a buscar, requerir y recibir información pública, en la forma y condiciones que establezca la ley, la que deberá ser de quórum calificado.”.

Informó que organizaría sus reflexiones en tres partes. En primer lugar, dado que lo que se propone es explicitar un principio de transparencia, examinaría el concepto de “principio” en nuestro sistema constitucional. En segundo término, analizaría cual es la situación de la transparencia en el texto constitucional vigente, lo que es relevante a efectos de determinar si una reforma como la propuesta es necesaria, solo conveniente o derechamente superflua. Y en tercer lugar, sugeriría algunos ajustes al texto de la Moción.

Refiriéndose, en primer término, a los principios, recordó la distinción que existe entre valores, principios y reglas constitucionales.

Indicó que los valores son ideas político-filosóficas de un alto nivel de abstracción, que se recogen en forma de conceptos y que proponen ideales sobre cómo debe ser vivida, bien vivida, la vida personal o en comunidad. En esta materia, la Constitución Política vigente reconoce, entre otros, los valores de la libertad, la igualdad y la familia.

Expresó que los principios, por su parte, son ideas jurídico-políticas que buscan dar protección y eficacia a los valores. La recepción constitucional de los mismos varía. En algunos casos, muy pocos, la Constitución Política se refiere expresamente a un determinado principio, denominándolo como tal. Es el caso del inciso primero del artículo 8°, que establece que “El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.”.

Señaló que, luego, están aquellas veces, que son las más corrientes, en que el texto de la Carta Fundamental consagra directa y expresamente las ideas centrales de un principio, aunque sin utilizar directamente el nombre que les da la doctrina. Por ejemplo, la forma en que el artículo 6° de la Constitución Política describe, sin mencionarlo, el principio de supremacía constitucional.

Y, finalmente, se encuentran aquellos otros casos en que el texto de la Carta Fundamental no contiene una referencia directa y expresa a un principio, pero éste puede deducirse lógicamente o indirectamente, a partir del sentido y alcance de reglas explícitas que lo materializan. Estos últimos, obviamente, son los principios cuya existencia y alcance genera mayor polémica. Es lo que ocurre, por ejemplo, con el llamado principio de subsidiariedad.

Añadió que las reglas, finalmente, son mandatos legales que, de manera directa y expresa, ordenan, permiten o prohíben cierta conducta.

Informó que la caracterización expuesta podría llamarse clásica.

Prosiguió diciendo que, más recientemente, Robert Alexy ha propuesto un criterio particular para distinguir reglas y principios, según el cual, mientras las reglas son normas jurídicas que ordenan que algo debe hacerse inmediatamente y tal cual, sin dar lugar ni espacio a ningún tipo de ponderación, los principios, en cambio, son normas

de optimización que contemplan un mandato solo prima facie, el que debe cumplirse en cuanto sea jurídica y fácticamente posible.

A continuación, pasó a analizar la publicidad en la Carta Fundamental.

Sostuvo que la publicidad y la transparencia son conceptos afines pero no idénticos. Ambos apuntan, por supuesto, al hecho que el asunto de que se trata puede ser examinado por cualquiera. Opinó que la diferencia estriba en la intensidad y extensión de este acceso, pues mientras la obligación de publicidad se satisface estableciendo algún procedimiento que permita el acceso, el deber de transparencia exige una estructura general que, de manera proactiva y permanente, pone las cosas ante los ojos de la comunidad.

Connotó que la Constitución actual habla de publicidad y no de transparencia. El texto pertinente, por supuesto, es el inciso segundo del artículo 8° de la Carta Fundamental, el cual fue incorporado, como se sabe, en la reforma constitucional de 2005:

“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 aquellos o de estos, 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.”.

En su opinión, en primer lugar, el inciso recién citado constitucionaliza un principio de publicidad y no una regla de publicidad. Se trata, en efecto, de consagrar una idea jurídico-política -las actuaciones estatales son, como criterio general, públicas- que tiene el objeto de dar eficacia y protección a dos valores muy centrales en la tradición republicana: la libertad y la igualdad.

En segundo término, y dado que el inciso en cuestión no utiliza explícitamente la expresión “principio”, es evidente que la recepción constitucional del principio de publicidad corresponde a la segunda de las modalidades descritas más arriba. En efecto, el hecho de describirse en forma directa y expresa los contenidos de la idea jurídico-política de que se trata, vuelve innecesaria la rotulación. Y si bien es cierto que antes de la reforma de 2005 ya existía en la Constitución Política un cierto conjunto de reglas que hubieran permitido deducir la existencia del principio de publicidad, después de esta enmienda, situada a nivel de las Bases de la Institucionalidad, ello ya no debiera poder negarse.

Precisó que al llegar a este punto de la exégesis constitucional, cabía reconocer que la redacción de este inciso segundo del

artículo 8° se presta para ciertas confusiones. En efecto, dijo, el texto admite una lectura literalista según la cual sería resorte facultativo y discrecional del legislador de quórum calificado decidir si quiere o no establecer la reserva o secreto de ciertas actuaciones (“podrá”).

Afirmó que la verdad, sin embargo, es que “el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional” no son, simplemente, argumentos o causales a las cuales el legislador puede echar mano cuando quiere, si es que quiere, establecer una excepción. Son, en sí mismos, bienes constitucionalmente valiosos que obligan también a los órganos estatales. El legislador no puede elegir si quiere proteger o no los derechos de las personas o la seguridad nacional. Hay normas expresas, también situadas en el Capítulo de las Bases de la Institucionalidad, que confirman que estos son deberes del Estado y no opciones de política pública.

Ahora bien, se preguntó, ¿por qué el reenvío al legislador de quórum calificado? ¿por qué no se limitó la Constitución a hacer una referencia a los derechos fundamentales, la seguridad nacional o el interés general, dejando que fueran los intérpretes judiciales los que dieran contenido concreto a dichas excepciones-limitaciones? Su explicación es que el constituyente no quiso dejar entregada completamente al aplicador la definición del alcance de la publicidad. La ley de quórum calificado, al establecer causales específicas, acota el margen de apreciación del juez. Pero, y esto es muy importante, destacó, ello no quita que todo el sistema se basa en que, al final, siempre será necesario que un aplicador proceda a balancear, de acuerdo con la ley, los distintos intereses en tensión.

Señaló que sólo un absolutismo literalista y absurdo de la publicidad, entendida como regla categórica y no como principio, puede pretender que el artículo 8° la erige como metaprincipio constitucional colocado por encima de todos los demás valores, principios, directrices y derechos recogidos-contenidos en el resto de la Carta Fundamental.

Expuso que una correcta interpretación del inciso segundo del artículo 8° de la Constitución Política asume que el principio allí recogido debe, necesariamente, articularse y coordinarse con los otros valores y principios de la Carta Fundamental. Y para estos efectos, esta conclusión es independiente del hecho que el propio texto incorporado por el constituyente de 2005 se refiera al “debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional” como bienes constitucionalmente valiosos con cuyo respeto el principio de publicidad debe armonizarse. Sostuvo que, evidentemente, esta necesidad de conciliación entre la publicidad y los demás valores y

principios de la Constitución existiría igual, aún a falta de mención expresa en el mismo inciso segundo.

Explicó que existen, sin embargo, quienes han leído el inciso segundo del artículo 8° como la consagración de una regla categórica de publicidad, sujeta a la eventual existencia de excepciones legales. Opinó que además de ser equivocada, esa mirada es peligrosa. Y para ambos lados. En manos de un entusiasta de la transparencia y en el contexto de una legislación incompleta o confusa, puede terminar vaciando el derecho a la vida privada. En manos de un entusiasta de la razón de Estado, y en el contexto de una legislación abundante o exagerada, puede terminar vaciando el derecho ciudadano a saber lo que hace el Estado.

Indicó que la única forma de evitar la disyuntiva maniquea descrita es entendiendo que la Constitución ha ordenado al legislador de quórum calificado establecer un régimen de equilibrio que le permita a los aplicadores concretos ponderar, para cada caso, las exigencias de los distintos valores en juego.

Bajo esta perspectiva, la palabra “podrá” deja de ser un cheque en blanco al legislador para que decida si quiere o no proteger los derechos de las personas o la seguridad nacional. Vistas así las cosas, la expresión “podrá” enfatiza más bien que, tratándose de un asunto en que están en juego valores, principios y derechos fundamentales, el único legislador habilitado para regular es el legislador de quórum calificado y que sólo éste “podrá” hacerlo.

Continuó diciendo que, como se ha visto, el texto constitucional contempla un reconocimiento al principio de la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como de los fundamentos y procedimientos con arreglo a los cuales se adoptan dichas determinaciones. No hay un principio de publicidad de toda la información en manos del Estado. En el artículo 8° se consagra un principio que debe cumplirse en la medida de lo jurídica y fácticamente posible, no una regla que deba ser cumplida siempre y a todo evento. En fin, en el artículo 8°, inciso segundo, hay un mandato al legislador para que, vía ley de quórum calificado, busque armonizar las demandas de la transparencia con otro conjunto valioso de principios y derechos.

Informó, enseguida, que el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad, en varias ocasiones, de explicitar su propia visión sobre el asunto en examen. Particular relevancia le atribuyó a la sentencia causa Rol 2246-12, de 31 de enero de 2013, también conocida como sentencia del caso “Correos electrónicos del Ministro Larroulet”.

Dice el fallo del Tribunal Constitucional:

“2. El mandato de publicidad no es absoluto y es sólo respecto de ciertos asuntos.

VIGESIMOSEGUNDO. Que un segundo factor interpretativo que debe dejarse establecido, es la forma en que se concibe el mandato de publicidad establecido en el artículo 8° de la Constitución. Para ello es necesario repasar lo que esta Magistratura ha señalado al respecto.

En primer lugar, su propósito es garantizar un régimen republicano democrático; además, que se garantice el control del poder, obligando a las autoridades a responder a la sociedad por sus actos y dar cuenta de ellos; también, promover la responsabilidad de los funcionarios sobre la gestión pública; y, finalmente, fomentar una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad (STC 634/2007, 1732/2011, 1800/2011, 1990/2012).

En segundo lugar, dicho artículo 8° no consagra un derecho de acceso a la información. Este, más bien, se encuentra reconocido implícitamente en el artículo 19 N° 12° de la Constitución (STC 634/2007, 1990/2012, 2153/2012). El hecho de que se encuentre en el Capítulo I de la Constitución no lo pone por sobre el Capítulo III, que contiene el artículo 19, estableciendo el catálogo de derechos de la Carta Fundamental (STC 1990/2012, 2153/2012).

En tercer lugar, el acceso a la información no recae sobre todo lo que hacen o tienen los órganos del Estado, sino sólo sobre sus actos y resoluciones, sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. La Constitución no habla de información (STC 1990/2012). Desarrollando lo anterior, esta Magistratura ha sostenido que no tendría sentido, e iría contra todo el diseño institucional y contra una interpretación armónica de las distintas normativas, con claro basamento constitucional (artículos 7°, 19 N° 3° y 63 N° 18°), que una persona, sin invocar ningún interés o derecho, pudiera acceder a más documentación que el propio interesado en un procedimiento administrativo. Por lo mismo, habiendo un procedimiento administrativo de por medio, el derecho de acceso de terceros extraños a éste, tiene un tope: lo que existe en el expediente administrativo (STC 2153/2012). Del mismo modo, ha afirmado que, para que estemos en presencia de un acto administrativo producido por medios electrónicos, no basta el solo hecho de que un documento sea electrónico. Es necesaria, además, la existencia de dicha firma. Dicha firma debe ser certificada, mediante firma electrónica simple o avanzada (artículos 7° y siguientes). Ello permite garantizar su autenticidad, su integridad, su seguridad, su confidencialidad. Dicha exigencia materializa la equivalencia funcional de ambos sistemas (STC 2153/2012). Asimismo, los correos electrónicos que sean actos administrativos, para ser públicos, tienen que estar en un expediente administrativo (STC 2153/2012).

En cuarto lugar, dicho derecho no tiene carácter absoluto (STC 634/2007, 1732/2011, 1800/2012, 2153/2012). La publicidad es necesaria para el bien común, pero debe hacerse respetando los derechos que el ordenamiento establece (STC 1990/2012) y otros principios, como el principio de servicialidad del Estado (STC 1892/2011). Es lícito, en consecuencia, que el legislador, invocando o teniendo en cuenta las causales que la Constitución establece para calificar el secreto o reserva, cree excepciones a dicha publicidad (STC 1990/2012).

En quinto lugar, la ley N° 20.285 es un elemento de partida para la interpretación del artículo 8°. Pero son las leyes las que deben interpretarse conforme a la Constitución y no ésta en base a aquéllas (STC 1990/2012, 2153/2012). Además, el carácter público de los actos, fundamentos y procedimientos puede lograrse a través de las modalidades que el legislador establezca, sin que exista un único mecanismo. Puede consistir en la entrega de un documento, en el acceso a ellos, en su publicación, en la puesta a disposición del público, en su difusión por distintos medios (STC 1990/2012). La Ley N° 20.285 no puede considerarse como la única y exclusiva normativa que concentra todo lo referente a la publicidad ordenada por el artículo 8° (STC 1990/2012, 2152/2012).

Finalmente, el inciso segundo del artículo 8° de la Constitución no establece, como lo hace el inciso primero respecto de la probidad, un principio de publicidad, ni que los órganos del Estado deban “dar estricto cumplimiento” a dicha publicidad. Ello no desmerece la relevancia del mandato, ni relaja su cumplimiento. Sin embargo, constituye un elemento de interpretación, frente a otras disposiciones constitucionales que sí establecen una consideración de esta naturaleza (STC 1990/2012);”.

Expresó que compartía muchos de los conceptos contenidos en este extenso Considerando Vigésimosegundo de la sentencia del 31 de enero de 2013. Su única divergencia importante es con la idea del último párrafo, en el sentido que la Constitución Política no establecería un principio de publicidad. Le parece que, como ya lo explicara, esta es una de aquellas varias ocasiones en que la Carta Fundamental reconoce un principio sin que necesariamente lo diga así, tal cual: “principio de ...”.

Aseveró que, precisamente, porque se trata de un principio y no de una regla, es que no cabe entender que el deber de publicidad es absoluto. Justamente porque es un principio, lo que corresponde es apostar a su mayor cumplimiento jurídica y fácticamente posible. Ese “jurídicamente posible”, siguiendo a Alexy, supone precisamente tener la posibilidad de ponderar cuales son los otros principios que pueden estar en juego en un caso concreto.

Afirmó que existe, en suma, una vía constitucional para resolver los complejos y delicados problemas que plantea el acceso y el

manejo de la información pública. Y esa vía, según se ha visto, no es la vía de los absolutos, sino la de la ponderación entre principios.

A continuación, pasó a formular algunas observaciones al texto de la reforma constitucional propuesta.

Puntualizó que dado que una mayoría del Tribunal Constitucional ha negado la existencia de un principio de publicidad en la Constitución y considerando, además, que el concepto de transparencia es más rico que el término publicidad, parecen existir razones suficientes como para considerar meritoria una reforma que explicita el reconocimiento del principio de transparencia.

No obstante, planteó tres aspectos que, en su opinión, podrían perfeccionar la Moción.

a) En primer lugar, en cuanto al inciso primero del artículo 8° de la Carta Fundamental, no consideró conveniente seguir hablando del “estricto cumplimiento” de ciertos principios, pues ese es un lenguaje aplicable a las reglas, no a los principios. Lo que debiera decirse en el primer inciso, entonces, es algo como lo siguiente:

“En el desempeño de sus funciones, los titulares de los órganos del Estado deben observar los principios de probidad y transparencia.”.

b) Añadió que en el segundo inciso del citado precepto, debiera señalarse lo siguiente:

“Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Las personas tienen derecho a acceder oportunamente a dicha información. Corresponde a una ley de quórum calificado establecer, excepcionalmente, la reserva o secreto cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas o la seguridad de la Nación.”.

Hizo notar que la redacción recién propuesta, junto con eliminar la muy genérica causal de “interés nacional”, deja en claro que los “derechos de las personas” o la “seguridad nacional” no son causales a las cuales el legislador de quórum puede recurrir sí es que buenamente y discrecionalmente quiere establecer reserva o secreto, sino que son, más bien, valores o principios constitucionales de entidad equivalente a la transparencia y que, por tanto, deben considerarse a la hora de reglamentar el acceso, obligando a una prudente y equilibrada ponderación.

c) En último término, declaró que compartía el reconocimiento explícito del derecho a acceder a la información pública que se ha propuesto incorporar al numeral 12 del artículo 19. Sugirió, sin embargo, complementar esta enmienda con un fortalecimiento correlativo del derecho de las personas a la autodeterminación informativa, ya sea que el dato personal se encuentre en posesión del Estado o de algún particular. Explicó que ello significaría, concretamente, añadir en el numeral 4° del artículo 19 una mención al habeas data.

Enseguida, la Comisión escuchó **al señor Federico Allendes, Presidente de la Fundación Pro Acceso, quien hizo uso de la palabra en representación de las distintas entidades que integran el Consorcio para la Transparencia.**

El señor Allendes basó su alocución en un documento escrito del siguiente tenor:

“I. PRESENTACIÓN

1. La Moción parlamentaria que se estudia es resultado de un proceso de intercambio entre la sociedad civil y los Parlamentarios que ejercen liderazgo en la cultura de la transparencia.

2. Reconocemos a la Comisión de Constitución y a su Presidente por dar curso y tramitación a esta iniciativa parlamentaria, que renueva el compromiso del Senado con la cultura de la transparencia.

3. Creemos que Presidenta Bachelet, es decir, el Ejecutivo, tiene una oportunidad única para, a través del patrocinio de la reforma, revisar el funcionamiento de la institucionalidad creada en su gobierno anterior y fortalecer la misma.

4. Es también una oportunidad para el Ministerio Secretaría General de la Presidencia para incorporar, a través de la Comisión de Probidad y Transparencia, los precedentes y obligaciones que derivan del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos y de prevención de la corrupción (MESECIC).

5. Para el Consejo para la Transparencia, de ratificar su compromiso con el control social y la vigencia de los derechos fundamentales.

6. Y, por último, una manifestación clara del interés de la sociedad civil de seguir participando del perfeccionamiento de los estándares normativos y de práctica estatal que protegen el derecho de acceso a la información pública.

7. Considerando el debate que, con ocasión de este proyecto se abre, el Consorcio para la Transparencia, de quien soy vocero en esta ocasión, se pone a disposición de la Comisión para acompañar este proceso.

II. INTRODUCCIÓN

1. El debate que comienza consiste en determinar:

a. Si es necesario consagrar en las Bases de la Institucionalidad el principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública, y

b. Si existe un derecho de acceso a la información pública que tenga el carácter de derecho fundamental.

2. A continuación, se darán las razones para que la respuesta a ambas preguntas sea afirmativa.

3. La tesis que sostiene el Consorcio para la Transparencia es la siguiente:

a. Con ocasión de varias sentencias del Tribunal Constitucional dictadas en los casos Servicio Civil-Fosis, Ubilla y Larroulet, sobre acceso a correos electrónicos (STC 1990-2011, 2153-2011, 2246-2012), se ha generado la necesidad de que el Poder Constituyente Derivado incorpore a la Constitución Política de la República: (i) que la transparencia es un principio que forma parte de las bases de la institucionalidad; (ii) que el acceso a la información pública es un derecho fundamental, incorporándolo como tal en el N°12 del artículo 19 de la Constitución Política.

b. La base de esta necesidad se encuentra en los Considerandos 18 y 19 (STC 1990-2011) en los que se señala que la Constitución "...no habla ni de acceso, ni de entrega, ni de transparencia. No los descarta; pero tampoco cierra posibilidad al legislador. Tampoco habla de información. De su parte, el Considerando 15 (STC 2153-2011) y 22 (STC 2246-2012), señalan "... En tercer lugar, el acceso a la información no recae sobre todo lo que hacen o tienen los órganos del Estado, sino sólo sobre sus actos y resoluciones, sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. La Constitución no habla de información.".

c. El Tribunal Constitucional ha razonado sobre la base de que "La Constitución no habla de información". Estas sentencias limitan el derecho de acceso a la información pública, a que tal información exista en un procedimiento administrativo o bien forme parte de los fundamentos de actos administrativos. Si la información que obra en poder

del Estado no cumple con ambos requisitos, simplemente nadie puede acceder a ella. El Consorcio sostiene que este razonamiento restringe el derecho fundamental, imponiendo requisitos que alteran el contenido esencial del mismo y que se expresa por el principio de la máxima divulgación. El principio de máxima divulgación es aquel que consiste en que el Estado debe otorgar acceso a toda la información de que dispone, con las excepciones que se consideren y que, en la actualidad, son el funcionamiento del órgano, los derechos de las personas, la seguridad nacional y el interés nacional.

d. Esta situación pone a Chile en un claro retroceso y también lo lleva a infringir las leyes internacionales y los compromisos políticos que el Estado de Chile ha asumido en el concierto internacional.

III. TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. BASES DE LA INSTITUCIONALIDAD

1. Las Bases de la Institucionalidad, es decir, el Capítulo I de la Constitución, establece una serie de principios de carácter esencial sobre los cuales se construye la vida de la República. Con la ley N° 20.050 se consagró: (i) el principio de probidad, y (ii) se declaró la publicidad de los actos y resoluciones del Estado, como de los documentos que le sirven de fundamento y los procedimientos que se utilicen.

2. Los principios de Probidad, Transparencia y el derecho de Acceso a la Información Pública, cumplen y juegan un mismo rol dentro de la institucionalidad, a saber: transformar el Estado de Derecho formal en un Estado Democrático de Derecho. Sin transparencia ni acceso a la información pública se puede horadar toda institucionalidad destinada a resguardar el principio de probidad en el ejercicio de la función pública.

3. La pregunta, sin embargo, persiste: ¿Por qué constitucionalizar el principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública? ¿Bastaría con que se mantuviera el estatus legal del principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública?

4. La respuesta que sugiere el Consorcio a la pregunta que se formula es que resulta de la mayor importancia constitucionalizar, porque:

a. Importa una cuestión de diseño de la arquitectura fundamental de nuestra sociedad, en la que requiere que el principio de la transparencia y el derecho de acceso tengan el reconocimiento institucional que merecen;

b. Importa una cuestión de construcción de la realidad social desde el fundamento jurídico de toda sociedad, su Constitución;

c. Si el principio de probidad tiene reconocimiento constitucional es porque el Poder Constituyente consideró la importancia de hacer tal declaración y, del mismo modo, nadie puede ser ciego al hecho que en la actualidad la transparencia y el derecho de acceso a la información pública son elementos fundamentales de nuestra vida social.

5. Por lo anterior, más allá de cuestiones de redacción que siempre pueden mejorar, lo fundamental es que se requiere dar certeza a todas las instituciones del país de que el principio de la transparencia y el derecho de acceso a la información pública forman parte esencial de nuestra convivencia democrática.

IV. ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

1. En nuestro sistema constitucional, la Constitución contempla una carta de derechos y garantías que se encuentra en el Capítulo III, denominado “De las Garantías Constitucionales”.

2. Actualmente, existe consenso político y jurídico en cuanto a que, a pesar de que el derecho de acceso a la información pública no se encuentra explícitamente contenido en dicho Capítulo III, sí es un derecho fundamental pues forma parte del contenido esencial de la libertad de expresión.

3. Así, ha sido la jurisprudencia uniforme, tanto del Tribunal Constitucional de Chile como de los Tribunales Superiores de Justicia y la Corte Suprema. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, no obstante reconocer -en las sentencias antes aludidas y en otras más- que el acceso a la información pública es un derecho fundamental, ha dejado, mediante sus decisiones y razonamientos, fuera de protección constitucional a este derecho fundamental, minimizando su función protectora. No ha sido la conducta de la Corte Suprema, que en todos sus fallos reconoce la entidad de derecho fundamental del acceso a la información pública e incluso en sentencias en que ha rechazado el acceso, lo ha hecho realizando el respectivo juicio de ponderación y proporcionalidad.

4. En el actual escenario, en que no se encuentra expresamente en nuestra Constitución ni el principio de transparencia ni el derecho de acceso a la información pública, se ha producido una dicotomía institucional en la que el Tribunal Constitucional lo ha constreñido en términos categóricos y, por su parte, la Corte Suprema ha enriquecido los conceptos de transparencia y el acceso a la información pública.

5. El inicio a este reconocimiento del carácter de derecho fundamental se encuentra en la sentencia del caso “Claude Reyes, Marcel vs Estado de Chile”, dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

a. Considera el derecho de acceso a la información pública como constitutivo de la libertad de pensamiento y expresión;

b. Lo considera consustancial al sistema democrático;

c. Declara que el sistema de restricciones debe encontrarse en la ley y conforme a los objetivos establecidos en la misma Convención Americana y estar orientado a satisfacer un interés público imperativo;

d. Predica a su respecto el principio de máxima divulgación;

6. Existen numerosos tratados internacionales, resoluciones, declaraciones y opiniones de toda clase que consideran la libertad de expresión como un valor en sí mismo. Valgan sobre esto:

a. La Resolución N° 59, de fecha 14 de diciembre de 1946, emitida por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que señala “La libertad de información es un derecho humano fundamental y la piedra de toque de todas las libertades a las cuales están consagradas las Naciones Unidas”;

b. El Principio 10 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, que vincula el acceso a la información con la participación;

c. La Declaración de Nuevo León de los Jefes de Estado y Gobierno de las Américas (2004);

d. La Declaración del Comité Jurídico Interamericano (2008), y

e. La Declaración de 1998 del Relator Especial para la Libertad de Expresión de la ONU.

V. CONCLUSIÓN

El Consorcio para la Transparencia es de la opinión que el principio de la transparencia y el derecho de acceso a la información pública deben ser expresamente declarados en la Carta Constitucional, tanto en su Capítulo I como en el III.”.

Escuchadas las intervenciones precedentemente consignadas, **los miembros de la Comisión** dieron a conocer sus opiniones.

El Honorable Senador señor Espina destacó el interés que ofrece la iniciativa en estudio, la cual, expresó, presenta distintos aspectos que es pertinente analizar, como es el caso de los límites que tendría el derecho de las personas a acceder a la información pública.

Hizo presente que el artículo 8° de la Constitución Política establece la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, prescribiendo que, sin embargo, habrá reserva o secreto cuando la publicidad afecte el debido cumplimiento de las funciones de esos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

Señaló que las aprensiones que le asisten se orientan a no incurrir en limitaciones que impidan a las personas conocer aquellas materias que deban ser conocidas por todos. Recordó lo que el ex Primer Ministro británico Tony Blair menciona en sus memorias a este respecto, en cuanto a que uno de los problemas que detectó en la evolución de su nación en este ámbito es que se llegó a sobrepasar ciertas barreras y se le presentaron solicitudes para que entregara las deliberaciones del propio Consejo de Gabinete.

Se trata, concluyó, de que las limitaciones que se consagren eviten los posibles desbordes en que pueda incurrirse en esta materia. Recordó algunas situaciones de interés sobre este particular, como es el hecho de que a los debates de las Comisiones del Senado se les aplica la reserva. Del mismo modo, hizo presente que se ha reconocido que los correos electrónicos de funcionarios públicos que versan sobre materias privadas, también tienen ese carácter, aun cuando se hayan despachado desde computadores del respectivo servicio público.

El Honorable Senador señor Larraín analizó las distintas sugerencias recibidas. Coincidió, en primer término, con las correcciones planteadas por el profesor señor Zapata al inciso primero del artículo 8°. Agregó que lo que intenta esta regla es prescribir que el ejercicio de las funciones públicas obliga a los titulares de los respectivos cargos de autoridad a cumplir los principios que allí se consagran. En cuanto al principio de acceso a la información pública, sostuvo que lo que se pretende es que las autoridades den a conocer y sean transparentes en todo aquello que corresponde al ejercicio de sus funciones, dentro de lo que se precisa en el inciso segundo del mismo artículo.

En cuanto a las excepciones contempladas al principio de publicidad en el inciso segundo de este precepto, las consideró idóneas, aun cuando admitió que la noción de “interés nacional” podría adolecer de alguna vaguedad. No obstante, prefirió mantenerla, discrepando en este punto del profesor señor Zapata.

Respecto al artículo 19, número 12°, dijo que pese a comprender la inquietud planteada por el ya nombrado académico en cuanto al *habeas data*, estimaba que se trata de una materia en que debe legislarse separadamente, con posterioridad. En este momento, agregó, lo que falta en nuestra Carta Fundamental es una precisión conceptual que ya está en el ordenamiento internacional, en cuanto a que el acceso a la información pública constituye un derecho fundamental de toda persona, que tiene directa correlación con la libertad de opinión y de información, por lo que la intención del proyecto consiste en consagrarlo como tal.

Declaró que, en consecuencia, los elementos esenciales de la iniciativa son la modificación ya explicada al inciso primero del artículo 8° y la incorporación de un nuevo párrafo en el número 12° del artículo 19.

Analizando las sugerencias del profesor señor Zapata en relación al artículo 8°, **el Honorable Senador señor Araya** consultó si existen fallos del Tribunal Constitucional que definan la expresión “interés nacional”. Señaló que el legislador, al incorporarla, buscó dar una salida cuando para el caso en que se quiera proteger algún tipo de información que no corresponda a las otras categorías contempladas como excepciones al principio de publicidad. Sobre el particular, recordó la discusión que se dio en la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, respecto a la naturaleza y alcance del deber de ciertos órganos del Estado, especialmente empresas del Estado, en cuanto a dar a conocer informaciones que pueden considerarse estratégicas.

El profesor señor Zapata consignó que el término “interés nacional” es de larga data en nuestro ordenamiento jurídico, pues desde ya se utiliza a propósito de las causales para expropiar, lo cual ha dado lugar a una jurisprudencia que lo ha definido en ese contexto. Precisó que, en todo caso, se trata de un propósito público, no redistributivo, sino de genuino interés colectivo global.

Estimó que, utilizado este término en el contexto de la publicidad de los actos del Estado, podría prestarse para abusos. Consignó que, por el contrario, las nociones de “seguridad nacional”, “buen funcionamiento del servicio” y “derechos fundamentales de las personas”, son conceptos acotados.

Respondiendo al Honorable Senador señor Espina, expresó que los derechos fundamentales admiten dos factores de constricción; por una parte, que se encuentren frente a frente con otro derecho, lo que da lugar a la ponderación que tiene que hacer el juez, caso a caso, a menos que se piense que hay derechos de primera y segunda categoría. El segundo tipo de constricción a que están expuestos los derechos son los límites que impone la ley por cierta finalidad pública importante, casos en que la Constitución exige una ley de quórum calificado.

En este aspecto, le pareció coherente que se hable del derecho de acceso a la información o del derecho a la privacidad y que los límites para su ejercicio se consagren en una ley de esa naturaleza. Agregó que así como no se justifican las leyes orgánico constitucionales, el hecho de establecer limitaciones a los derechos fundamentales constituye una buena razón para exigir una ley de quórum calificado, aun cuando la votación de la mayoría absoluta de los Diputados y Senadores en ejercicio no garantice que la limitación que se consagre sea razonable.

Por otra parte, reiteró que, a su juicio, el término “interés nacional” complejiza la redacción de esta norma.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Harboe, valoró la Moción en estudio, la cual, dijo, intenta recoger una realidad que ha quedado plasmada en los fallos del Tribunal Constitucional que se han mencionado anteriormente.

Señaló que cuando una sentencia del referido Tribunal establece una limitación objetiva, un cuestionamiento o una relativización a un derecho o principio que se creía consagrado en el texto constitucional, se hace necesario introducir una precisión a aquel texto para aclarar su sentido.

Sostuvo que, en la materia en estudio, el contrato social puede basarse en dos elementos, que son la Constitución y el Código Penal, los cuales resultan fundamentales para el desarrollo del individuo en la sociedad. En consecuencia, consideró que cualquier modificación que se haga a estos cuerpos normativos es muy relevante para aquel proceso.

Expuso que las Constituciones extremadamente extensas a menudo llegan a confundir valores con principios y con reglas. Indicó que las dos primeras categorías no son excluyentes, además de que los valores se subentienden de los textos y de los principios que se plasman en la Carta Fundamental. En cambio, las reglas son excluyentes, lo que da lugar a la contravención normativa que puede darse entre diferentes leyes.

Indicó que el legislador lo que establece, con rangos menores de aprobación en el Parlamento, son reglas de conducta

para la sociedad, que pueden ser contradictorias entre sí. Hizo presente que, según su percepción, nuestro texto constitucional carecería de vigencia en algunos aspectos, dada la evolución de los derechos, la ciencia y la tecnología en materia informativa. Connotó que, en la actualidad, se aprecia que a menudo los datos personales de un individuo circulan sin que éste lo sepa, desconociéndose de este modo lo que dispone la normativa sobre publicidad y privacidad. Se preguntó, en consecuencia, si sería conveniente consagrar un nuevo derecho en nuestra Carta Fundamental, como es el *habeas data* sugerido por el profesor señor Zapata, o si éste podría entenderse como una derivación del derecho a la privacidad.

En todo caso, reiteró que dada la existencia de los referidos fallos del Tribunal Constitucional que relativizan los principios en estudio, se torna necesario precisarlos en el texto constitucional.

Llegado este punto del debate, expresó que correspondía pronunciarse sobre la idea de legislar.

-- Puesto en votación en general el proyecto en estudio, fue aprobado por la unanimidad de los miembros de la Comisión, Honorables Senadores señores Araya, De Urresti, Espina, Harboe y Larraín.

A continuación, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Harboe**, dio inicio a la discusión en particular de la iniciativa.

Artículo único

Número 1

En primer lugar, se puso en estudio la enmienda propuesta al inciso primero del artículo 8° de la Constitución Política, que, como se ha señalado, lo sustituye por el siguiente:

"Artículo 8°.- El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento a los principios de probidad y transparencia y al derecho de acceso a la información pública en todas sus actuaciones."

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Harboe, consideró que la redacción actual de este precepto no es acertada. Coincidiendo con el profesor señor Zapata, opinó que la expresión "estricto cumplimiento" puede generar una cierta falta de sintonía con lo que se pretende plasmar en esta norma, en la cual se están

abordando principios y no reglas. En consecuencia, estuvo de acuerdo con la idea de suprimirla.

En cuanto al contenido que debería tener el referido inciso primero del artículo 8°, recogió los distintos criterios y sugerencias formulados durante el debate en relación a esta disposición y expresó que una redacción alternativa adecuada podría ser la siguiente:

“Artículo 8°.- En el desempeño de sus funciones públicas, sus titulares deberán observar los principios de probidad, transparencia y acceso a la información pública en todas sus actuaciones.”.

Manifestó que, de este modo, se elevaría a la categoría de principio el acceso a la información pública, además de eliminarse la alusión al “estricto cumplimiento”. Hizo presente que el acceso a la información pública se incorporará también como derecho, en el numeral 12° del artículo 19.

Tocante a la ley de quórum calificado que se contempla en el inciso segundo del artículo 8°, discrepó del profesor señor Zapata en cuanto a que ella puede entenderse como una facultad del legislador y no como un mandato perentorio. Puntualizó que el sentido de esa regla es consagrar una exigencia basada en la necesidad de evitar que un derecho fundamental pueda ser afectado por una mayoría circunstancial mínima. Esa es la razón, destacó, de que se exija un quórum determinado para configurar las excepciones al principio de publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado.

Atendido lo anterior, no fue partidario de modificar este aspecto de la norma en estudio, la cual, enfatizó, impone excepciones y no limitaciones al ya indicado principio de publicidad.

En lo concerniente a la supresión del concepto “interés nacional”, también sugerida por el profesor señor Zapata, opinó que aquel es tan vago como el de “seguridad de la Nación”. Sin embargo, consideró preferible no abrir el debate sobre este punto en esta oportunidad, pues la tarea de dilucidarlo corresponderá, más bien, al Tribunal Constitucional.

El señor Allendes señaló que la generalidad de las legislaciones y también la Convención Americana de Derechos Humanos establecen límites al derecho de acceso a la información pública. Agregó que el desarrollo de estas limitaciones estará dado por los contenidos que se discutan en cada caso, cuestión de que la Constitución no puede hacerse cargo. Remarcó que, en definitiva, cada sistema institucional tiene su forma de responder y que, en el caso del sistema interamericano, se ha resuelto lo

que se entiende por interés nacional y seguridad nacional, lo cual permite dar más consistencia al derecho antes mencionado.

Sostuvo que al aplicarse las reglas sobre acceso a la información pública y transparencia, no hay nada peor que verse enfrentado a conceptos mal diseñados o mal entendidos. Añadió que el contorno preciso del derecho a acceder a la información pública es que toda la información que obre en poder del Estado debe ser pública y que existe el derecho a acceder a ella, salvo las excepciones que establezca una ley de quórum calificado. Connotó que lo importante es que los procesos deliberativos dispongan de protección y que las respectivas excepciones tengan una forma de resolverse.

El Honorable Senador señor Larraín hizo notar que la generalidad de las opiniones escuchadas en relación a la iniciativa apuntan en la dirección propuesta por ella y contribuyen a fortalecerla.

En cuanto a la exposición de la señora Subsecretaria del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, expresó que le surgía una inquietud al mencionarse la idea de propiciar una nueva Constitución. Quiso asegurarse de que ello no implicará, de algún modo, una detención del proyecto de reforma que ahora se discute. Agregó que de haber un proceso para llegar a una nueva Carta Fundamental, deberán incorporarse a ella tanto conceptos que están en el texto vigente como otros que serán desarrollados con posterioridad. Hizo presente que si así fuere, no debería paralizarse el presente proyecto de reforma constitucional.

Señaló, tal como lo expresó el señor Jaraquemada, que el principio de probidad y transparencia son suficientes y que bien entendido este último, implica los dos aspectos a que se ha hecho referencia, que son la publicidad y el derecho de acceso a la información pública.

En cuanto a la modificación propuesta al artículo 19, número 12, estimó que no es necesario especificar allí los casos de reserva, porque ya están recogidos en el inciso segundo del artículo 8°. Destacó que en ese precepto, lo que se está consagrando es el derecho de acceso a la información pública, en el contexto de la libertad de opinión y de información.

La Subsecretaria del Ministerio General de la Presidencia, señora Silva, puntualizó que en ningún caso se pretende paralizar la discusión que realiza el Congreso Nacional en materia de reformas constitucionales, más aún, tratándose de temas como el que ahora se aborda, que implican adecuar la legislación interna a los convenios internacionales de que Chile es parte.

Destacó que tanto el fortalecimiento del principio de publicidad como la consagración del derecho de acceso a la información pública son materias que deben estar incorporadas en nuestra Carta Fundamental, ya sea en el texto vigente o en aquel que se estructure con posterioridad.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Harboe, expresó que la discusión se ha radicado en la naturaleza de ciertos derechos que se consideraban consagrados y que ella responde a las consecuencias provocadas por los criterios expresados por el Tribunal Constitucional en algunos fallos emitidos en años recientes acerca de las materias en análisis.

Concretamente, mencionó la sentencia Rol N° 1990-11-INA, de dicho Tribunal, de fecha 5 de junio de 2012, en cuyos considerandos se formulan declaraciones que son complejas y que afectan y limitan la esencia de derechos que creíamos consagrados a través de valores, principios y reglas contemplados por la Carta Fundamental.

Hizo presente que el considerando dieciocho de la citada sentencia señala que el artículo 8° de nuestra Carta Fundamental “establece, en primer lugar, una declaración genérica de publicidad de ciertos aspectos de la actuación de los órganos del Estado.”, agregando, luego, que este precepto “No habla de acceso, ni de entrega, ni de transparencia.”.

Agregó que, enseguida, el considerando diecinueve de aquel fallo indica que ese precepto tampoco establece un principio de publicidad y que, adicionalmente, el considerando vigésimoquinto expresa que el artículo 8° de la Constitución no consagra un derecho de acceso a la información.

Concluyó que lo que hace el Tribunal Constitucional a través de estos razonamientos, es limitar en su esencia algo que se entendía consagrado constitucionalmente.

En consecuencia, consideró justificado el establecimiento de dos principios en el artículo 8° de la Carta Fundamental, que serían el de probidad y el de transparencia, además del reconocimiento del derecho de acceso a la información pública, como mecanismo en virtud del cual los principios antes mencionados podrán ser sujetos de requerimiento de parte de los ciudadanos.

Analizando tanto la proposición de redacción del profesor señor Zapata para el inciso primero del artículo 8°, como la que ha surgido a raíz de las intervenciones de los miembros de la Comisión, opinó que ambas son idóneas para los fines que se buscan.

El asesor del Grupo Bicameral de Transparencia, señor Juan Pablo Olmedo, apoyó la idea de incorporar el acceso a la información pública como principio en el inciso primero del artículo 8° y, luego, como derecho, en el artículo 19, número 12.

El Presidente del Consejo para la Transparencia, señor Jaraquemada, se inclinó más bien por encontrar una tercera propuesta que fusione las anteriores. Para estos efectos, sugirió eliminar la mención al acceso a la información pública en el inciso primero del artículo 8°, manteniendo la expresión “en todas sus actuaciones”. Preciso que el acceso a la referida información se consagra después, en el numeral 12° del artículo 19, como derecho de buscar, requerir y recibir información pública, en el Capítulo III de nuestra Carta Fundamental, lo que constituye el correlato lógico del establecimiento del principio de transparencia en el artículo 8°.

Aconsejó evitar las redundancias, de manera de no terminar dañando el principio que se desea cautelar y reiteró que el derecho de acceso a la información pública es inherente al principio de transparencia.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Harboe, destacó que si bien la Comisión ha entendido que el principio de transparencia está implícito en el derecho de acceso a la información pública, el Tribunal Constitucional no lo ha comprendido así.

El Presidente del Consejo para la Transparencia, señor Jaraquemada, advirtió que tendría que estar de acuerdo con la lógica del Tribunal Constitucional, porque lo que está consagrado actualmente en la Carta Fundamental es el principio de publicidad, que es de menor entidad que el de transparencia. Reiteró que el principio de transparencia se expresa a través de dos cauces: la publicidad y el acceso a la información pública.

El Honorable Senador señor Harboe reiteró que en el ya citado pronunciamiento, el Tribunal Constitucional señala, en el considerando décimoctavo, que el artículo 8° contiene una declaración genérica de publicidad de ciertos actos y que no habla ni de acceso, ni de entrega, ni de transparencia. Agregó que el considerando décimonoveno de aquella sentencia expresa que el artículo 8° no establece el principio de publicidad, en tanto que el considerando vigésimoquinto sostiene que el derecho de acceso a la información pública no está recogido en el artículo 8°.

El asesor del Grupo Bicameral de Transparencia, señor Olmedo, consignó que la ley N° 19.653, que introdujo las primeras normas sobre probidad en el año 1999, incorpora el acceso a la información pública como un derecho que emana de la política pública de

probidad. Agregó que en el año 1994, el ex Presidente señor Eduardo Frei emitió el informe de la Comisión de Probidad, estableciendo el derecho de acceso a la información como un derecho instrumental a la política de probidad y ética pública.

Expresó que el Título III de la ley N° 18.575, incorpora el principio de probidad, estableciéndose el principio de transparencia y el derecho de acceso a la información ciudadana.

Opinó que si es preciso encontrar en el artículo 8° de la Constitución Política una referencia al principio de transparencia y al derecho de acceso a la información pública, ello debe ubicarse en el inciso primero, que establece el principio de probidad.

Destacó que la Moción ratifica la línea histórica de la política de probidad del Estado chileno y que en una situación distinta está el derecho fundamental de acceso a la información. Este último, dijo, emana de la libertad de expresión y no fue considerado al inicio de la discusión de la ley N° 19.653, aun cuando es reconocido jurisprudencialmente.

Concluyó que, de este modo, las enmiendas en estudio reafirman dos políticas públicas históricas, que han sido planteadas por el Estado de Chile a través de los distintos gobiernos.

Para efectos de evitar confusiones, **el Honorable Senador señor Larraín** sugirió tomar como base la redacción del profesor señor Zapata para el inciso primero del artículo 8°, que consagra los principios de probidad y transparencia, y agregarle una oración que consigne que este último principio incluye los de publicidad y acceso a la información pública.

Dicho inciso quedaría de la siguiente forma:

“Artículo 8°.- En el desempeño de sus funciones, los titulares de los órganos del Estado deben observar los principios de probidad y transparencia. Este último incluye los principios de publicidad y de acceso a la información pública.”.

Puesta en votación esta redacción, fue aprobada por la unanimidad de los miembros de la Comisión, Honorables Senadores señores Araya, De Urresti, Espina, Harboe y Larraín.

Número 2

A continuación, **la Comisión** analizó la segunda enmienda propuesta por la Moción, que incorpora un párrafo segundo, nuevo al numeral 12° del artículo 19 de la Constitución, del siguiente tenor:

"Toda persona tiene derecho a buscar, requerir y recibir información pública, en la forma y condiciones que establezca la ley, la que deberá ser de quórum calificado."

Analizando esta proposición, **el Honorable Senador señor Espina** estimó que la ley de quórum calificado que en ella se contempla asegurará que si hay restricciones al ejercicio del derecho que se consagra, ellas requerirán de una ley que supone una mayor exigencia de quórum, porque se trata de restringir una garantía constitucional.

Expresó que el hecho de imponer limitaciones al nuevo derecho, que pueden llegar a ser exageradas, no puede acordarse por una mayoría simple. En consecuencia, cualquier condición con que se quiera afectar ese derecho deberá ser establecida por una ley de quórum calificado, con lo que se evitará que una mayoría simple le fije restricciones superiores a aquellas que son razonables.

El Honorable Senador Larraín coincidió con la explicación del Honorable Senador Espina.

El Honorable Senador Harboe expuso que en esta disposición se ha exigido una ley de quórum calificado para evitar que una ley de mayoría simple consagre condiciones que hagan restrictivo el derecho de acceso a la información.

El Honorable Senador señor Espina solicitó dejar constancia, para la historia del establecimiento de esta disposición, de lo expresado por el Honorable Senador Harboe y por él mismo.

El Presidente del Consejo para la Transparencia, señor Jaraquemada, apuntó que, en la actualidad, el ejercicio de este derecho no tiene restricciones. Hizo presente que de la redacción propuesta podría deducirse un mayor embarazo en su ejercicio.

Revisando la ubicación del párrafo que se propone incorporar al numeral 12° del artículo 19, **la Subsecretaria señora Silva** destacó que el actual párrafo segundo del citado precepto está íntimamente vinculado con el inciso primero, por lo que el párrafo nuevo debería ubicarse, más bien, como tercero.

El Honorable Senador señor Larraín coincidió con lo planteado por la señora Subsecretaria, pues el actual inciso segundo se refiere a la libertad de emitir opinión y el inciso segundo nuevo, hace

referencia a la libertad de informar. Por lo tanto, si se quiere seguir un orden lógico, lo propuesto por la señora Subsecretaria es lo correcto.

Finalizando el debate y puesta en votación en particular esta proposición, la Comisión, por la unanimidad de sus miembros, la aprobó, reubicando el párrafo que se propone incorporar al número 12° del artículo 19 de la Carta Fundamental, como párrafo tercero.

Votó favorablemente la unanimidad de los miembros de la Comisión, Honorables Senadores señores Araya, De Urresti, Espina, Harboe y Larraín.

TEXTO DEL PROYECTO

En conformidad con los acuerdos adoptados anteriormente, vuestra Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento os propone aprobar, tanto en general como en particular, el siguiente:

PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

"Artículo único.- Modifícase la Constitución Política de la República en la forma siguiente:

1.- Sustitúyese el inciso primero del artículo 8°, por el siguiente:

"Artículo 8°.- En el desempeño de sus funciones, los titulares de los órganos del Estado deben observar los principios de probidad y transparencia. Este último incluye los principios de publicidad y de acceso a la información pública."

2.- Incorpórase, en el numeral 12° del artículo 19, el siguiente párrafo tercero, nuevo, pasando los actuales párrafos tercero a séptimo a ser cuarto a octavo, respectivamente:

"Toda persona tiene derecho a buscar, requerir y recibir información pública, en la forma y condiciones que establezca la ley, la que deberá ser de quórum calificado."". **(Unanimidad, 5 x 0).**

- - -

Acordado en sesiones celebradas los días 7 y 14 de abril de 2014, con la asistencia de los Honorables Senadores señores Pedro Araya Guerrero, Alberto Espina Otero, Felipe Harboe Bascuñán (Presidente), Hernán Larraín Fernández y Alfonso De Urresti Longton.

Sala de la Comisión, a 17 de abril de 2014.

NORA VILLAVICENCIO GONZÁLEZ
Abogada Secretaria

RESUMEN EJECUTIVO
INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN
JUSTICIA Y REGLAMENTO, RECAÍDO EN EL PROYECTO DE REFORMA
CONSTITUCIONAL, EN PRIMER TRÁMITE, QUE OTORGA
RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL AL PRINCIPIO DE
TRANSPARENCIA Y AL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN
PÚBLICA
Boletín N° 8.805-07

I. OBJETIVOS DEL PROYECTO PROPUESTO POR LA COMISIÓN: la iniciativa busca consagrar en el artículo 8° del Capítulo I de la Constitución, dentro de las Bases de la Institucionalidad, el principio de transparencia en el ejercicio de las funciones públicas, explicitando que éste comprende tanto el principio de publicidad como el de acceso a la información pública. Igualmente, se incorpora en el numeral 12° del artículo 19 del Capítulo III, dentro de los derechos constitucionales de toda persona, el de buscar, requerir y recibir información pública.

II. ACUERDOS:

- Aprobación en general: unanimidad, 5 x 0
- Aprobación en particular: artículo único, número 1: unanimidad, 5 x 0
artículo único, número 2: unanimidad, 5 x 0

III. ESTRUCTURA DEL PROYECTO APROBADO POR LA COMISIÓN: consta de un artículo único, permanente.

IV. NORMAS DE QUÓRUM ESPECIAL: la disposición única del proyecto incide en los Capítulos I y III de la Constitución Política, por lo que, para su aprobación requiere del voto favorable de los dos tercios de los señores Senadores en ejercicio, en los términos del inciso segundo del artículo 127 de la Carta Fundamental.

V. URGENCIA: no tiene.

VI. ORIGEN E INICIATIVA: Moción del Honorable Senador señor Larraín, en conjunto con los Honorables Senadores señora Allende y señores García y Tuma y la ex Senadora señora Alvear.

VII. TRÁMITE CONSTITUCIONAL: primero.

VIII. INICIO DE LA TRAMITACIÓN EN EL SENADO: 5 de marzo de 2013.

IX. TRÁMITE REGLAMENTARIO: primer informe, discusión en general y en particular, a la vez.

X. LEYES QUE SE MODIFICAN O SE RELACIONAN CON LA MATERIA:

1. Artículo 8° del Capítulo I de la Constitución Política, que establece, dentro de las Bases de la Institucionalidad, el principio de probidad en el ejercicio de las funciones públicas y la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado.
2. Numeral 12° del artículo 19 de la Carta Fundamental, que consagra, como derecho de toda persona, la libertad de emitir opinión y la de informar.
3. Ley N° 20.285, de 2008, sobre acceso a la información pública.
4. Ley N° 19.653, de 1999, sobre probidad administrativa aplicable a los órganos de la Administración del Estado.
5. Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción, incorporada a nuestra normativa interna mediante decreto N° 375, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 23 de noviembre de 2006.
6. Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada “Pacto de San José de Costa Rica”, incorporada a nuestro derecho interno mediante decreto N° 873, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de fecha 5 de enero de 1991.
7. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incorporado a nuestro ordenamiento interno mediante decreto N° 778, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 30 de noviembre de 1976.

Valparaíso, 17 de abril de 2014.

NORA VILLAVICENCIO GONZÁLEZ
Abogada Secretaria