

**IMPULSO DADO POR LOS COMPROMISOS
INTERNACIONALES CONTRAÍDOS POR CHILE A LA
MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO OCTAVO DE LA
CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA.**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales de la Universidad de Chile

Alejandra N. Ochoa del Río.

Diego E. Reyes López.

Profesor Guía: Miguel Ángel Fernández González

Santiago, Chile

2010

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	7
<u>I. ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN MATERIA DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA.....</u>	12
1.1. HISTORIA Y DESARROLLO DE LA CONSAGRACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	12
1.2. ANÁLISIS DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA COMO DERECHO FUNDAMENTAL.	15
1.3. TRATADOS INTERNACIONALES RATIFICADOS POR CHILE EN MATERIA DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA.....	19
1.3.1. La Convención Americana de Derechos Humanos.....	21
1.3.1.1. Consagración normativa.....	22
1.3.1.2. Obligaciones impuestas a los Estados parte.....	23
1.3.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	24
1.3.3. Convención Interamericana contra la Corrupción.....	25
1.3.3.1. Normativa aplicable a los Estados parte en razón del derecho de acceso a la información.....	25
1.3.3.2. Vinculación del derecho de acceso a la información y la medidas anti-corrupción y pro-transparencia.....	27
1.3.4. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.....	28

1.4. CONTENIDO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA A LA LUZ DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES RATIFICADOS POR CHILE.....	29
1.4.1. Posibilidad de imponer restricciones al derecho de acceso a la información.....	31
1.4.2. Rol del derecho de acceso a la información pública en una sociedad democrática.....	37
1.5. ANÁLISIS DE LA CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN ATENCIÓN A LA NORMATIVA INTERNACIONAL VIGENTE.....	40
1.5.1. Ausencia de consagración explícita del derecho de acceso a la información como derecho fundamental.....	40
1.5.2. Imposibilidad de restringir previamente la información emitida o expresada y consagración del principio de responsabilidad ulterior a la emisión de la información u opinión.....	42
II. <u>VALOR EN EL DERECHO INTERNO DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES RATIFICADOS POR CHILE EN MATERIA DE DERECHO A LA INFORMACIÓN</u>.....	44
2.1. DICOTOMÍA DERECHO INTERNACIONAL / DERECHO INTERNO.....	44
2.1.1. Derecho interno o nacional.....	44
2.1.2. Derecho Internacional Público.....	50
2.1.2.1. Los tratados internacionales como fuente de derecho internacional público.....	52
2.1.3 Conflictos entre derecho internacional y derecho interno.....	53

2.2. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO LÍMITE A LA SOBERANÍA ESTATAL.....	58
2.3. DETERMINACIÓN DE LA JERARQUÍA CON LA CUAL SE INCORPORAN LOS TRATADOS INTERNACIONALES QUE VERSAN SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA A NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.....	62
2.3.1. Los tratados internacionales de derechos humanos tienen rango legal.....	63
2.3.2. Rango constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos.....	66
2.3.3. Jerarquía supraconstitucional de los tratados de derechos humanos.....	69

III. CHILE FRENTE A LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL POR VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA.....

3.1. SISTEMA INTERAMERICANO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	72
3.1.1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos.....	74
3.1.2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	80
3.2. COMPATIBILIDAD ENTRE LAS JURISDICCIONES NACIONALES DE LOS ESTADOS PARTE DE LA CONVENCION AMERICANA DE	

DERECHOS HUMANOS Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.....	86
---	----

3.3. CASO CLAUDE REYES Y OTROS CON EL ESTADO DE CHILE.....	91
3.3.1. Causales de denuncia contra el Estado Chileno ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.....	91
3.3.2. Recomendaciones dadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.....	92
3.3.3. Sentencia condenatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado chileno por violación a “investigar y recibir información” comprendido en la libertad de expresión.....	94
3.3.4. Influencia de la sentencia condenatoria contra el Estado de Chile en el reconocimiento en el ordenamiento jurídico interno del derecho de acceso a la información pública.....	98

IV. SUFICIENCIA DE LA REGULACIÓN JURÍDICA CHILENA SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, EN ATENCIÓN A LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES VIGENTES EN LA MATERIA.....

4.1. LA REFORMA AL ARTÍCULO 8° DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA Y LA CONSAGRACIÓN DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA.....	105
4.1.1. Consagración a nivel constitucional del principio de transparencia y acceso a la información pública.....	106
4.1.2. Consagración legal del principio de transparencia y acceso a la información, la Ley N° 20.285.....	110

4.1.2.1. Los tratados internacionales como fuente de derecho internacional público.....	111
4.1.2.2. Ámbito objetivo de aplicación de la ley de acceso a la información pública.....	113
4.2. EL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA.....	117
4.3. ANALISIS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN EL MARCO DEL RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL.....	120
4.3.1. Acceso a la información pública en la Convención Americana de Derechos Humanos.....	123
4.3.2. Acceso a la información pública en la Constitución Política de la República.....	124
CONCLUSIONES.....	129
FUENTES.....	131
a) Bibliográficas.....	131
b) Legislativas.....	135
c) Jurisprudenciales.....	137

INTRODUCCIÓN

Los derechos fundamentales se consideran como el principal componente de un Estado de Derecho construido sobre las bases de una democracia consolidada, lo cual queda evidenciado al analizar su importancia como contrapeso a la soberanía estatal.

Según el artículo 5° de la Constitución Política de la República se considera a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados en dicho cuerpo normativo y en los tratados internacionales ratificados por Chile vigentes a la fecha, como límites al ejercicio de la soberanía estatal. La principal implicancia de este reconocimiento consiste en que el poder del Estado, representado por sus órganos y autoridades, en caso alguno puede vulnerar los derechos reconocidos a toda persona humana por el solo hecho de poseer tal calidad.

Dentro de estos derechos, reconocidos en todo Estado que respete la dignidad humana, la igualdad y la libertad de quienes lo integran, se encuentra el derecho a la libertad de expresión, que en sus distintas aristas resulta de vital importancia para la construcción de una democracia inclusiva y participativa. La libertad de expresión, implica, además de su contenido explícito, la libertad de cada persona a investigar y a formarse una impresión personal de lo que ha investigado, es decir, realizar una construcción personal de acuerdo a su real saber, lo que posteriormente puede ser objeto de difusión y ser así recibido por las demás personas.

El proceso de concreción que el Estado chileno ha realizado de este derecho ha sido bastante gradual, lo que se explica, fundamentalmente, en la proximidad temporal del proceso de transición a la democracia que vivió nuestro país.

Con anterioridad a la Ley N° 20.050 del año 2005, que modifica el artículo 8° de la Constitución Política de la República, consagrando el principio de transparencia y publicidad en la administración del Estado, y la Ley N° 20.285 del año 2008, sobre acceso a la información pública, ley de quórum calificado que materializa lo dispuesto en el artículo 8° de la Constitución Política de la República, el ordenamiento jurídico chileno en esta materia no estaba a la altura de los estándares internacionales, ya que no se reconocía la necesidad del ciudadano promedio a mantenerse informado, con lo cual disminuía en forma importante la posibilidad de control social sobre la administración del Estado. Todo ello se materializaba en que cualquier órgano público podía establecer el secretismo o reserva de sus actos, resoluciones o procedimientos por causales poco definidas y de gran amplitud y bastando sólo la dictación de un reglamento o resolución del respectivo servicio.

No obstante lo anterior, debe reconocerse el aporte que vino a constituir la dictación de la Ley N° 19.653, sobre probidad y transparencia públicas, que incorporó a la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (Ley N° 18.575), los principios de probidad, transparencia y publicidad administrativas; estableciendo que eran públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que les servían de sustento o complemento directo o esencia y consagrando el derecho de los interesados a requerirla por escrito al jefe de servicio respectivo, cuando esta información no se encuentre a disposición del público de modo permanente, fijando las reglas para ejercer este derecho y la posibilidad de reclamar ante los tribunales, en caso de negativa injustificada de la Administración a proporcionar la información. Sin embargo, el aporte de la Ley N° 19.653 se vio disminuido, principalmente, por permitir que los órganos de la Administración del Estado pudieran establecer el secreto o reserva de sus

actos en virtud de una norma de nivel reglamentario, siendo el jefe del servicio respectivo quien otorgaba ese carácter a los actos administrativos, lo cual entraba en abierta contradicción con el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual señala que las restricciones deben fundamentarse en el respeto a los derechos de los demás y en la protección de la seguridad e interés nacional.

También debe reconocerse el esfuerzo de la Contraloría General de la República, que mediante múltiples dictámenes, el más ejemplar de ellos el N° 049883, del 4 de octubre de 2004, iba tímidamente perfilando el principio de publicidad y acceso a la información pública.

A pesar de los avances dados por la Ley N° 19.635 y los dictámenes de la Contraloría General de la República, la insuficiencia de la legislación chilena en esta materia era patente, estando muy por debajo de los parámetros internacionales. Esta situación llevó a que el Estado chileno fuese llevado ante la jurisdicción internacional por incumplimiento de convenciones o acuerdos ratificados por un conjunto de Estados, entre los que se encuentra Chile, en lo relativo al respeto por los derechos fundamentales que los mismos instrumentos normativos consagran.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, basándose fundamentalmente en la ratificación hecha por Chile a la Convención Americana de Derechos Humanos, condenó al Estado chileno por la violación a las disposiciones de la misma, relativas a la libertad de pensamiento y expresión y a la gama de derechos que ésta abarca, evidenciando con ello la urgente necesidad de reforma del ordenamiento jurídico chileno en este ámbito.

En la misma línea se pronunció la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, quien, mediante el establecimiento de una serie de recomendaciones, perseguía el reconocimiento y aceptación del principio de

transparencia en el acceso a la información pública en Chile, como una concreción del derecho a la libertad de pensamiento y expresión consagrado en el Pacto de San José de Costa Rica.

Podemos ver cómo la presión de los compromisos internacionales contraídos por Chile, la tendencia mundial hacia el reconocimiento de la libertad de expresión y los requerimientos de particulares chilenos en torno al ejercicio de sus derechos de participación en la construcción de una democracia, no sólo formal, sino también concreta, fueron los principales impulsores del proceso de reforma a la Constitución de la República, mediante la cual se estableció como regla general la transparencia y acceso a la información emanada de los órganos públicos, y como regla excepcional, determinada por ley de quórum calificado, los casos de secreto o reserva. En este sentido, es importante analizar la forma en que se lleva a cabo este proceso inspirado en el cumplimiento de las disposiciones internacionales de derechos humanos y las modalidades o fórmulas utilizadas por el Estado chileno para concretarlo, determinando así su capacidad de cumplimiento de los compromisos internacionales contraídos en materia de respeto, garantía y ejercicio de los derechos fundamentales.

El capítulo primero de la memoria, llamado “Estándares internacionales en materia de libertad de expresión y acceso a la información pública”, intenta describir, brevemente, la historia y desarrollo de la consagración de los derechos humanos, el acceso a la información pública como derecho fundamental, los tratados internacionales en la materia y el contenido del derecho.

El capítulo segundo, titulado “Valor en el derecho interno de los tratados internacionales ratificados por Chile en materia de derecho a la información”, aborda la dicotomía entre el derecho internacional y el derecho interno, el

derecho internacional de los derechos humanos como límite de la soberanía estatal y la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos en nuestro ordenamiento.

El capítulo tercero, denominado “Chile frente a la jurisdicción internacional por vulneración del derecho fundamental de acceso a la información pública”, describe el sistema interamericano para la protección de los derechos humanos, la jurisdicción de los Estados y la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y sentencias sobre el tema a nivel nacional e internacional.

Finalmente, el capítulo cuarto, intitulado “Suficiencia de la regulación jurídica chilena sobre acceso a la información pública, en atención a los estándares internacionales vigentes en la materia”, trata los principales aspectos de la reforma al artículo 8° de la Constitución Política de la República, la consagración del acceso a la información pública.

CAPÍTULO I

“ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN MATERIA DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA”

1.1. HISTORIA Y DESARROLLO DE LA CONSAGRACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Los derechos fundamentales son considerados inherentes a todas las personas en su calidad de tales, por lo que su existencia no se sostiene sobre una normativa expresa que los cree y delimite en sus alcances. Sin embargo, las primeras ideas relativas al reconocimiento explícito de estos derechos, tal como los conocemos actualmente, surgen a partir del Estado Moderno y encuentran especial acogida en ciertos sucesos históricos como la Independencia de los Estados Unidos (1776) y la Revolución Francesa (1789), la cual propugnaba ideales de libertad, igualdad y fraternidad. En este sentido, puede afirmarse que *“los derechos humanos son un producto de la modernidad, aunque es posible hallar, antes de este momento, antecedentes de importancia en textos y documentos como los Decretos de Curia de León y la Carta Magna Inglesa. Pero estos textos o documentos tenían la característica de ser estamentales, como lo era también la propia sociedad del momento, y, en consecuencia, reconocieron ciertos derechos y prerrogativas únicamente a determinados segmentos de la población, quedando al margen de ellos los restantes.”*¹

Ya en la modernidad, se inicia un proceso de reconocimiento de derechos o facultades pertenecientes a la especie humana, originándose una serie de discusiones en torno a su naturaleza, origen, fundamento y formas de ejercicio. De esta forma surgen doctrinas iusnaturalistas y positivistas, las que intentan

¹ SQUELLA Agustín, “Introducción al Derecho”, Editorial Jurídica de Chile. 2000, p.194

dar respuesta a la pregunta sobre el sustento de los derechos fundamentales. La discusión apunta, principalmente, a determinar el carácter previo o preexistente que tienen los derechos fundamentales frente a la norma jurídica positiva; no obstante, se asume la importancia que tiene esta última como garantía de consagración y ejercicio de tales prerrogativas.

Sobre la base de la necesidad de dar reconocimiento, garantía y protección a los derechos fundamentales, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 señala: *“Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”* y agrega *“que la meta de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre”*. No obstante ello, este reconocimiento está influenciado por la realidad en que se inserta y por el contexto histórico precedente, por lo que plantea ciertas restricciones en el ejercicio de algunos derechos en relación con determinadas personas, lo cual, por ejemplo, queda de manifiesto al supeditar el derecho a sufragio al patrimonio del ciudadano Sin embargo, es imposible desconocer que se enmarca dentro de una fase de positivación de los derechos fundamentales, proceso que continúa durante los siglos XIX, XX y también en nuestro días y que nos ha permitido ser testigos de la expansión y generalización de estas facultades o prerrogativas humanas.

Durante el siglo XX, particularmente en 1948, nace la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, como producto de una Conferencia Panamericana celebrada en Bogotá, Colombia, Esta declaración se destaca por constituir la primera pieza de lo que puede considerarse el sistema internacional de derechos humanos en el ámbito regional americano, y a ella siguieron luego otros documentos de suma importancia. El 10 de diciembre de 1948, se firma la famosa Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual fue aprobada por la Organización de las Naciones Unidas. En ella es

posible observar la mención a derechos basados en las libertades, como también aquellos fundamentados en la igualdad.

Ambas declaraciones se insertan en un contexto de post-guerra, (término Segunda Guerra Mundial), por lo que están inspiradas en una realidad histórica particular, especialmente sensibilizada por el valor a la persona humana y la necesidad de dar protección y garantía a las facultades que tal calidad genera.

Con posterioridad, comienzan a surgir una serie de instrumentos internacionales de índole regional que recogen o se inspiran en el reconocimiento de valores, principios y derechos universalmente reconocidos a la persona humana. De esta forma, en el continente americano, se crea la Comisión Interamericana de Derechos humanos, en 1965, suscribiéndose el año 1970 en San José de Costa Rica, la Convención Americana de los Derechos Humanos, la cual, a diferencia de las declaraciones universales que le precedieron, instituye mecanismos, procedimientos y órganos encargados de resguardar el ejercicio de los derechos fundamentales que consagra, estableciendo la posibilidad de que los Estados miembros puedan ser juzgados ante el incumplimiento o vulneración de sus disposiciones, labor que queda en manos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La importancia de la Convención Americana radica especialmente en representar una vía mediante la cual se busca la vinculación del derecho interno de cada Estado miembro con los estándares internacionales vigentes en la materia, que se dirigen fundamentalmente hacia el reconocimiento y generalización de los derechos humanos como base sobre la cual se construya todo tipo de organización social.

De esta forma, es posible señalar que la base o sustento de todos los derechos fundamentales está dada por la dignidad humana, entendida como valor supremo y principio rector del que derivan los demás derechos, los cuales,

doctrinariamente han sido agrupados según su contenido: una *primera categoría* de derechos, inspirada en limitaciones al poder de la autoridad o gobernante, garantías que se otorgan al particular para protegerlo del gobernante, derechos a los que se les denomina civiles y son entendidos como personales y se relacionan estrechamente con las libertades individuales, respecto de las cuales al gobernante se le exige un deber de abstinencia o de no intervención; una *segunda categoría* de derechos está dada por aquellos que buscan garantizar la posibilidad de participación política del ciudadano en el gobierno, razón por la cual son también llamados derechos políticos o de participación y obedecen a concepciones y teorías modernas de soberanía, en que se afirma que ésta pertenece a la nación, la cual, en virtud de un “pacto social”, la delega en sus gobernantes; finalmente, una *tercera categoría* está dada por los derechos económicos, sociales y culturales, los cuales se fundamentan en la igualdad como principal valor, por lo que exigen una labor activa del Estado para garantizar y promover su correcto ejercicio.

Esta clasificación obedece a distintos procesos de reconocimiento de los derechos fundamentales, los que se encuentran en constante evolución atendiendo a la variedad de realidades y contextos históricos, originando así presencia de nuevas necesidades que satisfacer y nuevos conflictos que solucionar en materia de derechos humanos.

1.2. ANÁLISIS DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

El derecho de acceso a la información pública, como una dimensión de la libertad de expresión, es considerado, en principio, como un derecho fundamental de primera generación, es decir, aquellos denominados civiles o personales. No obstante, el desarrollo posterior de su contenido ha demostrado

que puede ser considerado un importante instrumento para ejercer el control social sobre la labor que ejerce el Estado como organización política y sobre la forma en que los gobernantes se desempeñen durante su ejercicio, por lo que tiene elementos de derechos de segunda categoría.

Al igual que los demás derechos fundamentales, la libertad de expresión inicia su proceso de reconocimiento y positivación en la modernidad con el surgimiento del constitucionalismo clásico, el cual propugna la idea de que el ser humano como “agente moral” tiene una dignidad inherente y consustancial al mismo. Desde esta perspectiva, se entiende que cada persona tiene la posibilidad de optar o decidir por sí misma, y por ende, dar a conocer su opción o decisión personal. *“La justificación liberal clásica de la libertad de expresión sugiere que, en principio, la sociedad política- o el Estado, para decirlo más precisamente- no debería silenciar algo que ha sido pensado por una conciencia autónoma y que puede ser captado por otra conciencia autónoma. En este sentido, si censura, el Estado menosprecia la capacidad general de las personas de decidir por sí mismas al comunicarse, y de formar su propia opinión frente a lo que se les comunica.”*²

La concepción del ser humano propiciada por el liberalismo, sumado a las teorías políticas que proclaman que la nación es el depositario de la soberanía, llevan a considerar a la libertad de expresión como una importante herramienta ciudadana para mantener el control respecto del aparato estatal y de sus gobernantes. Esta idea se ve reflejada ya en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que en su artículo 14 consagra *“el derecho de todo ciudadano a comprobar por sí mismo la necesidad de una contribución pública, consentirla libremente y seguir su empleo...”*, y agrega su artículo 15 *“la*

² SIERRA Lucas, “Pluralismo y Comunicación Social: Libertad de expresión y dos conceptos de libertad”, Revista de Derecho Valdivia. 1997, p. 17-26.

sociedad tiene derecho a pedir cuenta de su administración a todo empleado público". De esta forma se vislumbran las primeras ideas relativas al derecho a la información en un emergente contexto de reconocimiento y consagración de derechos fundamentales, el cual se extendería durante todo el siglo XIX, XX, incluso hasta hoy.

Ya en el siglo XX, se aprueban una serie de instrumentos internacionales, como tratados y declaraciones, en que la libertad de expresión es ampliamente reconocida, ya que el contexto imperante en la época evidenció que la gran mayoría de las más graves violaciones de derechos humanos (fuera de las masacres cometidas durante operaciones militares durante conflictos armados internos) se perpetraban como un medio para eliminar físicamente, castigar, restringir la posibilidad de acción, de disidentes políticos o religiosos; lo que quiere decir que ellos sufrían en razón de sus creencias, opiniones o ideas.

En 1948, la Declaración Universal de Derechos Humanos, determina el contenido de la libertad de expresión, considerándolo, en su artículo 2º, un universo que comprende tanto el derecho a la libertad de opinión como el derecho a investigar y a difundir la información, idea que es recogida posteriormente por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y por la Convención Americana de Derechos Humanos.

El enfoque dado a este derecho se encuentra fuertemente influenciado por el contexto histórico en que se produce la Declaración, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, por lo que los Estados y los individuos estaban fuertemente impactados y sensibilizados con las vulneraciones de derechos humanos producidas en el contexto de la guerra, considerando especialmente aquellas cometidas contra la población civil. Esta situación puede ser descrita de la siguiente manera: *"No sin razón, el mundo que acaba de sobrevivir al holocausto de la Segunda Guerra Mundial, percibió con claridad el papel*

decisivo que la información tiene en la construcción de las sociedades humanas. Aquella guerra tremenda (...) había sido una gigantesca manipulación de las conciencias. El hombre se había hecho un lobo carnicero para el hombre, en buena medida por ausencia de información. Las comunidades se desintegraban por falta de comunicación. Se llegaba así -a través del profundo dolor colectivo de una guerra- a entender que la dimensión social del hombre, sólo se alcanza a través de la información de las cosas públicas. La información de las cuestiones que afectan a la comunidad hace posible la existencia de la propia comunidad. Afirmar, pues, que la información es el objeto de un derecho humano, era una conclusión obligada. (...) quería decir también que la información era un elemento imprescindible para la paz.”³

La importancia que tiene la Declaración de 1948, en este ámbito, se traduce, primordialmente, en instaurar el principio de universalidad en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión como fundamento del derecho a la información, lo cual queda de manifiesto en la frase “todo individuo”, con la cual se inicia el inciso 2º del artículo 19 que consagra el mencionado derecho. En épocas precedentes este derecho no era generalmente reconocido, sino que su ejercicio dependía principalmente del arbitrio de quien, en calidad de gobernante, detentaba el poder.

Bajo esta perspectiva, se reconoce, por una parte, el derecho de emitir una opinión y, por otra, el derecho de acceder a la información proveniente de distintas fuentes sin limitaciones geográficas. De esta forma, podemos aseverar que *“la Declaración Universal determina que la información es un derecho humano fundamental y obliga a los Estados miembros de las Naciones Unidas a incorporar en su ordenamiento jurídico interno este principio. El derecho consagrado en el artículo 19 es, en razón de su sujeto, universal. Con*

³ SORIA Carlos, “La Hora de la Ética Informativa. Editorial Mitre. 1991, p. 10

*independencia de cualquier clasificación o consideración, el hombre es el titular del derecho a la información.*⁴

El tratamiento posterior de este derecho, tanto en el plano nacional como internacional, se construyó sobre la base la consagración dada al mismo en la Declaración. Luego, surgen una serie de tratados regionales o universales, generales o particulares, que hacen especial mención al derecho a la libertad de expresión, y de información en particular, dentro del marco de protección a los derechos humanos.

En este contexto, resulta procedente analizar la consagración de la libertad de expresión en los distintos convenios internacionales ratificados por Chile en materia de derechos humanos, lo cual resulta de bastante utilidad para determinar los alcances, dimensiones y aplicaciones de este derecho, como también, para realizar un análisis sobre la recepción que el Estado chileno ha dado a los estándares internacionales vigentes en este ámbito.

1.3. TRATADOS INTERNACIONALES RATIFICADOS POR CHILE EN MATERIA DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA.

La libertad de expresión, reconocida en su integridad como un derecho fundamental de primera generación, se concibe desde su origen, como una protección del individuo frente al Estado y a la injerencia de éste en la autonomía de cada ciudadano.

Con el transcurso del tiempo se le ha dado un contenido cada vez más extensivo a este derecho, consolidándose finalmente como una de las bases en la construcción de un Estado democrático. Es por ello que existen una serie de

⁴ FIGUEROA, María Verónica, “El Derecho a la información”, p. 4 [en línea] <http://www.ucm.cl/ieg/areas/cs_sociales/EL%20DERECHO%20A%20LA%20INFORMACION.pdf> [consulta: 22 abril 2010]

instrumentos internacionales que reconocen este derecho como fundamental, en relación con el desarrollo y desenvolvimiento social de la persona humana.

Dentro de los tratados internacionales ratificados por Chile en esta materia, se pueden mencionar los siguientes:

- a)** Convención Americana de Derechos Humanos, promulgada por Decreto N° 873 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 5 de enero de 1991.
- b)** Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, promulgado por Decreto N° 778 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 29 de abril de 1989.

Estos instrumentos abarcan a la libertad de expresión en todas sus dimensiones. Los tratados que se mencionan a continuación, lo abordan desde la perspectiva de la investigación y recepción de información, principalmente aquella que proviene de los órganos de la Administración del Estado, la cual, en atención a su naturaleza y fundamento, debe estar al servicio de los ciudadanos.

- c)** Convención Interamericana contra la Corrupción, promulgada por Decreto N° 1.879 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 2 de febrero de 1999.
- d)** Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, promulgada por Decreto N° 375 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 30 de enero de 2007.

Además de estos convenios, debemos señalar la importancia de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que si bien tiene el carácter de declaración, no siendo vinculante para los Estados, tiene la categoría jurídica de

recomendación, cuya influencia y aporte a la garantía, promoción y respeto de los derechos fundamentales es ampliamente reconocida.

En el mismo ámbito es procedente destacar la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual reconoce a la libertad de expresión y el acceso a la información como derecho fundamental y dentro de sus principios encontramos:

“1. La libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas. Es, además, un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática”

“4. El acceso a la información en poder del estado es un derecho fundamental de los individuos. Los estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho...”

1.3.1 La Convención Americana de Derechos Humanos

La Convención Americana de Derechos Humanos fue suscrita el 22 de noviembre de 1969, en San José de Costa Rica y entró en vigencia el 18 de julio de 1978. Chile depositó la ratificación de este instrumento el 21 de agosto de 1990, fecha en que además aceptó la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fue promulgada mediante el Decreto N° 873 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 23 de agosto de 1990 y su publicación en el Diario Oficial fue el 5 de enero de 1991.

La Convención, entendida como un tratado internacional, es el principal instrumento formal del sistema de interamericano de protección de los derechos humanos, que desarrolla normas destinadas a garantizar y promover una serie de valores que buscan concretarse en el contexto de cada individuo y de cada Estado.

Los derechos contenidos en este cuerpo normativo pueden ser clasificados en aquellos referidos a las inviolabilidades, los que protegen el valor de la *libertad* (considerando todas sus dimensiones), y aquellos que se inspiran en la *igualdad*, teniendo todos ellos como base fundamental la dignidad humana.

La trascendencia de esta Convención radica en la existencia de mecanismos que garantizan su operatividad, lo cual se materializa en la Comisión y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En este sentido, la gran diferencia entre la Convención Americana y la Declaración de Derechos Humanos, es el carácter vinculante que tiene la primera con respecto a los Estados parte de la misma, instaurando además órganos con jurisdicción internacional para conocer de las violaciones o vulneraciones que estos Estados lleven a cabo respecto de los derechos o garantías fundamentales en ella consagradas.

1.3.1.1. Consagración normativa

La Convención consagra en su artículo 13 el derecho a la información como derecho fundamental, utilizando los siguientes términos:

“Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y 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.”

Además de ello, existen una serie de disposiciones que establecen obligaciones para el Estado relativas a garantizar y a dar operatividad al ejercicio de este derecho, estas son:

“Artículo 1.1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción...”

“Artículo 2. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”

Por otra parte, se señala que toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño debe ser reparada, ello sobre la base del artículo 63.1 de la Convención, el cual prescribe:

“La Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados, se reparen las consecuencias de la medida o la situación que ha configurado la violación de estos derechos”.

1.3.1.2. Obligaciones impuestas a los Estados parte

Del análisis de estas disposiciones, se concluye que la Convención Americana impone obligaciones positivas y negativas a los Estados parte, es decir, se puede observar, por un lado, un deber de abstinencia o de no injerencia para el Estado en relación al ejercicio de este derecho por parte de los particulares, mientras que por otro lado se fija una obligación de garantizar y de propender a que los particulares puedan tener las condiciones necesarias que permitan concretar el ejercicio de su derecho. En este sentido, las obligaciones que la Convención Americana, en materia de libertad de expresión, impone a los Estados parte, son las siguientes:

- a) **Respetar**, la cual *“impone al Estado una conducta de omisión, consistente en no hacer nada que pueda violar el derecho respectivo. Para el Estado esta es una obligación que puede llamarse principal o directa, en el sentido de que si se cumple, el valor o bien jurídico protegido no se habrá visto afectado por parte del Estado.”*⁵
- b) **Garantizar y promover**, las cuales suponen una conducta activa por parte del Estado tendiente a adoptar las medidas necesarias para asegurar a los particulares la posibilidad de ejercicio del derecho en cuestión, además de proporcionar la seguridad y el respaldo jurídico necesario ante eventuales violaciones al derecho, y finalmente realizar campañas o programas destinadas a divulgar y difundir la importancia práctica que tiene la libertad de expresión como una de las bases en la construcción de un sistema democrático. Esta obligación es *“conceptualmente de carácter complementario, pues su propósito es hacer más probable que el goce de tales derechos y libertades sea efectivo.”*⁶

De esta forma, la Convención Americana recoge el derecho a la libertad de expresión en toda su extensión, incluyendo la arista de acceso a la información pública, obligando a los Estados parte a tomar todas las medidas que estén disponibles para proteger y asegurar el ejercicio de este derecho.

1.3.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue suscrito el 16 de diciembre de 1966, en Asamblea General de la ONU, a través de la

⁵ HUMAN RIGHT WATCH, “Los límites de la tolerancia: Libertad de expresión y debate público en Chile”. 1998, p. 27

⁶ Id. p. 28

resolución 2200 A (XXI) y entró en vigencia el 23 de marzo de 1976. Chile depositó la ratificación de este instrumento el 10 de febrero de 1972. Fue promulgado mediante el Decreto N° 778 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 30 de noviembre de 1976 y su publicación en el Diario Oficial fue el 29 de enero de 1989.

En este cuerpo normativo el derecho de acceso a la información es consagrado en los mismos términos que en la Convención Americana, ya que en su artículo 19 N° 2 prescribe:

“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.”

1.3.3. Convención Interamericana contra la Corrupción

La Convención Interamericana contra la Corrupción fue adoptada el 29 de marzo de 1996, en Caracas, Venezuela y entró en vigencia el 6 de marzo de 1997. Chile depositó la ratificación de este instrumento el 27 de octubre de 1998. Fue promulgado mediante el Decreto N° 1.879 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 29 de octubre de 1998 y su publicación en el Diario Oficial fue el 2 de febrero de 1999.

1.3.3.1 Normativa aplicable a los Estados parte en razón del derecho de acceso a la información

En el artículo III de la Convención, intitulado “Medidas Preventivas”, se establece que los Estados Parte se comprometen a mantener y garantizar:

“1. Normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas. Estas normas deberán estar orientadas a prevenir conflictos de intereses y asegurar la preservación y el uso adecuado de los recursos asignados a los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones. Establecerán también las medidas y sistemas que exijan a los funcionarios públicos informar a las autoridades competentes sobre los actos de corrupción en la función pública de los que tengan conocimiento. Tales medidas ayudarán a preservar la confianza en la integridad de los funcionarios públicos y en la gestión pública.”

“4. Sistemas para la declaración de los ingresos, activos y pasivos por parte de las personas que desempeñan funciones públicas en los cargos que establezca la ley y para la publicación de tales declaraciones cuando corresponda.”

“5. Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas”

“11. Mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción.”

La importancia de estas normas radica, fundamentalmente, en que establecen obligaciones positivas para los Estados parte de la Convención, lo que implica que los Estados deben adoptar y recoger dentro de su ordenamiento jurídico interno los principios, valores y derechos que el tratado consagra. Esta idea se recoge expresamente en el artículo VII de la Convención, el cual expresa:

“Los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para tipificar como delitos en su derecho interno los actos de corrupción descritos en el Artículo VI.1. y para facilitar la cooperación entre ellos, en los términos de la presente Convención.”

1.3.3.2 Vinculación del derecho de acceso a la información y las medidas anti-corrupción y pro-transparencia

Se entiende por corrupción *“una práctica o fenómeno que supone el uso o abuso de poderes y funciones públicas para generar indebidamente riqueza o beneficios privados.”*⁷ Los actores involucrados en estas prácticas pueden ser particulares, empresas privadas o multinacionales, y también, entes públicos como por ejemplo agentes estatales; siendo en este último caso en que el derecho fundamental de acceso a la información pública, basado en la garantía de libertad de expresión, cobra vital importancia.

Las medidas pro-transparencia en la función pública, adoptadas por un importante número de Estados, se fundamentan en el derecho de acceso a la información como parte integrante de la libertad de expresión, más aún, se considera un requisito indispensable para el debido ejercicio de las mismas. Tanto la libertad de expresión como el acceso a la información pública se encuentran en los pilares de la construcción de una teoría democrática, partiendo de la base de que la soberanía reside en la nación, quien por aplicación del pacto social la delega en las autoridades o gobernantes, cuya principal aspiración debe ser la consecución del bien común, por lo cual los

⁷ INFORME FINAL REUNION REGIONAL SOBRE TRANSPARENCIA, RENDICIÓN DE CUENTAS Y LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN AMERICA, “Sobre el campo: Transparencia, rendición de cuentas y lucha contra la corrupción”. 2004, p. 9

gobernantes están sujetos a la fiscalización de los ciudadanos y a eventuales responsabilidades administrativas, civiles o penales.

A partir del análisis de las disposiciones de la Convención Interamericana contra la Corrupción, se hace ostensible que la consecución de los objetivos buscados por ellas se logra mediante el establecimiento de medidas de publicidad en la Administración del Estado, lo cual se encuentra en directa relación con el derecho de cada ciudadano a la libertad de expresión, la cual comprende la facultad de investigar y recibir información, lo que, a su vez, desemboca en un ejercicio transparente de la función pública, que permita a la sociedad ejercer algún tipo de control sobre ésta y sobre la información y documentos referentes a intereses públicos.

Lo señalado precedentemente cobra suma importancia, toda vez que las primeras discusiones relativas al ejercicio de la libertad de expresión, en su aspecto de investigar y recepcionar información en poder de los órganos del Estado, surgen debido a episodios de corrupción en el ejercicio de la función pública.

1.3.4. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción fue adoptada el 31 de octubre de 2003, en Asamblea General de la ONU. Chile depositó la ratificación de este instrumento el 13 de septiembre de 2006. Fue promulgada mediante el Decreto N° 375 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 23 de noviembre de 2006 y su publicación en el Diario Oficial fue el 30 de enero de 2007.

En términos generales, se pronuncia desde la misma óptica que la Convención Interamericana, considerando la transparencia y probidad como los principales mecanismos destinados a prevenir actos de corrupción en el marco

del correcto ejercicio del derecho de acceso a la información en manos de los órganos del Estado.

1.4. CONTENIDO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA A LA LUZ DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES RATIFICADOS POR CHILE.

Del análisis de las disposiciones de los tratados internacionales vigentes en la materia, es posible extraer el contenido del derecho a la información como derecho fundamental, el cual se consagra bajo la frase *“buscar y recibir”* y guarda directa relación con la posibilidad que tienen las personas de acceder a determinada información, por lo cual se sustenta sobre la base de contenidos que son evaluados por el informado, debiendo cumplir con ciertos requisitos o exigencias mínimas que el receptor espera para adquirir una particular visión de acuerdo a su real saber personal.

Bajo esta perspectiva, el derecho de acceso a la información es un requisito previo para la formación de una opinión y su posterior difusión en ejercicio de la libertad de expresión. El derecho a la exteriorización de la opinión se consagra, internacional y nacionalmente, utilizando los verbos *“expresar y difundir”*, lo que se vincula con la facultad y posibilidad de comunicar lo que se piensa o cree en el fuero interno de cada individuo, es decir, con el poder de externalizar o dar a conocer informaciones o ideas, entendidas como creencias opiniones, proposiciones y juicios valorativos.

El objeto del derecho a la información es el mensaje, aquello que se transmite desde emisor a receptor.

De esta forma, es posible determinar las dos dimensiones de la libertad de expresión, las cuales deben ser interpretadas congruentemente para el ejercicio de este derecho, es decir, el derecho a expresarse o a manifestar

libremente opiniones no logra su plena consagración, si no existen receptores de las mismas, mientras que por otra parte, es imposible realizar una construcción personal respecto de una determinada realidad si se carece de la información básica respecto de la misma. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado la idea de que este derecho comprende no sólo el derecho y la libertad de expresar el propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole.

Sobre la base de esta idea, se ha sostenido que *“la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una colectiva. La Corte Interamericana ha agregado que si se restringe la libertad de expresión del individuo no es solo el derecho de ese individuo que esta siendo violado, sino también el derecho de todos a recibir informaciones e ideas. Hay, por tanto, dos dimensiones de la libertad de expresión: no ser menoscabado e impedido de manifestar el propio pensamiento y también el derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.”*⁸

Luego de sistematizar el contenido de la libertad de expresión en razón de los tratados internacionales ratificados por Chile en la materia, podemos señalar que el derecho de acceso a la información, como una dimensión de esta libertad, es aplicable en todos los ámbitos en que se desenvuelve la vida de la persona humana. No obstante ello, cobra especial relevancia en las relaciones a que da lugar la vinculación individuo - Estado, ya que el acceso a la información en manos de los órganos del Estado es un presupuesto básico para el control ciudadano respecto de la labor de sus representantes en el marco de un Estado de Derecho democrático.

⁸ HUMAN RIGHT WATCH, op cit. p. 31

1.4.1. Posibilidad de imponer restricciones al derecho de acceso a la información

El inciso 2° del artículo 13 de la Convención Americana de los Derechos Humanos prescribe:

“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 ley y ser necesarias para asegurar: el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, la protección de la seguridad nacional, el orden publico o la salud o la moral publicas”

Del contenido de esta disposición, se puede extraer que existen causales taxativas y restringidas para proceder a eventuales limitaciones a la libertad de expresión. Ello se debe principalmente a la valoración dada a la autonomía y dignidad del ser humano, como también, a la importancia que tiene el reconocimiento de este derecho en la consolidación de un Estado democrático.

Debe destacarse la imposibilidad de establecer mecanismos de censura previa respecto a la expresión de información, opiniones e ideas, lo cual implica que ante algún dicho o divulgación de información falsa, equivocada o de carácter eminentemente privado, la responsabilidad se determina con posterioridad al hecho que la generó. Es por ello que se afirma que *“en la medida en que se entienda que las responsabilidades que se pueden derivar del abuso de este derecho son responsabilidades civiles, no penales y ulteriores, no previas, nos encontramos frente a una restricción plausible y legítima al ejercicio de esta libertad. Por lo tanto, la censura previa debe ser totalmente excluida como mecanismo legítimo de restricción. Asimismo, son inadmisibles las limitaciones que consagran un privilegio especial para autoridades religiosas, judiciales, militares o políticas como tampoco aquellas que en los hechos*

*establezcan a priori que se puede leer, consumir o conocer por el resto de la sociedad.*⁹

La prohibición de censura, podría verse alterada sólo en virtud del artículo 27 de la Convención Americana, el cual hace referencia a estados de excepción, disponiendo:

“En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.”

Es posible observar que, a nivel internacional, se consagra el principio de la responsabilidad como legítimo contrapeso de la libertad de expresión, lo cual queda de manifiesto en el artículo 14 de la Convención Americana, que prescribe:

“Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.”

⁹ VIVANCO José Miguel, entrevista realizada por Matias Larraín y Andréa Repetto, p. 1, [en línea] <http://www.udp.cl/derecho/publicaciones/jmiguel_vivanco.pdf> [consulta: 13 marzo 2010]

En este sentido, se privilegia la idea de la responsabilidad ulterior por sobre un principio preventivo que utilice mecanismos de censura que puedan llevar a una desinformación y a un desincentivo de la participación ciudadana.

Por otra parte, las causales de restricción deben estar contenidas explícitamente en la ley, lo cual otorga seguridad jurídica al ejercicio del derecho. Bajo esta idea, en caso alguno, un reglamento, decreto o resolución pueden señalar restricciones, sean específicas o particulares, al ejercicio de esta prerrogativa, es por ello que *“a falta de texto expreso debemos, en consecuencia, sostener la tesis categórica de que prevalece el acto esencialmente público, como una consecuencia de que la administración del estado tiene en los términos mas absolutos y en las distintas posibilidades de actuar del estado, tanto en el caso legislativo como el ejecutivo, judicial o en el control, la característica genuina y fundamental de la publicidad.”*¹⁰

La primera causal de restricción al derecho de acceso a la información está dada por la posibilidad de **afectación de los derechos de terceros**. El derecho en cuestión puede colisionar con otro tipo de derechos fundamentales, como lo es por ejemplo el derecho a la privacidad o intimidad. Así, *“no todos los hechos pueden o deben ser comunicados (...). Está en la naturaleza de la información hacer públicas las cosas, pero, las cosas privadas no siempre deben ser tratadas públicamente a menos que tengan importancia pública: y los hechos protagonizados en el ámbito público, pero en calidad de persona privada, sin afectar o tener conexión con lo público, si así es requerido, deben quedar en el ámbito de lo privado.”*¹¹

Especial importancia cobra esta idea al analizar esta colisión de derechos respecto de las autoridades públicas, en relación a las cuales hay quienes

¹⁰ SILVA CIMMA, Enrique, Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Principios fundamentales del Derecho Público y Estado Solidario, Editorial Jurídica de Chile. 1996, p. 133.

¹¹ FIGUEROA María Verónica, op cit, p. 5

privilegian un derecho de acceso a la información por sobre la privacidad de la misma, señalado que *“las autoridades tienen menos privilegios y no más que los particulares, precisamente porque se encuentran en una posición de poder, que les permite un acceso privilegiado a los medios para defenderse fácilmente de la crítica.”*¹²

La línea divisoria ente el derecho a la privacidad e intimidad y el derecho a la información es bastante tenue, por lo que la prevalencia de uno u otro derecho va a estar dada por las características del caso particular y concreto, cualquier orden de prevalencia establecido a priori carece de la suficiente objetividad para dar una solución satisfactoria al asunto en cuestión.

Otras causales para el establecimiento de posibles restricciones son las que se enmarcan dentro del concepto de **orden público**, el cual es esencialmente variable sobre la base de parámetros geográficos y culturales de cada una de las naciones.

Las restricciones o limitaciones derivadas de esta causal deben ser absolutamente justificables atendiendo a valores que deben ser protegidos bajo el concepto de orden público, no pudiendo extender este concepto mas allá de su real contenido para establecer limitantes que excedan su ámbito de extensión. El orden público no tiene un contenido claramente delimitado ni establecido, sino es entregado por las circunstancias o contextos particulares dentro de los que se encuentre inmerso, de lo cual se deriva la importancia de que el contenido que le otorgue cada Estado no puede extenderse arbitraria y ampliamente, de tal forma que vulnere garantías fundamentales de las personas.

El derecho a la de acceso a la información pública puede, además, verse restringido por la **seguridad nacional**, es decir, con motivo de algún hecho o

¹² VIVANCO José Miguel, op cit, p. 3

suceso que afecte gravemente la integridad y unidad del Estado. En este ámbito podemos incluir toda situación que afecte las bases institucionales sobre las cuales se construyó un Estado, vulnerando gravemente los principios que inspiran su funcionamiento, como puede ser un conflicto armado de carácter interno o externo.

La **moral pública** es considerada otra causal para establecer una eventual restricción a la libertad de expresión. En atención a ésta se plantea el mismo problema tratado a propósito del orden público, el que consiste, principalmente, en la falta de delimitación del contenido dado al concepto, debido a la variabilidad que lleva implícito en si mismo. En virtud de esta causal se han prohibido expresiones que puedan incitar a la extrema violencia o afectar gravemente la identidad sexual de los menores de edad, como las prácticas de pornografía vinculadas a ellos.

Además de todas estas causales, la libertad de expresión se puede limitar en atención al numeral 5 del artículo 13, que se refiere a las restricciones impuestas en razón de lo que comúnmente se denomina la “**apología del odio**”. A su respecto dispone:

“Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.”

Las causales precedentemente descritas son las únicas admitidas por la Convención para limitar esta garantía fundamental, por lo que cualquier restricción impuesta fuera de este ámbito se encuentra en contravención a los

estándares internacionales vigentes y exigibles en materia de libertad de expresión y acceso a la información.

De esta forma, existen una serie de exigencias que deben ser cumplidas al momento de imponer limitaciones al derecho. *“En cuanto a los requisitos que debe cumplir una restricción en esta materia, en primer termino deben estar previamente fijadas por ley como medio para asegurar que no queden al arbitrio del poder público (...). En segundo lugar, la restricción establecida por ley debe responder a un objetivo permitido por la Convención Americana (...). Finalmente, las restricciones que se impongan deben ser necesarias en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar este objetivo, debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ser conducente para alcanzar el logro de este legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho.”*¹³

En esta línea, una limitación a la libertad de expresión debe ser:

- **Legítima**, es decir, establecida en virtud de una norma de jerarquía legal admisible en el marco del ordenamiento jurídico de un Estado.
- **Fundada**, toda restricción debe establecerse sobre la base de criterios de justificación aceptables en razón del bien o valor que se pretende proteger.
- **Proporcional**, la restricción debe ser de una magnitud equivalente al eventual perjuicio que sufriría un determinado bien o valor en caso de no implementarse la limitación.

¹³ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ Miguel Ángel, “El Principio constitucional de Publicidad”, p. 20, [en línea] < http://www.derecho.uchile.cl/jornadasdp/archivos/el_principio_constitucional_de_publicidad.pdf > [consulta: 24 abril 2010]

- **Necesaria**, la medida debe obedecer a criterios de imperiosa necesidad, es decir, no debe existir ningún otro mecanismo para evitar el perjuicio o daño dentro de una sociedad democrática.

1.4.2. Rol del derecho de acceso a la información pública en una sociedad democrática

El derecho de acceso a la información pública, en tanto derecho fundamental, nacional e internacionalmente reconocido, juega un importante papel en la construcción de un Estado democrático, lo cual queda de manifiesto al analizar, desde una perspectiva política y social, la directa relación existente entre los procesos de transición a la democracia y la creciente tendencia a la consagración expresa de la libertad de expresión en los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados.

El Tribunal Constitucional expresó que *“(...) el derecho de acceso a la información pública se encuentra reconocido en la Carta Fundamental –aunque no en forma explícita– como un mecanismo esencial para la vigencia plena del régimen democrático y de la indispensable asunción de responsabilidades unida a la consiguiente rendición de cuentas que éste supone por parte de los órganos del Estado hacia la ciudadanía. 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.”*¹⁴

¹⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, considerando 9, sentencia rol 634 del 2006.

Los derechos a la información y a la expresión son elementos fundamentales para ejercer el control social sobre la labor de la autoridad pública, la cual debe tender hacia la concreción del bien común de todos los ciudadanos, quienes a su vez deben participar en la construcción de una sociedad que respete los valores promovidos por un Estado democrático. Para llevar a cabo todo este proceso es imprescindible que se le reconozca a cada ciudadano su derecho a expresarse y a informarse de la realidad que lo rodea, lo cual le permite formarse una idea u opinión respecto del contexto en que se encuentra inmerso para ejercer abierta y ampliamente sus derechos fundamentales y participar dentro de la sociedad.

Desde esta perspectiva, la libertad de expresión, en sus dimensiones relativas a la emisión de la opinión y al derecho a la recepción de la información, representa el principal mecanismo de participación y control de la sociedad civil sobre sus gobernantes. *“La libertad de expresión es un valor que surge a partir del liberalismo clásico, según el cual se le reconoce al individuo los mecanismos y oportunidades para ejercer en plenitud sus derechos y al mismo tiempo el derecho a fiscalizar, controlar, examinar y conocer el ejercicio del poder por parte de la autoridad. La libertad de expresión, en su sentido pleno, es la mejor garantía para reducir las manifestaciones del autoritarismo, prevenir futuros abusos de poder, y al mismo tiempo, combatir la corrupción, que es prácticamente inherente al ejercicio del poder. El individuo tiene el derecho a ejercer libremente su rol en la sociedad, a participar libremente en ella como actor social relevante, informado, dando a conocer su pensamiento, a su vez tiene el derecho y el estado tiene el deber de permitirle el acceso a la información, libre de restricciones.”*¹⁵

¹⁵ VIVANCO, José Miguel, op cit, p. 1

El derecho a la información es la base para el desarrollo de un debate político, que permita la circulación de ideas entre los distintos actores sociales, lo cual es esencial en la construcción de un sistema democrático sólido. Especial importancia en el cumplimiento de esta tarea tienen los medios de comunicación social, quienes son los encargados de llevar al público la información que le permita formarse un juicio propio respecto de la realidad que les toca vivir.

La libertad de prensa es una importante herramienta para concretar el ejercicio del derecho a la información como un mecanismo de control social, ya que *“permite al público uno de los mejores medios para conocer la opinión y actitud de sus dirigentes políticos, formarse una opinión; y al mismo tiempo le permite a los políticos la oportunidad de reflexionar sobre la preocupación de la opinión pública; en definitiva permite a todos participar en un debate político abierto que es la base misma del concepto de sociedad democrática.”*¹⁶ En este aspecto cabe destacar la importancia de que la libertad de prensa se inserte dentro de un marco de pluralismo en los medios de comunicación que propicie la variedad de puntos de vista, posibilitando la obtención de información veraz e integral respecto de temas de relevancia social.

De esta forma, la libertad de expresión, como fundamento del derecho de acceso y difusión de la información, constituye un presupuesto esencial de un sistema democrático, posibilitando el flujo de información, el dialogo social y debate público en el marco de una sociedad que incentive la participación de cada unos de sus miembros.

¹⁶ HUMAN RIGHT WATCH, op cit, p. 36

1.5. ANÁLISIS DE LA CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN ATENCIÓN A LA NORMATIVA INTERNACIONAL VIGENTE

La libertad de expresión, como derecho fundamental, comprende dos aristas, por un lado implica la libertad de *emitir* o *expresar* opiniones o informaciones en cualquier forma y a través de cualquier medio, y por otro, comprende el derecho a *recibir* cualquier información proveniente de un hecho, una persona o un contexto determinado. “Los dos aspectos de este derecho “*buscar y recibir*”, así como “*expresar y difundir*” informaciones e ideas, están íntimamente vinculados.”¹⁷ En este sentido se refuerza la necesidad de consagrar ambos derechos como parte integrante de la libertad de expresión.

En el ordenamiento jurídico chileno, la libertad de expresión se encuentra consagrada en el artículo 19 N° 12 de la Constitución Política de la República, el cual prescribe:

“La Constitución asegura a todas las personas... N° 12. La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se comentan en ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado...”

Del análisis de este numeral podemos extraer las siguientes conclusiones:

1.5.1. Ausencia de consagración explícita del derecho de acceso a la información como derecho fundamental

¹⁷ Id., p. 30

En la Constitución Política de la República de Chile no se da una consagración explícita al derecho a “recibir información”, como parte integrante de la libertad de expresión, no siendo mencionado en parte alguna de la literalidad del artículo. No obstante ello, la doctrina y jurisprudencia han entendido que si bien no se consagra en forma expresa el derecho a recibir información, éste se encuentra implícitamente contemplado en la garantía de “libertad de expresión”. Así lo señala el Tribunal Constitucional en uno de sus pronunciamientos: *“que, si bien el texto definitivo de la Constitución de 1980 no recogió el referido inciso del anteproyecto constitucional que fue eliminado en el Consejo de Estado y, si bien en la letra de la Ley Fundamental no aparece consagrado expresamente el derecho a recibir las informaciones, éste forma parte natural y se encuentra implícito en la libertad de opinión y de informar, porque de nada sirven estas libertades si ellas no tienen destinatarios reales”*¹⁸

En la misma línea, se pronuncian una serie de convenios internacionales, ratificados por Chile, como lo son: La Convención Interamericana de Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, entre otros.

No obstante el reconocimiento que, doctrinaria y jurisprudencialmente, ha tenido el derecho a recibir información como parte integrante de la garantía constitucional analizada, en muchas circunstancias la falta de referencia expresa a este derecho ha ocasionado su vulneración y de cierta forma ha facilitado el mantenimiento de prácticas, consagradas muchas veces legalmente, que tienden al establecimiento o reserva de determinada información, particularmente aquella perteneciente a órganos integrantes de la Administración del Estado, la cual, por su naturaleza debe considerarse de público acceso y, sólo bajo la concurrencia de determinados supuestos o ciertas circunstancias, puede considerarse como reservada o secreta. En este sentido,

¹⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, considerando 19, sentencia rol 226 del 30 de octubre de 1995.

cabe señalar que una interpretación exegética y amparada en la literalidad de la garantía consagrada, puede llevar a situaciones que pueden afectar gravemente el desarrollo de un Estado de Derecho construido sobre bases democráticas.

1.5.2. Imposibilidad de restringir previamente la información emitida o expresada y consagración del principio de responsabilidad ulterior a la emisión de la información u opinión.

La Carta Fundamental proscribire la posibilidad de censura previa, consagrando como adecuado contrapeso de la libertad de expresión el “principio de responsabilidad”, es decir, la responsabilidad ulterior por los dichos emitidos por una persona, no pudiéndose en caso alguno establecer mecanismos de censura previa que restrinjan el ejercicio de este derecho. Esta misma idea es reforzada por la Ley N° 19.733, sobre libertades de opinión e información en el ejercicio del periodismo, que en su artículo 1° dispone:

“La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, constituyen un derecho fundamental de todas las personas”.

A pesar de este reconocimiento, cabe señalar que, por lo general, se presentan conflictos entre el derecho a la libertad de expresión y otros derechos fundamentales, principalmente el derecho a la honra y a la intimidad de las personas consagrado en el numeral 4° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, el cual es, a su vez, reforzado por la Ley N° 19.628, relativa a la protección de datos personales, la cual en su artículo 1° prescribe:

“El tratamiento de los datos de carácter personal en registros o bancos de datos por organismos públicos o por particulares se sujetará a las disposiciones de esta ley, con excepción del que se efectúe en ejercicio de las libertades de emitir opinión y de informar, el que se regulará por la ley a que se refiere el artículo 19 N° 12, de la Constitución Política”

Del análisis de ambas garantías constitucionales, se desprende que tanto la libertad de expresión como el derecho a la honra, al menos teóricamente, tienen delimitado su campo de acción: al terminar el ámbito de uno comienza el del otro. Sin embargo, la práctica hace dudar de esta clara delimitación, ya que la línea divisoria entre ambos derechos resulta muy tenue; y la prevalencia del derecho a la información por sobre el derecho a la intimidad de cada persona, o viceversa, la preferencia de este último por sobre el derecho a la información debe examinarse caso a caso, en virtud de las circunstancias concretas que ofrezca un determinado contexto. Los conflictos entre ambos derechos son bastantes frecuentes, por lo que la labor interpretativa del juez resulta de vital importancia al momento de la ponderación del valor dado a estos derechos en el caso concreto.

No obstante ello, esta situación se presenta, o debiera presentarse únicamente entre particulares que se encuentran en igualdad de situaciones, y no en las relaciones Estado - individuo, en la que el derecho a la información debe prevalecer como regla general, ya que en un Estado construido sobre bases democráticas resulta inadmisibles que éste, mediante su poder coactivo, prive, amenace o perturbe de forma arbitraria o ilegal, la libertad de expresión, en cada una de las dimensiones en que ésta se presenta.

Es por ello que el Estado, en virtud de los caracteres dados a la libertad de expresión por la norma constitucional, no puede interferir en la libertad de los individuos a emitir y dar a conocer sus opiniones, como tampoco debe imponer restricciones arbitrarias para el acceso a la información, debido a su rol de garante del bien común. Sin embargo, es menester que este derecho sea ejercido con la responsabilidad que impone la sana convivencia democrática.

CAPÍTULO II
“VALOR EN EL DERECHO INTERNO DE LOS TRATADOS
INTERNACIONALES RATIFICADOS POR CHILE EN MATERIA DE
DERECHO A LA INFORMACIÓN”

2.1. DICOTOMÍA DERECHO INTERNACIONAL / DERECHO INTERNO.

2.1.1. Derecho interno o nacional

Entendemos por Derecho interno el conjunto de normas o reglas jurídicas que regulan las relaciones entre individuos o instituciones o de éstos con el Estado.

Cada una de las naciones, en tanto Estados política y socialmente organizados, se han dado una estructura o esquema sobre cuya base se han constituido como tales. Es así como podemos observar una gran variedad de regímenes y formas de gobierno que obedecen a la realidad particular de cada Estado nación.

El fundamento de esta organización estatal particularizada se encuentra en la idea de soberanía, entendida como *“la capacidad de tomar decisiones imperativas respecto de la población y los recursos que se encuentran dentro del territorio de un Estado.”*¹⁹

En una primera etapa, el concepto de soberanía se asoció al **sistema monárquico**. El rey ocupaba una posición preeminente en la extensión política y territorial de su reino. Esta idea se ve reforzada por la tendencia a fusionar los temas políticos y religiosos, por lo que se considera que las facultades o prerrogativas de mando de que goza el rey son de origen divino.

¹⁹ MOLLER UNDURRAGA Francisca, “La Responsabilidad de proteger”, p. 2 [en línea] <<http://www.revistamarina.cl/revistas/2003/3/moller.pdf>> [consulta: 01 mayo 2010]

Con posterioridad, surgen una serie de pensamientos de corte político, fusionados bajo el denominado **constitucionalismo moderno**, que propugnan la teoría del pacto social y la separación de poderes.

La **teoría del pacto social** viene a modificar la titularidad de la soberanía, ya que ésta pasa a radicarse en la nación, es decir en el conjunto de los miembros de un Estado, quienes la delegan en sus representantes o gobernantes para su ejercicio, en la búsqueda del bien común para la colectividad. Esta alteración en la titularidad marca un importante cambio en la forma de fundamentar y ejercer el poder, ya que se dejan atrás ideas relativas a un poder concentrado y basado en una disposición divina, aceptando una tendencia más antropocéntrica que tiende hacia el reconocimiento de la persona humana como sujeto capaz de dirigir su destino, asumiendo el rol de receptor de la facultad de autodeterminación. El poder otorgado al gobernante es una delegación realizada por los miembros de la nación para lograr una organización social, política y jurídica tendiente a la consecución de los objetivos generales perseguidos por la comunidad.

Por su parte, la **teoría de la separación de poderes**, concordante con la idea relativa a la soberanía como prerrogativa de la nación, se sustenta en las ideas liberales de desconcentración en el ejercicio del poder. El principal objetivo de esta teoría es establecer un sistema de contrapesos en la titularidad del poder para evitar posibles abusos o excesos a que puede llevar la concentración del poder de mando en un solo órgano, lo que a su vez lleva implícito mayor participación y vías de acceso de los ciudadanos al gobierno.

Derivado de lo expuesto, se puede concluir que la soberanía tiene una enorme importancia como fundamento de la organización del Estado, la cual se materializa en los distintos poderes que la componen y en los actos que cada uno de ellos ejecuta.

La Constitución Política de la República es el instrumento formal en que se materializa la soberanía como prerrogativa o poder estatal. Está tratada en el Capítulo I, titulado “Bases de la Institucionalidad”, específicamente en el artículo 5°, que prescribe:

“La soberanía reside esencialmente en la nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”

Del análisis de la disposición constitucional es posible extraer las siguientes conclusiones:

➤ **Expresa consagración de la soberanía nacional:** En este aspecto se presenta la discusión en torno a si la soberanía reside en la nación, entendida como un grupo humano unido por una serie de caracteres que se vinculan estrechamente, tales como el territorio, la cultura, el lenguaje, los cuales proporcionan una identidad y un sentido de pertenencia de cada individuo para con el cuerpo social; o bien, reside en el pueblo, entendido como sociedad en términos concretos, es decir, como un conjunto de personas que se desenvuelven dentro de ciertos límites geográficos durante un periodo determinado.

Quienes señalan que la soberanía reside esencialmente en **el pueblo** sustentan su opinión en que es el pueblo, en tanto conjunto de personas, quien elige a los gobernantes para que ejerzan la función pública.

Desde otra perspectiva se entiende que **la nación**, en tanto ente abstracto, que proporciona el vínculo entre una persona y un territorio determinado, es el titular de la soberanía. *“El inciso 1° de este artículo (artículo 5°) se refiere al titular y al modo de ejercicio de la soberanía, estableciendo un sistema de soberanía nacional, al señalar que el poder político reside en la nación, entendida como lo hacen los autores de la Escuela Francesa, es decir, tomando en cuenta a los presentes, a los que ya no están y a los del futuro.”*²⁰

A este respecto, la Constitución Política de la República hace una diferenciación entre ejercicio y titularidad de la soberanía, prescribiendo expresamente que la titularidad de la soberanía reside en la nación, lo cual no implica que su ejercicio quede radicado en ella, pues existe una clara separación entre lo que es la titularidad y el ejercicio concreto y práctico de una facultad o prerrogativa.

➤ **Ejercicio de la soberanía:** La disposición constitucional señala expresamente que el ejercicio de la soberanía reside en el pueblo, es decir en el conjunto de personas que habitan un territorio y que conforman una sociedad. La radicación del ejercicio de esta prerrogativa se entiende considerando que la nación, en tanto ente abstracto, se encuentra incapacitada para ejercerla. De esta forma, la práctica o ejecución de la soberanía corresponde al pueblo, como principal componente y sustento del concepto de nación.

²⁰ VIVANCO Ángela, “Curso de derecho constitucional, Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980, Ediciones Universidad Católica de Chile, tomo II. 2006, p. 90

➤ **Mecanismos de ejercicio de la soberanía:** En relación al ejercicio de la soberanía efectuado por el pueblo, se presentan dos medios de ejecución: plebiscito y elecciones periódicas.

La Constitución establece la convocatoria a **plebiscito**, en tanto manifestación de la voluntad general, a propósito de la tramitación de proyectos de reforma a la Constitución. Así, el artículo 128 prescribe:

“El proyecto que aprueben ambas Cámaras pasará al Presidente de la República. Si el Presidente de la República rechazare totalmente un proyecto de reforma aprobado por ambas Cámaras y éstas insistieren en sus totalidad por las dos terceras partes de los miembros en ejercicio de cada Cámara, el Presidente deberá promulgar dicho proyecto, a menos que consulte a la ciudadanía mediante plebiscito”

Las **elecciones periódicas** se manifiestan cada cierto tiempo, siendo instancias en que la ciudadanía puede escoger a sus representantes, a través del ejercicio de su derecho a sufragio, para el cual se requiere cumplir con algunos requisitos que posibiliten su ejercicio. En este punto se han presentado críticas entorno a la forma de garantizar que la voluntad expresada por el pueblo tenga el carácter de generalidad y al nivel de representatividad a que obedecen las distintas alternativas y los distintos medios de elección. Sin embargo, hay que tener presente que desde un punto de vista práctico es imposible un ejercicio directo de la soberanía por parte del pueblo, como tampoco es posible que la voluntad del pueblo que se manifiesta a través de una elección, sea general en el sentido literal y explícito del término.

La Constitución atribuye también el ejercicio de la soberanía a las autoridades que el mismo cuerpo normativo establece. Esta atribución se refiere a autoridades que reciben esta prerrogativa directamente de la Constitución.

➤ **Limitaciones a la Soberanía estatal:** El ejercicio de la soberanía reconoce como límites los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, consagrados en la Constitución Política de la República y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Esta disposición guarda directa relación con la finalidad que se le atribuye al Estado, la cual consiste en constituirse al servicio de la persona humana en calidad de garante del bien común. Esta idea se consagra explícitamente en el inciso 3° del artículo 1° de la Constitución Política de la República, el cual dispone:

“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto de los derechos y garantías que esta Constitución establece.”

El Estado, en tanto garante del bien común, debe tener especial consideración hacia los derechos fundamentales de cada persona, entendidos como facultades inherentes al ser humano, y que están reconocidos por el ordenamiento constitucional, principalmente los referentes a la protección de la vida, las libertades -entre las que contamos la libertad de expresión-, la igualdad y la no discriminación, exigiendo el respeto de los mismos, y dando la posibilidad de declarar su cumplimiento coactivo en caso de desconocimiento o violación.

La Constitución establece dos formas en que puede expresarse el contenido material de los derechos fundamentales: a través de ella misma,

entendida como la Carta Fundamental de un Estado, y por medio de los tratados internacionales que versen sobre la materia. Estos últimos plantean un problema a la luz del concepto tradicional de soberanía, pero es evidente que los derechos humanos, tienen que ser consagrados y protegidos no sólo por el ordenamiento jurídico interno para que sean eficaces. Gracias a los tratados internacionales, se avanza en un reconocimiento que excede de las fronteras nacionales.

Para que un instrumento internacional pueda actuar como limitante de la soberanía estatal deben cumplirse los siguientes requisitos:

- i) **Debe tratarse de un tratado internacional**, el cual es definido en el artículo 2.1.a) de la Convención de Viena como *“un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya sea que conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos, cualquiera sea su denominación particular.”*
- ii) **Referirse a derechos humanos o fundamentales**, los cuales podemos conceptualizar como aquéllos que son propios de las personas por el solo hecho de su condición humana, de carácter inalienable e igualitario.
- iii) **Estar ratificado por Chile**. La ratificación es definida en el artículo 2.1.b) de la Convención de Viena, como el *“acto internacional por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado.”*
- iv) **Estar vigente en el ordenamiento jurídico**, lo cual implica que el tratado haya sido aprobado por el Congreso Nacional, y posteriormente sancionado y promulgado por el Presidente de la República, para finalmente ser publicado en el Diario Oficial.

2.1.2. Derecho Internacional Público

Se entiende por derecho internacional público el conjunto de normas que rigen las relaciones entre Estados, y entre éstos y determinados organismos internacionales. El surgimiento y posterior desarrollo del derecho internacional público ha sido bastante lento y conflictivo, pues posee una serie de cualidades que lo hacen colisionar con el concepto de soberanía de los Estados, principalmente, porque el derecho interno de los Estados se caracteriza porque sus normas, con carácter general, emanan, por ejercicio soberano, de instituciones determinadas y se imponen a los destinatarios, siendo posible la aplicación coactiva; en cambio, el derecho internacional surge de la coordinación y acuerdo entre los diversos sujetos y no existe un mecanismo consolidado de aplicación coactiva del derecho.

Entre las principales características del Derecho Internacional Público podemos mencionar:

1) Se trata de un derecho de coordinación. El derecho internacional supone el desarrollo de las relaciones interestatales en un plano de armonía y de cooperación mutua entre los Estados. Para lograr estos objetivos se debe dar especial consideración al hecho de que los Estados se encuentran en una misma categoría, todos gozan de soberanía particular, por lo que estamos frente a una relación “entre iguales”, que excluye cualquier tipo de jerarquización.

2) Se trata de un derecho incompleto. Este carácter se materializa en que su cumplimiento está sujeto a la discrecionalidad y arbitrariedad de cada Estado, ya que no existe forma de coaccionar a un Estado para el cumplimiento de una obligación internacional particular. Lo precedentemente expuesto es la razón principal para considerar la buena fe como un principio fundamental en derecho internacional.

3) Dificultad o imposibilidad de imponer sanciones ante el incumplimiento de determinadas obligaciones internacionales. No existe un órgano capaz de imponer sanciones ante un incumplimiento particular de un Estado. Por excepción, ello actualmente es factible frente a determinados acuerdos internacionales que versan en materias de tal trascendencia e importancia en relación a la persona humana que una violación a alguna de las disposiciones de estas convenciones puede ser sancionada internacionalmente a través de órganos con jurisdicción para ello. No obstante, para que esto sea posible, se requiere que el Estado haya ratificado el convenio o tratado en cuestión, incorporándose de esta forma a su derecho interno.

2.1.2.1. Los tratados internacionales como fuente de derecho internacional público

Entre las fuentes del derecho internacional público encontramos la costumbre internacional y los principios generales del derecho, fuera de la doctrina y jurisprudencia de órganos internacionales. No obstante ello, en atención a su posibilidad de vinculación y a las formalidades a que se sujeta, la principal, y fuente por excelencia de este derecho, son los tratados internacionales.

Se entiende por tratado internacional un acuerdo o convención entre dos o más Estados que consta en instrumento formal, y que da origen a una obligación internacional.

Como ya se ha mencionado, las características particulares del derecho internacional justifican la importancia que en este derecho tiene la buena fe, consagrada en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, que contiene el principio del “pacta sunt servanda”, señalando que:

“Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.”

Esta norma debe interpretarse en forma conjunta con el artículo 27 y artículo 46 del mismo cuerpo normativo. El artículo 27 señala:

“Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”

Por su parte, el artículo 46 expresa:

“1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.”

Del análisis de las disposiciones citadas, es posible concluir que sólo es admisible, desde un punto de vista internacional, un incumplimiento fundado en la vulneración de una norma esencial para el derecho interno, lo que, por consiguiente, debe traducirse en una importante afectación a la institucionalidad estatal como resultado del ejercicio de su poder soberano. Pero, a pesar del incumplimiento y de la afectación al derecho interno, el Estado debe proceder de buena fe.

2.1.3. Conflictos entre derecho internacional y derecho interno

El artículo 26 de la Convención de Viena, sobre derecho de los tratados, consagra el principio de “pacta sunt servanda”, relativo a la buena fe como principio fundamental en el cumplimiento de un tratado.

En este sentido, puede presentarse un conflicto entre el derecho o las tendencias con prevalencia en la comunidad internacional versus las normas vigentes en el derecho interno de cada Estado. La discusión en torno a este problema no se encuentra aún totalmente zanjada, lo cual resulta bastante comprensible atendiendo a la naturaleza del conflicto, pues es muy difícil dar una solución definitiva a una contraposición que puede presentarse sobre diversas materias y en diferentes contextos.

En este orden, podemos encontrar visiones con una fuerte **tendencia nacionalista**, que velan por la primacía del derecho interno, basándose fundamentalmente en que, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico nacional, los tratados internacionales poseen un rango legal, conforme a la tramitación a que se someten para su posterior recepción, lo que implica que en caso alguno pueden contravenir normas constitucionales y es posible su derogación por una norma de igual rango en el derecho interno, es decir, por una ley. En este sentido, el Tribunal Constitucional, por sentencia del 21 de diciembre de 1987 expresó que *“las normas constitucionales en el orden interno prevalecen sobre las disposiciones de los tratados internacionales ley”* y la Corte Suprema declaró, por sentencia del 19 de julio de 1988, que *“el ejercicio de un recurso jurisdiccional de carácter constitucional, como es el de protección, no puede quedar sin aplicación respecto de funcionarios diplomáticos, atendiendo que lo dispuesto en la Carta Fundamental prevalece respecto de las*

*prerrogativas establecidas en tratados internacionales que conforman el ordenamiento jurídico regular*²¹

Existe otra posición que otorga prevalencia al derecho internacional público por sobre el interno, en virtud de conceptos como la comunidad internacional, la cooperación internacional y la creciente interacción entre la vida jurídica de los Estados. Desde este punto de vista, se señala que existe la prohibición para los Estados de *“dejar sin efecto un instrumento de derecho internacional a través de un mecanismo que no esté contemplado en ese mismo instrumento o, en subsidio, en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que establece una lista taxativa de causales y modos de rescindir una obligación asumida internacionalmente. El incumplimiento por un Estado, a sabiendas de estarse apartando de las disposiciones de un tratado cuando corresponde aplicarlo al caso concreto, supone no solo una presunción de mala fe respecto del deber establecido en el artículo 26 de la Convención de Viena, sino también implica, tácitamente, dejar sin efecto una norma de derecho internacional por medios ilegales, de acuerdo a lo ya expuesto*²²

Esta tendencia tiene actualmente una gran consideración en derecho comparado, particularmente en la Unión Europea, donde se ha destacado en el carácter autónomo del derecho comunitario frente a los derechos internos de los Estados que integran la comunidad, el que queda integrado a los ordenamientos internos, siendo vinculante para los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.

Desde la óptica del derecho nacional, podemos sostener que el desarrollo respecto al valor dado a la norma internacional, es menor, pues no existe un

²¹ Fallos citados en BENADAVA Santiago, “Derecho Internacional Público”, Editorial Jurídica de Chile, 1989, 3ª edición, p. 75 y 76.

²² VOIGHT Alejandra, “Hacia una Primacía del Derecho internacional”. Revista Instituto Libertad N° 12. 2007. [en línea] < http://www.institutolibertad.cl/i_12.htm > [consulta: 12 febrero 2010]

sistema internacional consolidado que permita sancionar los incumplimientos en forma categórica. Hasta ahora, las sanciones dadas ante un incumplimiento de este tipo se traducen, principalmente, en el daño de la imagen y credibilidad del Estado ante la comunidad internacional, lo que, indirectamente, puede perjudicarlo pues se reduce la posibilidad de establecer relaciones futuras con los demás Estados.

No obstante, el valor normativo dado a los compromisos internacionales en el ordenamiento jurídico nacional, ha aumentado gradualmente conforme se han recepcionado las tendencias internacionales en la materia, inspiradas en la necesidad y conveniencia de una relación armónica entre los sujetos de derecho internacional. Lo anterior se ve, por ejemplo, ratificado en el inciso 5° del N° 1 del artículo 54 de la Constitución Política de la Republica, modificado por la reforma constitucional de 2005, que expresa:

“Las disposiciones de un tratado solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales del derecho internacional.”

Sin duda esta disposición constitucional denota un reconocimiento expreso en el ordenamiento jurídico interno al respeto de las normas de derecho internacional.

En el derecho internacional, los tratados internacionales son la principal fuente de derecho, por lo que su validez es innegable, pero ello no ocurre del mismo modo al interior de los Estados, quienes en virtud de las facultades emanadas de su soberanía, tienen una organización interna que implica que para quedar obligados se haga necesario que él mismo recurra a un proceso de aprobación, que él establece, para que el convenio internacional sea recepcionado en su ordenamiento, siendo voluntario para los Estados

someterse a este procedimiento de incorporación del acuerdo a su derecho interno.

En el Estado chileno, la incorporación de un tratado internacional, se realiza mediante la participación del poder legislativo y del ejecutivo, y bajo similares criterios o parámetros seguidos para la aprobación de una ley. Al respecto, procede citar los incisos 1° y 2° del artículo 54 N° 1 de la Constitución Política de la República:

“Son atribuciones del Congreso:

*N° 1. Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara, de los quórum que corresponda, en conformidad al artículo. 66, y se someterá en lo pertinente a los **trámites de una ley.***

El Presidente de la República informará al Congreso sobre el contenido y el alcance del tratado, así como de las reservas que pretenda confirmar o formularle.”

En mérito de lo expuesto, podemos concluir que los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico nacional tienen jerarquía o rango legal. No obstante, es importante reconocer el surgimiento de una tendencia que busca dar mayor protagonismo a la norma internacional en el derecho interno de los Estados, lo cual es bastante conveniente atendiendo a procesos de integración que viven los sujetos de derecho internacional, los cuales se enmarcan dentro de un contexto de globalización e interconexión entre los distintos Estados.

Bajo esta perspectiva, el inciso 5° del artículo 54 N° 1 de la Constitución Política de la República está reconociendo el valor del tratado como fuente

derecho internacional, es decir, consagra expresamente que, por su naturaleza y origen, las disposiciones de un tratado en particular solo pueden ser modificadas por acuerdo entre todos los Estados parte del mismo, no procediendo modificaciones de tipo unilateral. En conclusión, el Estado no puede alterar unilateralmente de un tratado internacional, pero queda a salvo su facultad para decidir sobre la integración al mismo y sobre el valor que le asignará en su ordenamiento jurídico interno.

2.2. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO LÍMITE A LA SOBERANÍA ESTATAL

Los Convenios internacionales en materia de derechos humanos han sido suscritos y ratificados por un número importante de Estados. Estos tratados tienen su origen en la necesidad de protección a los derechos entendidos como indispensables para el desarrollo de la persona humana, tanto en el plano individual como social, los cuales se han visto vulnerados en muchas ocasiones a lo largo de la historia. Es por ello, que los Estados han manifestado su intención de proteger, promover y garantizar el ejercicio de estos derechos.

Los tratados que versan sobre la materia, en atención a su naturaleza, a su necesidad y fundamento, ejercen una notable influencia respecto a los Estados democráticos actuales, debido a que los derechos fundamentales son considerados como *“un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad; la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por el orden jurídico a nivel nacional o internacional.”*²³

Es innegable la atenuación que han recibido las ideas de soberanía y no intervención estatal, lo cual ha quedado demostrado íntegramente a lo largo de

²³ SQUELLA NARDUCCI Agustín, op cit, p. 159.

la historia. Los derechos humanos, dada su especial relevancia para todas las personas, deben considerarse como una limitación a la soberanía estatal, ya que una violación o vulneración de los mismos es un daño enorme cometido contra una persona o grupo de éstas, que a su vez son parte de una comunidad internacional, la cual no puede permanecer pasiva ante situaciones que vulneren la dignidad del ser humano en su dimensión más profunda.

Actualmente existe un consenso mayoritario, para aseverar que los tratados internacionales que ratifica el Estado chileno tienen valor legal en el ordenamiento jurídico interno. Pero esta afirmación no es del todo clara ni generalizada al analizar el valor de los convenios internacionales que consagran derechos fundamentales de la persona humana. En este sentido, la discusión se basa principalmente en la interpretación que recibe el artículo 5° de la Constitución Política de la República. Sin embargo, la consideración dada a los derechos humanos como limitantes a la soberanía estatal, no emana de la formalidad utilizada para consagrar positivamente estos derechos, sino de su aspecto material o de contenido, es decir, no son limitaciones por estar contenidos en un tratado internacional ni por estar enumerados en la Constitución, sino por la materia sustancial que abordan.

Dentro del contexto latinoamericano, existen normas que reconocen a los derechos fundamentales como límites al ejercicio del poder soberano de un Estado, demostrando la trascendencia del tema y reconociendo los efectos que los procesos de globalización e integración tienen en los ordenamientos jurídicos internos de cada uno de los Estados. Así, *“el artículo. 46 de la Constitución de Guatemala de 1985, consagra como principio general en materia de derechos humanos, que los tratados y convenciones aceptados y ratificados por ese país tienen preeminencia sobre el derecho interno. Todavía mayor fuerza se observa en el artículo 105 de la Constitución peruana de 1979,*

*pues en el mismo se establece que los preceptos contenidos en los tratados relativos a los derechos humanos tienen jerarquía constitucional y no pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige la reforma de la Constitución*²⁴. La constitución peruana, reconoce expresamente no sólo la superioridad jerárquica de la norma sustantiva internacional de derechos humanos, sino que esta idea se ve reflejada también en el orden adjetivo o procesal de la norma, el cual deja de manifiesto que los requisitos de forma, en cuanto a la modificación de la misma, se equiparan a los de la norma constitucional.

La tendencia precedentemente expuesta también se observa en el artículo 7° de la Constitución colombiana de 1991, el cual prescribe:

“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”

Podemos observar cómo los distintos países latinoamericanos han sido receptores de esta tendencia hacia el reconocimiento del derecho internacional, en su dimensión referente a los derechos humanos, como un límite o un contrapeso importante al momento de la definición de sus líneas de actuación como países soberanos.

El Estado chileno tampoco ha estado ajeno a las influencias ejercidas por los estándares internacionales seguidos en materia de derechos humanos, lo

²⁴ FIX-ZAMUDIO Héctor, “ El derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de derechos humanos”, p.148, [en línea] <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/1/art/art5.pdf> > [consulta: 10 abril 2010]

cual se palpa en el artículo 5° de la Carta Fundamental, que reconoce expresamente que los derechos fundamentales son considerados un límite a la soberanía del Estado. Sin embargo este tema ha sido objeto de largo y encendido debate en la doctrina nacional, pero en la actualidad existe cierto consenso en la superioridad jerárquica de los tratados internacionales que versan sobre derechos humanos frente a las disposiciones legales. *“Todos los miembros de la Comisión -en referencia a los constituyentes- reconocen, por cierto, y en esto la doctrina y jurisprudencia son uniformes, que los tratados son superiores en jerarquía que las leyes, a pesar que los primeros estén sometidos en su formación a los trámites de una ley, y sean en efecto aplicados como ley de la República, lo cierto es que en la Constitución original, no cabe duda que los tratados fueron considerados de inferior rango a la Constitución. Esa es la razón por la cual y, a propósito de la reforma constitucional antes descrita, precisamente al tenor de la tendencia actual del derecho comparado, un sector de la doctrina consideró que se le pretendió dar rango constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos...”*²⁵

La consecuencia práctica de este reconocimiento hacia las normas de derecho internacional, implica que en materia de derechos humanos, todos los Estados que han ratificado los tratados en cuestión se encuentran obligados a adaptar sus legislaciones internas a las disposiciones de dichos convenios. En este sentido, cada uno de los derechos consagrados en las disposiciones de las convenciones, entre ellos el derecho de acceso a la información pública, deben ser reconocidos por los Estados como derechos fundamentales, debiendo adoptar todas las medidas tendientes en lo referente a su protección, respeto y promoción.

²⁵ VIVANCO Ángela, op cit., p 95.

La libertad de expresión y el derecho de acceso a la información son considerados derechos humanos, y como tales han sido objeto de consagración internacional. El Estado de Chile ha suscrito y ratificado múltiples convenios que comprenden ese derecho y contienen, entre otras obligaciones positivas y negativas, la obligación de que el Estado adecue su ordenamiento jurídico interno a las disposiciones contempladas en el respectivo instrumento internacional.

Luego de analizar la dicotomía entre el derecho internacional e interno de los Estados y la consideración de los derechos fundamentales como límites a su soberanía, y por ende a su ordenamiento jurídico interno, debemos determinar el tratamiento que en Chile se ha dado a la normativa internacional en la materia, para establecer cuál es la regla general aplicable al reconocimiento a nivel interno del Estado.

2.3. DETERMINACIÓN DE LA JERARQUÍA CON LA CUAL SE INCORPORAN LOS TRATADOS INTERNACIONALES QUE VERSAN SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA A NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

Teniendo como presupuesto básico que el derecho a la información pública es un derecho fundamental, atendiendo a su naturaleza y a su consagración expresa en diversos tratados sobre derechos humanos, se debe determinar cuál es el valor jerárquico de estos convenios en el ordenamiento jurídico nacional.

La determinación de la jerarquía de los tratados internacionales sobre derecho a la información, como derecho fundamental, en el ordenamiento nacional es un tema de bastante trascendencia, ya que del distinto tratamiento que se le dé pueden emanar una serie de consecuencias, las cuales se traducen, en términos prácticos, en un menor o mayor reconocimiento dado al

derecho a la información en relación con otros aspectos tocantes a la organización y a la institucionalidad nacional.

Conforme a lo descrito, existen principalmente tres tendencias relativas a la jerarquía de estos tratados en el ordenamiento jurídico nacional. Una primera teoría señala que este tipo de convenios tienen una **jerarquía legal**, visión sustentada sobre la base del principio de la soberanía estatal como fundamento de la organización de un Estado; otra tesis defiende que el valor que ocupan estos tratados en el ordenamiento es similar a las **disposiciones constitucionales**; y por último, son considerados por algunos como superiores a la norma constitucional con un carácter de **supranacionalidad**.

2.3.1. Los tratados internacionales de derechos humanos tienen rango legal

Esta posición se apoya en fundamentos nacionalistas provenientes del concepto clásico de soberanía, como también en aspectos más bien formales de la aprobación, ratificación y suscripción de los tratados. Se caracteriza principalmente por la aplicación irrestricta de la regla general relativa a los tratados internacionales, sin realizar distinciones entre éstos sobre la base de su contenido de fondo.

Se argumenta que el procedimiento formal que siguen los tratados internacionales, cualquiera sea su categoría y materia, se ajusta a las etapas de formación de una ley, sea ésta de quórum calificado, orgánica constitucional u ordinaria. De esta forma, en virtud del artículo 54 N° 1 de la Constitución Política de la República, se requiere la aprobación del Congreso para la suscripción de un tratado internacional presentado antes de la ratificación hecha por el Presidente de la República. Esta disposición debe armonizarse con el artículo

32 N° 15 del mismo cuerpo normativo, el cual señala entre las atribuciones del Presidente de la República:

“N° 15 Conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, y llevar a cabo las negociaciones; concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme al artículo 54 N° 1...”

De esta forma son necesarios los siguientes requisitos para la ratificación de un tratado internacional en el ordenamiento jurídico interno de Chile:

- i) Representación del Estado en la negociación con otros Estados**, función que corresponde en primer término al Presidente de la República, también puede recaer, en algunos casos, en el Ministro de Relaciones Exteriores.
- ii) Aprobación del Congreso**, en virtud del artículo 54 N° 1 de la Constitución. Durante este proceso, por disposición del inciso 3° *“el Congreso podrá sugerir la formulación de reservas interpretativas a un tratado internacional (...) siempre que ellas procedan de conforme a lo previsto en el propio tratado o en las normas generales de derecho internacional.”*
- iii) Ratificación hecha por el Presidente de la República.**
- iv) Promulgación por el Presidente de la República.**
- v) Toma de razón del decreto promulgatorio por la Contraloría General de la República.**
- vi) Publicación del decreto supremo promulgatorio y del texto del tratado respectivo.**

Cualquier controversia relativa a la constitucionalidad que se produzca en la tramitación de un tratado es de competencia del Tribunal Constitucional.

Las etapas descritas son similares a las que se llevan a cabo durante la tramitación de un proyecto de ley, teniendo participación los mismos órganos del Estado enmarcados en fases de tramitación similares y bajo los mismos mecanismos de control.

La tesis que analizamos la podemos considerar de fuerte tendencia formalista, pues nunca hace alguna mención al contenido o fondo de los tratados en materia de derechos humanos como un criterio importante a considerar en su reconocimiento.

Para sustentar esta idea, además se hace referencia a las Actas de los Constituyentes, donde se dejó constancia que habían integrantes que eran partidarios de la siguiente redacción para el inciso 2° del artículo 5° de la Constitución:

“En el orden interno, la soberanía no reconoce otras limitaciones que las que impone esta Constitución, especialmente en lo relativo a las garantías fundamentales. Toda delegación de soberanía en organismos supranacionales que tengan como finalidad asegurar la paz y la justicia será materia de ley.”²⁶

En virtud de esta posición, los tratados internacionales en materia de derechos humanos no pueden apartarse de la norma constitucional, es decir ante una eventual contradicción debe preferirse a ésta última; por otra parte, este rango jerárquico implica que estas convenciones pueden ser derogadas por la legislación interna posterior de cada Estado, es decir, no podría exigirse un cumplimiento de los tratados en vigor, ya que éste estaría supeditado a la

²⁶ Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sesión N° 48, p 8.

voluntad soberana del Estado consistente en no dictar una norma posterior de igual rango que derogue la norma internacional.

Siguiendo esta línea, se pronuncia la Corte Suprema, al declarar que *“la exigencia constitucional de que intervengan en la aprobación de los tratados los cuerpos legislativos, hace que sean verdaderas leyes, ya que en su generación, desarrollo y promulgación oficial se reúnen todos y cada uno de los elementos constitutivos de la ley.”*²⁷

Si consideráremos a los tratados internacionales de derechos humanos como leyes de la República, tendríamos que aplicarles los requisitos de forma y fondo propios de las mismas, lo cual nos lleva a una situación en que estos convenios no adoptarían, en caso alguno, un papel de límite a la soberanía, en tanto fuente formal que trata una materia de enorme trascendencia para la conformación de todo Estado, como son los derechos de la persona humana.

2.3.2. Rango constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos

Quienes sustentan esta teoría reconocen que los tratados internacionales, en tanto acuerdo entre sujetos de derecho internacional, poseen rango legal. No obstante ello, los tratados internacionales **en materia de derechos humanos poseen rango constitucional**, lo cual se debe a una preeminencia por el fondo de la materia tratada por sobre la forma en que la misma se manifieste. Esta visión se basa sobre un análisis del artículo 5° de la Constitución, el cual considera a los derechos humanos como límites a la soberanía, cualquiera sea la forma en que estos se expresen, es decir, estén recogidos en la Carta Fundamental o en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

²⁷ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XII, 2ª parte, sección 1ª, año 1913, p. 94.

Siguiendo esta posición, una norma legal de derecho interno no podría, bajo ninguna circunstancia, contrariar normas de derechos humanos contenidas en un tratado internacional. En este sentido claramente se da a estos tratados un carácter de **supralegalidad**.

Ante la eventualidad de una confrontación entre normas de carácter constitucional y las contenidas en un tratado internacional de derechos humanos, debe resolverse mediante un principio de temporalidad, ya que ambas normativas contarían con igual jerarquía dentro del ordenamiento jurídico nacional. En este sentido la norma posterior derogaría la anterior.

La tesis acá planteada nos merece las siguientes observaciones.

- **¿Qué se entiende por normas de derechos humanos?** Un tratado internacional en esta materia contiene normalmente disposiciones de tipo sustantivas, procedimentales y jurisdiccionales, por ende hay que determinar claramente cuáles de estas normas del tratado se entienden como limitantes a la soberanía. Una interpretación restrictiva, daría como resultado que sólo las normas sustantivas, es decir, aquellas que consagran derechos fundamentales pueden ser comprendidas dentro del artículo 5° de la Constitución. En este sentido se pronuncia Francisco Cumplido, quien expresa que *“con la reforma de 1989 del artículo 5° de la Constitución, se quisieron incorporar, con rango constitucional, los derechos sustantivos contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos. En todo tratado es posible distinguir las normas sustantivas del derecho humano de las organizacionales y de las de procedimiento. La intención no fue darle rango constitucional a todo el tratado, sino exclusivamente a los derechos humanos del tratado.”*²⁸ En oposición a este concepto, una interpretación más amplia, implicaría que el tratado, en su

²⁸ CUMPLIDO CERECEDA FRANCISCO, “Alcances de la modificación del artículo 5° de la Constitución Política chilena en relación a los tratados internacionales”, Revista Chilena de Derecho, volumen 23, N° 2 y 3, Tomo I, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1996, p. 257 y 258.

integridad, quedara comprendido en el mencionado artículo, pues, ¿qué garantía real de protección a los derechos humanos ofrece un tratado que no incorpora mecanismos de protección y normas relativas a la sanción de un Estado incumplidor? Por ello, creemos que todo el tratado tendría relevancia para efectos de encuadrarla en el artículo 5° de la Constitución.

- Se observa además que, de adoptarse esta tesis *“existirían dos tipos de reforma constitucional: el regular, que contempla nuestra Constitución y, por vía de tratado internacional, que, al ser de mucha mayor facilidad, constituye un absurdo para nuestro ordenamiento jurídico.”*²⁹ Ante esta afirmación es posible señalar que un tratado internacional de derechos humanos, en cuanto tal, puede inspirar una reforma constitucional posterior, es decir, puede determinar un cambio en las directrices de la Carta Fundamental de un Estado para adaptarse a las disposiciones del mismo. Esta influencia es perfectamente concordante con los mecanismos soberanos que establezca la Constitución para su modificación, en tanto, para adecuar el ordenamiento jurídico interno, se requiere un procedimiento descrito en la Carta Fundamental propia de cada Estado. Es por esta razón que los tratados internacionales en la materia, en caso alguno, se señalan a sí mismos como instrumentos de modificación automática de la Constitución de un Estado, sino más bien imponen la obligación a cada Estado parte de adecuar su ordenamiento interno, adoptando las medidas necesarias para el respeto a las normas dadas por el tratado internacional referente a derechos humanos.

Esta teoría es aceptada por parte de la doctrina nacional, la cual funda su argumento en la enmienda constitucional de 1989, *“cuyo sentido fue clarificar que las normas internacionales sobre derechos humanos contenidas en tratados internacionales tenían rango constitucional y que cumplían el mismo, por lo*

²⁹ VIVANCO Ángela, op cit., p.105

*menos, teórico, papel principal que los derechos humanos ya establecidos en la propia Constitución.*³⁰

2.3.3. Jerarquía supraconstitucional de los tratados de derechos humanos

Esta postura defiende que los tratados internacionales en materia de derechos humanos tendrían un rango superior a la Constitución, por lo que en caso de conflicto, debe dársele preferencia a la norma internacional.

Su fundamento se encuentra en la consideración de los derechos humanos, como límite a la soberanía estatal, en su aspecto más radical, ya que admite la existencia de procedimientos llevados a cabo a través de órganos de jurisdicción universal, los cuales resultan vinculantes para los Estados. En este sentido se entiende que el Estado cede parte de su soberanía para lograr la consecución de objetivos que trascienden sus fronteras y que involucran a todos los seres humanos sin importar su condición ni nacionalidad.

Nos encontraríamos frente a tratados que reconocen derechos preexistentes, es decir, anteriores a la formación de un Estado. Estos derechos son recogidos por normas entendidas como perentorias, es decir, normas no pueden ser negadas por las naciones porque protegen principios universales. Estas normas son recogidas en la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, como “Ius Cogens”, basadas en la importancia de la materia y por el número de naciones que han manifestado su consentimiento respecto de las mismas.

³⁰ MEDINA CECILIA, “Constitución, tratados y derechos esenciales”, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1993, p.67.

Estas normas sólo pueden ser derogadas por otra norma de “Ius Cogens”, lo cual implica que, incluso un tratado celebrado en contravención a estas normas, carece de validez.

Bajo esta perspectiva, nos encontramos con que las normas de “Ius Cogens”, estarían jerárquicamente sobre el derecho interno de los Estados, y por ende, sobre la Constitución, ley, reglamento y decretos del Estado en cuestión, los cuales deben conformarse a la norma superior.

La doctrina discrepa en torno a cuáles son las normas que deben considerarse como “Ius Cogens”. Sin embargo, existe cierto consenso en incluir en esta calidad normas relativas a:

- a) Derechos fundamentales.**
- b) Derechos de los pueblos a su autodeterminación.**
- c) Intereses de la comunidad internacional.**
- d) Prohibiciones relativas al uso injustificado de la fuerza.**

El “Ius Cogens” es una regla o principio de derecho internacional fundamental y vinculante para los ordenamientos jurídicos de los Estados, el cual sólo alcanza esta calidad si es reconocido por la comunidad internacional como un todo.

Si consideramos a la normativa de derechos humanos como “Ius Cogens”, ésta sería un límite máximo a la soberanía estatal, dándole incluso un carácter supraconstitucional a las normas que rijan en la materia, considerando que cuando un tratado contiene normas de esta calidad se entiende vinculante para el ordenamiento interno de los Estados.

Sin embargo, hay que tener presente que, si bien, la norma de “Ius Cogens” es una categoría que obliga a los Estados en lo relativo a los acuerdos y a la normativa interna que adopten, es una norma creada por el derecho

internacional, por lo que, en la práctica, su aplicabilidad respecto de los Estados queda limitada a la ratificación y suscripción, por parte de los mismos, de tratados internacionales que contengan materia consideradas dentro de esa categoría. En la práctica, el único instrumento formal que puede hacer que una norma de “Ius Cogens” sea vinculante u obligatoria al interior de un Estado es un tratado internacional relativo a la materia.

No obstante los alcances hechos precedentemente, la idea de principios universales que inspiran la internacionalización del tema de derechos humanos, ha sido un importante impulso para el tratamiento que ha tenido el tema en este último tiempo, estableciéndose mecanismos internacionales de protección, medios de promoción y obligaciones para los Estados en orden a garantizar el respeto por los derechos fundamentales, entre los que se cuenta la libertad de expresión y el acceso a la información, los cuales se basan en la dignidad que posee toda persona humana en cuanto tal . Esto ha traído como consecuencia que muchos Estados reconozcan la importancia de considerar estas reglas o principios generales en sus ordenamientos internos, ya que constituyen la base para la formación de un Estado de derecho democrático que garantice a todos sus miembros el ejercicio de sus derechos en cada uno de los contextos en que éstos se desenvuelvan.

CAPÍTULO III
“CHILE FRENTE A LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL POR
VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA
INFORMACIÓN PÚBLICA”

3.1. SISTEMA INTERAMERICANO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos está constituido por una serie de tratados, en el contexto americano, que promueven los derechos fundamentales de las personas e instituciones que aseguran su respeto y protección. Entre los tratados debemos mencionar:

- i. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948.
- ii. La Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.
- iii. El Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”. Suscrito en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimoctavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA.
- iv. Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte. Aprobado en Asunción, Paraguay, el 8 de junio de 1990, en el vigésimo período ordinario de la Asamblea General de la OEA.

- v. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Suscrita en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985 en el decimoquinto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA.
- vi. Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de la Asamblea General de la OEA.
- vii. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”. Adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA.

Todos estos instrumentos consagran derechos políticos, civiles, económicos, sociales o culturales, los cuales constituyen el objeto de protección de todos los tratados mencionados precedentemente. No obstante ello, para dar efectividad práctica a la consagración y reconocimiento positivo de estas prerrogativas se requiere de instancias u órganos que promuevan y velen por el cumplimiento de dichos derechos y otros con jurisdicción para conocer y juzgar vulneraciones o violaciones a esta normativa. Con motivo de dar cumplimiento a esta función se establecen la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En síntesis, en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, es posible identificar declaraciones y tratados internacionales que consagran las prerrogativas fundamentales de la persona humana, pudiendo además distinguirse instancias u órganos jurisdiccionales, establecidos por los mencionados cuerpos normativos, que cuentan con competencia para conocer y resolver materias relacionadas con violaciones a los derechos humanos.

3.1.1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue creada en 1959, siendo aprobado su Estatuto el 25 de mayo de 1960 por el Consejo de la OEA. De ello se desprende que la existencia de la Comisión Interamericana es anterior a la Convención Americana de Derechos, la cual fue aprobada en 1969.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Convención Americana, la Comisión llevaba a cabo actividades de promoción, difusión y educación en torno a la protección de los derechos fundamentales. No obstante, *“la misma Comisión interpretó que se le había otorgado la función velar por la protección de los derechos humanos, defenderlos y promover su observancia. Era obvio que para ello las facultades que le concedieron eran insuficientes para realizar esas funciones. Así, la Comisión inició la realización de actividades no contempladas explícitamente en su Estatuto pero consideraba que implícitamente eran necesarias para el cumplimiento de sus funciones”*³¹

A raíz de lo anterior, la Comisión adoptó un papel más activo en el conocimiento de asuntos relativos a violaciones a los derechos humanos en el contexto americano, lo que llevó a que, al momento de aprobarse la Convención Americana, se adecuara su Estatuto con la finalidad de otorgarle las facultades necesarias para el cumplimiento de su nuevo rol.

En un principio, la participación de la Comisión en el conocimiento de casos concretos es bastante flexible, lo cual se manifiesta principalmente en que no existe un examen de admisibilidad previo respecto de los asuntos sometidos a su conocimiento y en que no se requiere agotar los recursos propiciados por

³¹ RODRÍGUEZ Víctor, “Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos: Presente y Futuro”, Revista de la Facultad de Derecho de México, T. XLIX, núms. 223-224, 1999, p. 34

las jurisdicción interna de los Estados para solicitar la intervención del órgano internacional.

Con la entrada en vigor de la Convención Americana de Derechos Humanos, a la Comisión se le otorga un rol subsidiario respecto a la jurisdicción interna de los Estados en el conocimiento de violaciones a los derechos humanos, es decir, se establece que en primer término es el Estado, en tanto titular de su soberanía, el que debe actuar y adoptar las medidas necesarias frente a este tipo de asuntos. Desde la vigencia de la Convención Americana *“...se modifica el propósito de la protección de los derechos humanos con la finalidad de reparar violaciones aisladas de derechos humanos cuando el sistema nacional ha sido ineficaz y, por lo tanto, representa un enfoque más jurídico de los derechos humanos.”*³²

El Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos impone una serie de atribuciones para éste órgano, las cuales están en directa concordancia con lo dispuesto en la Convención Americana, cuyo objetivo último es dar una efectiva protección a los derechos fundamentales que allí se consagran. En este sentido, el artículo 19 del Estatuto de la Comisión Interamericana dispone:

“En relación con los Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Comisión ejercerá sus funciones de conformidad con las atribuciones previstas en aquella y en el presente Estatuto y, además de las atribuciones señaladas en el artículo 18, tendrá las siguientes:

a) *diligenciar las peticiones y otras comunicaciones, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de la Convención;*

³² Id, p. 38.

- b)** comparecer ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos previstos en la Convención;
- c)** solicitar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tome las medidas provisionales que considere pertinentes en asuntos graves y urgentes que aún no estén sometidos a su conocimiento, cuando se haga necesario para evitar daños irreparables a las personas;
- d)** consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o de otros tratados sobre la protección de los derechos humanos en los Estados americanos;
- e)** someter a la consideración de la Asamblea General proyectos de protocolos adicionales a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con el fin de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades, y
- f)** someter a la Asamblea General, para lo que estime conveniente, por conducto del Secretario General, propuestas de enmienda a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”

Este artículo debe conjugarse con las disposiciones de la Convención Americana, para poder determinar los mecanismos y procedimientos que permiten la protección y la sanción de violaciones a derechos fundamentales en los casos concretos que se presentan ante la Comisión. Así, el artículo 43 de la Convención Americana impone la obligación a los Estados parte de informar a la Comisión, cuando ésta lo requiera, la situación interna de los Estados en lo relativo a la protección, respeto y promoción de los derechos fundamentales, lo cual tiene por finalidad conocer y evaluar los medios que otorga la legislación y la institucionalidad del Estado parte para cumplir con esta misión. Esta facultad se inserta dentro de la función preventiva y garantista que debe cumplir la Comisión en materia de protección de derechos humanos

Sin embargo, esta función de prevención, la de requerir información, puede verse superada frente a situaciones concretas que requieren una actitud más activa de parte de la Comisión, especialmente cuando nos encontramos frente a hechos particulares, en ejecución o consumados, que atentan contra los derechos fundamentales de ciudadanos pertenecientes a los Estados parte de la Convención. Por ello, se permite que particulares efectúen reclamos o denuncias ante la Comisión Interamericana, la cual los somete a tramitación, teniendo en especial consideración la gravedad del asunto y la disponibilidad del Estado para llegar a una solución satisfactoria y cesar las prácticas atentatorias contra los derechos humanos consagrados en el tratado internacional.

El procedimiento a seguir ante un reclamo o denuncia presentado a la Comisión es el siguiente:

- El **reclamo** o denuncia por violación o vulneración a los derechos fundamentales puede ser presentado por cualquier persona o grupo de personas, entidad no gubernamental legalmente reconocida en alguno de los estados miembros de la Organización. (artículo 44 de la Convención). Además de ello, de acuerdo al numeral 1 del artículo 45 de la Convención, un Estado parte puede realizar denuncias o reclamos frente a la violación de derechos humanos por parte de otro Estado parte, siempre que el segundo haya aceptado esta posibilidad.
- Examen de **admisibilidad** del reclamo o denuncia presentado ante la Comisión. Se debe cumplir con una serie de requisitos mencionados en el artículo 46 de la Convención Americana, los cuales denotan el carácter subsidiario que posee la Comisión respecto de la jurisdicción interna de los Estados para el conocimiento de este tipo de asuntos y fija un plazo de seis meses para ocurrir ante la Comisión, plazo que se contabiliza desde la lesión al derecho o la notificación de la decisión definitiva. Por

su parte, el artículo 47 de la Convención contempla supuestos en los cuales un reclamo será declarado inadmisibile, entre los que cabe citar la no exposición de los hechos que caractericen una violación a los derechos humanos y que el reclamo o denuncia sea manifiestamente infundado o improcedente.

- Si la Comisión determina la admisibilidad del reclamo presentado solicita **informaciones** al Estado al cual pertenece la autoridad señalada como responsable de los hechos expuestos como violaciones a los derechos fundamentales. El gobierno del Estado en cuestión debe enviar las informaciones dentro de un plazo razonable fijado por la Comisión.
- Una vez recibidas las informaciones, la Comisión **determina** si existen o no existen las causas de la reclamación. Si éstas no existen se manda a archivar el expediente.
- Si luego de recibidas las informaciones, el asunto no se archiva, la Comisión debe realizar un **examen** referente al asunto motivo del reclamo, pudiendo iniciar una investigación si éste lo amerita. Para este objeto, en virtud del artículo 48, letras e) y f) de la Convención Americana, la Comisión:

e) “podrá pedir a los Estados interesados cualquier información pertinente y recibirá, si así se le solicita, las exposiciones verbales o escritas que presenten los interesados;

f) se pondrá a disposición de las partes interesadas, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Convención”.

- Si se ha llegado a una **solución amistosa** entre las partes, la Comisión redacta un informe, el cual es comunicado al peticionario, a los Estados parte de la Convención y, finalmente al Secretario General de la Organización de Estados Americanos para su publicación (artículo 49 de la Convención)
- En caso de no llegar a una solución amistosa entre las partes, la Comisión igualmente deberá redactar un informe en que expondrá hechos y conclusiones, pudiendo ser complementado por las opiniones de las partes, quienes pueden agregarlas individualmente. A través de este informe la Comisión formula **recomendaciones** al Estado parte del conflicto. (artículo 50 de la Convención)
- Luego de la recepción del informe por parte de los Estados interesados, éstos o la Comisión pueden someter la decisión del asunto a la **Corte Interamericana de Derechos Humanos**, aceptando la competencia de la misma.
- Si han transcurrido tres meses desde la recepción del informe, y no ha existido solución o no se ha presentado el asunto a la Corte por el Estado interesado ni por la Comisión, esta última, en virtud del artículo 51 de la Convención, podrá emitir, por mayoría absoluta de votos de sus miembros, su opinión y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración; hacer las recomendaciones pertinentes fijando un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada. Una vez transcurrido el período fijado, la Comisión decidirá, por la mayoría absoluta de votos de sus miembros, si el Estado ha tomado o no medidas adecuadas y si publica o no su informe

Estas son las funciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en relación a los reclamos presentados por violaciones o vulneraciones a los derechos fundamentales. Como se puede observar, representa una instancia previa para determinar si un asunto posee la magnitud y suficiencia necesaria para ser presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero asimismo es un organismo con la suficiente autonomía para dar recomendaciones a los Estados en materia de adecuación o adaptación de su legislación interna a las disposiciones de la Convención relativas a la protección y respeto por los derechos humanos.

3.1.2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

El 22 de noviembre de 1969 fue suscrita en San José de Costa Rica la Convención Americana de Derechos Humanos, en la cual se crea la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El Estatuto de la Corte Interamericana fue aprobado por resolución N° 448 de la Asamblea General de la OEA.

El artículo 1° del Estatuto de la Corte Interamericana la define como *“una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte ejerce sus funciones de conformidad con las disposiciones de la citada Convención y del presente Estatuto”*. En el mismo sentido, la Convención Americana menciona en su artículo 33 que la Corte es uno de los órganos competentes para conocer sobre las controversias suscitadas en torno al cumplimiento de las disposiciones del tratado por los Estados parte del mismo.

La Competencia de la Corte Interamericana se establece en el artículo 2° de su Estatuto, en directa referencia a los artículos 61 a 64 de la Convención.

Estas disposiciones señalan que la Corte tiene una función consultiva y una jurisdiccional. La **función consultiva** de la Corte se manifiesta en la posibilidad de recibir las consultas o inquietudes de los Estados relativas a la interpretación de las disposiciones de la Convención y de otros tratados relativos a la protección de los derechos fundamentales. Por otra parte, la **función jurisdiccional** se materializa en la facultad de conocer y juzgar asuntos relativos a violaciones de estas prerrogativas, las cuales se traducen en un procedimiento contencioso iniciado por medio de una denuncia o reclamo presentando contra un Estado que haya aceptado la competencia de la Corte.

La facultad consultiva se consagra en el artículo 64 de la Convención Americana, en los siguientes términos:

“Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.”

La facultad jurisdiccional se contempla en los artículos 61 N° 1, 62 N° 1 y en el 63, los que prescriben:

“Artículo 61 N° 1 Sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte.”;

“Artículo 62 N° 1 *Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.”*

“Artículo 63 N° 1 Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

N° 2 En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.”

En ejercicio de su facultad consultiva, la Corte emite opiniones o recomendaciones a los Estados que la soliciten, mientras que en ejercicio de la facultad jurisdiccional emite resoluciones, en tanto órgano jurisdiccional de carácter internacional. Para que la Corte Interamericana ejerza sus atribuciones en materia jurisdiccional contenciosa se requiere que el Estado en cuestión haya aceptado la competencia de la misma, mientras que para que ejerza sus facultades consultivas no se requiere que el Estado haya aceptado dicha

competencia, ya que se trata de recomendaciones no vinculantes ni obligatorias para los Estados que las soliciten.

Para el ejercicio de la función jurisdiccional, el Capítulo II del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos fija el procedimiento que sigue una demanda presentada ante este órgano de jurisdicción internacional y es el que a continuación se describe:

- **Presentación del caso.** Están autorizados para iniciar el procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los Estados parte (artículo 61 N° 1 de la Convención), presentación que debe cumplir con los requisitos del artículo 35 del Reglamento, tratándose de la Comisión o del artículo 36 del mismo cuerpo si se trata de un Estado parte.
- **Notificación.** La notificación procede luego de un examen preliminar de la misma, en el cual se determina subsanar los defectos de ésta en caso de que los contenga en el plazo de 20 días (artículo 38 del Reglamento). El Secretario comunica la presentación del caso a la Presidencia y los jueces, al Estado demandado, a la Comisión (si ella no presenta el caso) y a la presunta víctima o sus representantes. (artículo 39 del Reglamento)
- **Escrito de solicitudes, argumentos y prueba.** Notificada la presentación del caso a la presunta víctima o sus representantes, éstos dispondrán de un plazo improrrogable de dos meses, para presentar autónomamente a la Corte su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas. (artículo 40 del Reglamento)

- **Contestación del Estado.** El Estado demandado tiene el plazo improrrogable de dos meses, contado desde la notificación del escrito presentado por la presunta víctima o sus representantes. Asimismo el demandado tiene la posibilidad de oponer excepciones preliminares (artículos 41 y 42 del Reglamento)
- **Apertura del procedimiento oral.** La Presidencia señala la fecha de la audiencia de apertura y de las audiencias posteriores, las partes deben presentar a su lista de declarantes, se pueden objetar testigos y recusar peritos. Finalmente, la Corte emite resolución pronunciándose sobre las observaciones, objeciones y recusaciones, define el objeto de la declaración de los declarantes y convoca a audiencia, si lo estima necesario. (artículos 45 a 50 del Reglamento)
- **Audiencia.** Durante esta etapa se recepciona las declaraciones de las presuntas víctimas, testigos o peritos. En general, las partes rinden sus pruebas. De todo lo obrado se levanta acta (artículos 51 a 55 del Reglamento) Luego, se da la posibilidad de que los intervinientes presenten sus alegatos finales por escrito en el plazo que fije la Corte (artículo 56 del Reglamento)
- **Sentencia.** Concluido el proceso oral, la Corte delibera en privado sobre el fondo del asunto y dicta sentencia sobre la base del contenido señalado en el artículo 65 del Reglamento. En caso que la sentencia declare que existió violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención Americana, de conformidad al artículo 66 de la Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las

consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

Cabe desatacar que le Corte Interamericana de Derechos Humanos posee la facultad de supervisión de la ejecución de las sentencias por los Estados que hayan resultados condenados. Ésta constituye una de las facultades más importantes del órgano jurisdiccional, ya que es en este momento en que se hace efectiva su misión de protección de los derechos fundamentales a través de la sanción y condena de prácticas contrarias y vulneratorias de la normativa americana.

La atribución consistente en la supervisión de los fallos dictados por la Corte se recoge en el artículo 68 N° 1 de la Convención, el cual debe relacionarse con el artículo 65 del mismo cuerpo, estableciendo la obligatoriedad de los fallos para los Estados parte y la necesidad de informar acerca de la situación concreta del Estado con respecto al fallo dictado.

Para dar efectividad a las sentencias de la Corte Interamericana, se ha establecido que la parte compensatoria de la sentencia puede ejecutarse de acuerdo a las normas del derecho interno del Estado respectivo (artículo 68 N° 2). Esta disposición hace referencia al derecho procesal interno del Estado condenado, por lo que es posible que el cumplimiento de este aspecto de la sentencia sea distinto en cada uno de los Estados, ya que está sujeto a las disposiciones que rigen la materia en cada ordenamiento jurídico. Es por este motivo que se considera recomendable la existencia de normas específicas internas para el cumplimiento de las sentencias o resoluciones dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El cumplimiento de los fallos de este tribunal con jurisdicción internacional se fundamenta en el compromiso realizado por los Estados parte de la Convención Americana, en orden a considerar a los derechos humanos como límite a la soberanía estatal, y más allá de ese compromiso, en la obligación de los Estados parte de adaptar su ordenamiento jurídico interno a los postulados de la Convención, la cual se consagra en el artículo 2° de dicho tratado internacional,

3.2. COMPATIBILIDAD ENTRE LAS JURISDICCIONES NACIONALES DE LOS ESTADOS PARTE DE LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

El conflicto entre la soberanía o jurisdicción interna del Estado y la jurisdicción internacional se viene planteando desde hace bastante tiempo, pudiendo encontrarnos con tendencias más nacionalistas que defienden la no injerencia en la jurisdicción nacional y posturas de tipo más internacionalistas que abogan por la existencia de una jurisdicción universal que conozca determinados asuntos que involucran a la comunidad internacional en su conjunto.

Este tema es resuelto en cierta forma por la Convención Americana de Derechos Humanos, al disponer entre los requisitos para la presentación de un caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la necesidad de haber agotado todas las instancias proporcionadas por el derecho interno del estado para dar una solución satisfactoria al asunto. Así, el artículo 46 N° 1 a) de la Convención prescribe:

‘N° 1 Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá:

a) *que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos...*

Por otra parte, la misma disposición en su numeral 2 establece excepciones a la obligatoriedad de agotar los recursos de la jurisdicción interna para ocurrir ante la Corte Interamericana, cuando:

1. *“No exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados.*
2. *No se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y*
3. *Haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos”*

En el preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos también es posible identificar el reconocimiento del carácter complementario o supletorio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues se reconoce expresamente *“(...) que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional, **coadyuvante o complementaria** de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”*.

La posibilidad de recurrir a la Corte Interamericana es en forma subsidiaria a las instancias ofrecidas por la jurisdicción nacional y una vez que éstas hayan sido utilizadas sin un resultado satisfactorio. Lo anteriormente dicho se compatibiliza con la idea de soberanía de los Estados, ya que en primer

término es posible ocurrir ante ésta jurisdicción, y en forma secundaria o complementaria a la jurisdicción internacional. Se podrá solicitar la intervención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en caso de que la jurisdicción interna no dé respuesta al asunto, no proporcione las instancias para el conocimiento y juzgamiento del asunto, no de garantías de debido proceso o se presente una apariencia de proceso que no denote la intención real de juzgar y sancionar al autor o a las personas que participaron en la lesión de un derecho fundamental.

La Corte se pronunció sobre el requisito de agotamiento de los recursos en el ordenamiento jurídico interno en la opinión consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990, donde se le requirió dictaminar sobre las siguientes cuestiones: *“¿Se aplica el requisito de agotar los recursos jurídicos internos a un indigente que, debido a circunstancias económicas, no es capaz de hacer uso de los recursos jurídicos del país?, y si ¿Se aplica el requisito de agotar los recursos jurídicos internos a un reclamante individual que, por no obtener representación legal debido a un temor generalizado en los círculos jurídicos no puede hacer uso de los recursos que le brinda la ley en el país?. Al respecto, la Corte fue de la siguiente opinión:*

- 1- Que si, por razones de indigencia o por el temor generalizado de los abogados para representarlos legalmente, un reclamante ante la Comisión se ha visto impedido de utilizar los recursos internos necesarios para proteger un derecho garantizado por la Convención , no puede exigírsele su agotamiento.*
- 2- Que, en las hipótesis planteadas, si un Estado Parte ha probado la disponibilidad de los recursos internos, el reclamante deberá demostrar que son aplicables las excepciones del artículo 46.2 y que se vio impedido de obtener la asistencia legal necesaria para*

*la protección o garantía de derechos reconocidos en la Convención.*³³

Otra problemática que surge respecto a la facultad de la Corte Interamericana para pronunciarse sobre casos de violación a los derechos humanos y la cosa juzgada. Al respecto, podemos observar que existe compatibilidad entre la cosa juzgada interna y la competencia de los tribunales internacionales para conocer y juzgar ciertos casos o asuntos resueltos en primer término por la jurisdicción interna de un Estado, destacando la complementariedad y subsistencia de estos dos sistemas de protección de los derechos fundamentales, nacional e internacional.

“(...) la jurisdicción internacional de la Corte Interamericana no implica violación a la “cosa juzgada” interna, ya que el juzgamiento internacional no implica una instancia de apelación revisora de la previa sentencia argentina.

Se trata de un proceso internacional que es independiente del tramitado ante el tribunal argentino, o sea, de un “nuevo juicio” distinto del anterior finiquitado en sede interna.

Pero el juzgamiento internacional no implica un nuevo juicio sobre la “misma materia” juzgada en sede interna. En primer lugar, lo que la Corte Interamericana decide con fuerza de cosa juzgada versa sobre la interpretación y aplicación de la Convención, en orden a establecer si el Estado parte ha violado o no un derecho o libertad contenido en la misma convención. En segundo lugar, la Corte cuando verifica y falla que ha sido

³³ VENTURA Manuel. “Función contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” Revista de Derecho Valdivia. 1996, Vol. 7, p. 103

*violado el pacto, no toma en consideración los mismos argumentos ni la misma “materia” que han juzgado previamente los tribunales argentinos. Por ende, tampoco afecta la cosa juzgada de la sentencia argentina que, en última instancia, hay que obtener –como principio- para luego poder acudir a la jurisdicción supraestatal”*³⁴

La Corte Interamericana, en caso alguno se pronuncia acerca de una eventual violación o vulneración de las disposiciones constitucionales ni legales del derecho interno de los Estados en materia de derechos fundamentales, sino que su pronunciamiento consiste en determinar una supuesta vulneración a la normativa contenida en la Convención Americana de Derechos Humanos y en los demás tratados internacionales sobre la materia suscritos en el contexto americano.

En consecuencia, nos encontraríamos frente dos mecanismos de protección de derechos humanos que se complementan entre sí, por lo que no se observa la existencia real de un conflicto entre jurisdicciones, pues el ámbito de actuación de cada una se encuentra delimitado por el tipo o naturaleza del asunto en cuestión y por los instrumentos jurídicos en que se funda su intervención en el conocimiento de dicho asunto.

La jurisdicción internacional, representada en el conocimiento y juzgamiento por parte de la Corte Interamericana de violaciones a los derechos humanos, es una importante herramienta de complementación de los ordenamientos jurídicos internos de los Estados parte, ya que ésta interviene cuando la jurisdicción interna no ha respondido satisfactoriamente ante asuntos sobre materias que trascienden más allá de las fronteras de un determinado Estado, tal es el caso del respeto, protección y promoción de los derechos

³⁴ DIP Paula, BACCI Ana, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Su organización”, p. 5 [en línea] < http://www.terrileyasociados.com/estudio/derecho/doctrina_7.doc > [consulta: 12 marzo 2010]

fundamentales, cuya vulneración involucra los intereses de la comunidad internacional toda.

3.3. CASO CLAUDE REYES Y OTROS CON EL ESTADO DE CHILE

3.3.1. Causales de la denuncia contra el Estado chileno ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La demanda presentada contra el Estado chileno por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tuvo su origen en la denuncia N° 12.108 presentada por la Clínica Jurídica de Interés Público de la Universidad Diego Portales, las organizaciones chilenas ONG FORJA, Fundación Terram y la Corporación la Morada; el Instituto de Defensa Legal del Perú; la Fundación Poder Ciudadano y la Asociación para los Derechos Civiles (organizaciones argentinas); y los señores Baldo Prokurica Prokurica, Oswaldo Palma Flores, Guido Girardi Lavín y Leopoldo Sánchez Grunert ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual, al ver que sus recomendaciones no fueron acogidas de forma satisfactoria por el Estado de Chile, sometió dicho reclamo al conocimiento de la Corte Interamericana.

Se consideran como hechos fundantes de la denuncia *“la negativa de brindar a los señores Marcel Claude Reyes, Sebastián Cox Urrejola y Arturo Longton Guerrero toda la información que requerían del Comité de Inversiones Extranjeras, en relación con la empresa forestal Trillium y el Proyecto Río Cóndor, el cual era un proyecto de deforestación que se llevaría a cabo en la décimo segunda región de Chile y podía ser perjudicial para el medio ambiente e impedir el desarrollo sostenible de Chile”*⁸⁵

³⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, fallo “Claude Reyes y otros con Estado de Chile” 19 de septiembre de 2006, Introducción de la causa, punto 3. [en línea] <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf> [consulta: 03 marzo 2010]

Se sostiene que la negativa de acceso a la información fue infundada de acuerdo a la legislación interna vigente y tampoco se dio a los afectados una instancia efectiva para reclamar ante la vulneración de su derecho, en el momento en que acaecieron los hechos. Por ello el Estado chileno ha violó disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos relativas a la libertad de expresión y al derecho a acceder a la información. Las principales normas vulneradas son:

1. **Artículo 13.1:** *“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...”*
2. **Artículo 1.1:** *“Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción...”*
3. **Artículo 2:** *“Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”*

3.3.2. Recomendaciones dadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al Estado chileno frente a la denuncia recibida en su contra

Con posterioridad a la recepción de la denuncia, la Comisión, mediante informe 31/05, concluyó que el Estado chileno efectivamente violó las disposiciones citadas precedentemente, señalando a la vez una serie de recomendaciones, entre las que se enumeran:

- a) Otorgar reparación adecuada a los afectados por violación de sus derechos.
- b) Suministro de la información solicitada por los recurrentes
- c) Ajustar el orden jurídico interno en relación al artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.
- d) Adoptar prácticas y mecanismos que garanticen el acceso efectivo a la información pública de los órganos del Estado.
- e) Dar capacitación a los funcionarios y agencias públicas respectivas para responder a las solicitudes de acceso a la información.

El informe de la Comisión, considera que el acceso a la información pública es un derecho fundamental que debe ser entendido como una parte integrante de la libertad de expresión. Esta idea ya había sido esbozada en la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de octubre del año 2000, la cual en su punto 4 señala:

“El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para

el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas”.

Ante el incumplimiento de estas recomendaciones por parte del Estado chileno, el caso es admitido en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien dicta sentencia condenatoria.

3.3.3. Sentencia condenatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado chileno por violación al derecho a “investigar y recibir información” comprendido en la libertad de expresión

Comprobados los hechos, y establecido que la información requerida al Comité de Inversiones Extranjeras de Chile es pública, considerando que aquella se refiere a un contrato celebrado por el Estado de Chile con un particular para el desarrollo de un proyecto que involucra el interés colectivo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dicta sentencia condenatoria contra el Estado de Chile.

La Corte desestima los argumentos dados por el Estado de Chile, los cuales se sustentan principalmente en los siguientes puntos:

- El Comité de Inversiones Extranjeras es un órgano autónomo, con patrimonio y personalidad jurídica propia, cuya función principal es autorizar el ingreso de capitales extranjeros en razón del DL 600.
- El Comité de Inversiones Extranjeras tiene la obligación de interactuar con órganos que, por ley, deben dar su autorización previa para el ingreso de capitales de inversionistas extranjeros, tomando todos los resguardos y precauciones necesarias para que un particular desarrolle un proyecto de inversión dentro del país.

- La negativa dada por el jefe del servicio se basa en que la información requerida fue calificada de reservada porque su entrega puede afectar los derechos de los titulares privados de la información, arriesgando el resultado de las inversiones (secreto comercial)
- Existencia de recursos de orden administrativo y judicial en el ordenamiento interno.

Como contrapartida, la Corte Interamericana acoge los argumentos utilizados por los demandantes, los cuales se basan fundamentalmente en la violación de una serie de disposiciones de la Convención Interamericana de Derechos Humanos que versan sobre el derecho de acceso a la información pública. Siguiendo esta línea, las ideas sustentadas son principalmente las siguientes:

- **Atentado contra el interés público, a través de la vulneración del derecho de acceso a la información pública.**
- **La Consagración de los principios de publicidad y transparencia a nivel constitucional comprende cada uno de los ámbitos de la función pública y debe entenderse como un principio rector del ordenamiento jurídico- institucional.**

“El nuevo artículo 8° de la Constitución Política introduce un principio constitucional de publicidad que se aplica a todos los órganos del Estado y, por lo tanto, tiene un alcance mayor que la Ley de Bases, la cual se refería sólo a la Administración del Estado (...) La aprobación de la reforma constitucional (...) transformó en inconstitucionales las normas del artículo 13 de la Ley de Bases que permitían establecer dicha reserva por medio de preceptos de rango

reglamentario (y el) Reglamento sobre el Secreto y Reserva y todas las resoluciones correspondientes”.³⁶

- **Existencia de frecuentes prácticas en la administración pública que revelaban una tendencia hacia mantener en secreto o bajo excesiva protección determinada información de trascendencia colectiva**

*“La ley que incorporó formalmente el principio de publicidad en el ordenamiento chileno (Ley sobre Probidad Administrativa) permitió limitar el derecho de acceso a la información, al disponer que las causales de denegación podían ser establecidas por disposiciones legales o reglamentarias. Entre los años 2001 a 2005 se dieron prácticas administrativas a favor de la reserva y el secreto de actos administrativos, documentos y antecedentes. Dichas prácticas tuvieron como base el Reglamento sobre Secreto o Reserva creado bajo el Decreto Supremo Nº 26 del Ministerio General de la Presidencia. El mencionado Reglamento excedió el marco de competencias normativas, aumentó las causales de denegación de información y desencadenó la emisión de un centenar de resoluciones por parte de los órganos de la Administración que transformaron el secreto y la reserva en “la regla general de desmedro de los principio de transparencia y publicidad”.*³⁷

- **Inexistencia de los medios de impugnación adecuados en el ordenamiento jurídico de Chile a los que se pueda recurrir ante vulneración del derecho de acceso a la información.**

Los denunciantes presentaron una acción de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago, la cual se funda en la vulneración por parte del Estado de Chile de la garantía de la libertad de expresión consagrada en el artículo 19

³⁶ Id., parte V: Pruebas, peritajes, Tomás Vial Solar,

³⁷ Id., parte V: Pruebas, peritajes, Davor Harasic Yaksic,

N° 12 de la Constitución Política de la República. El recurso fue declarado inadmisibile por la Corte por manifiesta falta de fundamento.

La decisión de la Corte de Apelaciones se fundamentó principalmente en la taxatividad y en la interpretación restrictiva de las causales que hacen procedente la acción de protección, lo cual dejó en evidencia la carencia que existía en relación a proporcionar mecanismos que permitieran impugnar las decisiones del Estado sobre los criterios utilizados por éste para proporcionar o no cierta información a los ciudadanos. Posteriormente, las víctimas interpusieron una reposición contra la resolución que declaró inadmisibile la acción de protección, la que corrió igual suerte siendo rechazada.

- **La libertad de expresión, en tanto derecho fundamental, reconocido en el artículo 19 N° 12 de la Constitución Política de la República, comprende a su vez dos derechos, el primero relativo a la libertad para expresar, dar a conocer y difundir ideas, y el segundo, referido a investigar y a acceder a la información.**

Esta idea es recogida expresamente por una serie de tratados internacionales relativos a los derechos fundamentales, los cuales han sido suscritos, ratificados e incorporados a la legislación interna por Chile, reconociéndolos como un límite al ejercicio de la soberanía estatal, según lo dispone el artículo 5° de la Constitución Política de la República.

Finalmente, el día 19 de septiembre del año 2006, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, integrada por los jueces Sergio García Ramírez (Presidente), Alirio Abreu Burelli (Vicepresidente), Antônio A. Cançado Trindade, Cecilia Medina Quiroga, Manuel E. Ventura Robles y Diego García-Sayán, dicta sentencia condenando al Estado de Chile, declarando:

“Por unanimidad que: 1. El Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los señores Marcel Claude Reyes y Arturo Longton Guerrero, en relación con las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos y libertades y de adoptar disposiciones de derecho interno establecidas en los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado, en los términos de los párrafos 61 a 103 de la presente Sentencia...”³⁸

Asimismo, la sentencia condena al Estado de Chile por violación de garantías judiciales, por la no entrega de información por parte del Comité de Inversiones Extranjeras y la decisión tomada por la Corte de Apelaciones de Santiago al pronunciarse sobre el recurso de protección.

3.3.4. Influencia de la sentencia condenatoria contra el Estado de Chile en el reconocimiento en el ordenamiento jurídico interno del derecho de acceso a la información pública

La Corte Interamericana de Derecho Humanos determina que el Estado de Chile ha violado, en primer término, el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual consagra el derecho a la libertad de expresión en sus dos aristas: el derecho a dar a conocer la información y el derecho a acceder a la misma. Teniendo como núcleo central la vulneración del artículo 13, se establece además la violación de los artículos 1.1, 2, 8.1 y 25, disposiciones que hacen referencia a la obligación que pesa sobre los Estados parte en relación con adoptar las medidas necesarias para promover, garantizar, respetar y proteger los derechos fundamentales consagrados en dicho instrumento internacional. En este sentido, los Estados parte deben adaptar su

³⁸ Id., parte XI: Puntos resolutivos

legislación interna a las disposiciones de la Convención, en caso de que exista algún tipo de contradicción o contraposición entre ambos.

Bajo esta perspectiva, el Estado chileno debió cumplir una serie de obligaciones derivadas de la sentencia condenatoria que recayó en su contra:

- Proporcionar la información solicitada por las víctimas dentro de un plazo de 6 meses.
- Publicar los “hechos probados” de la sentencia en un diario de amplia circulación nacional.
- Establecer mecanismos que garanticen el acceso a la información existente en poder del Estado por parte de los ciudadanos.
- Capacitar a los funcionarios públicos encargados de recepcionar las solicitudes de información sobre la normativa relativa al ejercicio de este derecho.
- Pagar a las víctimas una suma de dinero por motivo de gastos y costas.
- Informar a la Corte, dentro del plazo de 1 año, las medidas adoptadas para garantizar y proteger el derecho de acceso a la información pública.

La importancia de este fallo radica en que es la primera sentencia de una corte internacional que reconoce el derecho de acceso a la información como una garantía fundamental, es decir, establece expresamente que la libertad de expresión implica el derecho a dar a conocer la información y el derecho a investigar o acceder a dicha información. En opinión de Tomás Vial Solar “*se podría señalar que previo a la dictación del fallo en comento había un cuerpo creciente de antecedentes que apuntaban en la dirección de reconocer el acceso a la información como un derecho humano contenido en la libertad de*

*expresión, pero aún faltaba el precedente de un fallo de un tribunal internacional que así lo declarara*³⁹

El razonamiento utilizado en la sentencia condenatoria contra el Estado chileno es bastante interesante, ya que, no obstante la falta de consagración expresa del derecho de acceso a la información pública como una garantía fundamental en la Constitución Política de la República y en la Convención Americana, permite establecer la responsabilidad del Estado considerando dicho derecho como parte integrante de la libertad de expresión.

La comentada sentencia de la Corte Interamericana fue dictada con fecha 19 de septiembre de 2006. El Estado de Chile, en observancia de las recomendaciones dadas por la Comisión Interamericana y adelantándose al veredicto de la Corte, promulgó el 18 de agosto del año 2005 la Ley N° 20.050, ley de reforma constitucional publicada el 26 de agosto de 2005, que eleva a rango constitucional los principios de transparencia y probidad en el ejercicio de la función pública,

El proceso iniciado a nivel interamericano contra el Estado de Chile obviamente fue gatillante en la dictación de la reforma constitucional, ley que fue utilizada como principal argumento a la hora de informar a la Corte sobre el estado de cumplimiento del fallo.

No sólo eso, los razonamientos y fundamentos utilizados por la Corte Interamericana sirvieron de base para una evolución jurisprudencial, la cual se evidencia principalmente en el fallo del Tribunal Constitucional del 9 de Agosto del año 2007, en autos Rol N° 634 – 2009, que declara la inaplicabilidad por

³⁹ VIAL Tomás, “Fallo Claude vs. Chile de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Derecho a la Información en la Constitución”, p. 4 [en línea]
<http://www.derecho.uchile.cl/jornadasdp/archivos/tomas_vial_solar.pdf> [consulta: 20 marzo 2010]

inconstitucionalidad del artículo 13 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de Administración del Estado.

La causa en que incide el pronunciamiento del Tribunal Constitucional puede sintetizarse de la siguiente manera:

- Solicitud presentada por la sociedad “Artículos de Seguridad Masprot Comercial e Industrial Limitada” al Servicio Nacional de Aduanas con el objeto de obtener información sobre la valoración aduanera relativa a la importación de ciertos productos correspondientes al mismo giro de la solicitante.
- Requerimiento rechazado por el Servicio Nacional de Aduanas, fundado en el artículo 13 inciso 3° de la Ley N° 18.575, el cual señala como causales que autorizan al Servicio a denegar la información requerida:
 - “a) Las disposiciones reglamentarias que lo autorizan a tal fin
 - b) A las facultades de oficio para declarar la reserva a favor de la protección de los derechos e intereses de terceros”
- Amparo de acceso a la información presentado en el año 2004 contra el Servicio Nacional de Aduanas, el cual es rechazado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, fundamentando su decisión en las facultades entregadas al servicio por el D.S. N° 26 del 2001 sobre Secreto o Reserva de los Actos y Documentos de la Administración del Estado del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.
- En el año 2005 (vigente ya la Ley N° 20.050) se requiere nuevamente información, lo cual desemboca en un nuevo amparo de acceso a la información pública, el cual tuvo un resultado favorable para los solicitantes

- Recurso de Apelación presentado por el Servicio Nacional de Aduanas contra la sentencia favorable a los solicitantes pronunciada por el Primer Juzgado Civil de Valparaíso.
- Solicitud de la Corte de Apelaciones de Valparaíso para que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 13 de la Ley N° 18.575 como medida para mejor resolver.

El núcleo de la discusión se centraba fundamentalmente en determinar si el artículo 13 de la Ley N° 18.575 resultaba inconstitucional, toda vez que su contenido no era concordante con el artículo 8° de la Constitución Política de la República, modificado por la Ley N° 20.050, que consagra el principio de transparencia en el ejercicio de la función pública. En este sentido, las causales señaladas como admisibles para calificar de secreto o reservado determinados documentos de acuerdo con el inciso 11 del artículo 13 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado serían contrarias y excederían los límites impuestos por la Constitución Política de la República.

Expone el Tribunal Constitucional: *“En su Auto Motivado, de 19 de enero de 2007, remitido a esta Magistratura a través del citado Oficio N° 14, del día 24 del mismo mes y año, la Corte de Apelaciones de Valparaíso recuerda que de conformidad con el artículo 13 de la Ley N° 18.575, son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, añadiendo que, en caso que la información en cuestión no se encuentre a disposición del público de modo permanente, el interesado tiene derecho a requerirla por escrito al respectivo jefe del servicio, el cual debe proporcionar la documentación, salvo que concurra alguna de las causales que lo autorizan a*

negarse. Entre éstas se encuentra aquella que dice relación con la afectación sensible que la divulgación o entrega de documentos o antecedentes solicitados produzca respecto de derechos o intereses de terceras personas, según calificación fundada efectuada por el jefe superior del servicio requerido, lo que a juicio de la Corte requirente contravendría el artículo 8° de la Constitución, en su nuevo texto fijado por la Ley N° 20.050, de 26 de agosto de 2005.”

El artículo 8° inciso 2° de la Constitución Política de la República dispone que *“Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, sí como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, solo 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”*.

Del análisis de las normas en contienda, se aprecia fácilmente la contradicción entre la norma constitucional y la de rango legal. La

Finalmente, el Tribunal Constitucional determina la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 13 inciso 11 de la Ley N° 18.575 en la parte que señala que se faculta al jefe de servicio para calificar la información, ya que la disposición resulta contraria a la norma constitucional que establece una reserva legal en materia de excepciones al principio de publicidad.

En conclusión, es posible observar que el fallo del Tribunal Constitucional se basa en la reforma constitucional del año 2005, la cual en gran parte se ve influenciada por criterios y razonamientos provenientes de normativa y jurisprudencia internacional que consideran el acceso a la información pública como parte de la libertad de expresión, y por ende, como un derecho fundamental. Así lo señala el citado fallo en su considerando 9, el cual expresa: *“Que el presente requerimiento incide en un derecho- el de acceso a la*

información pública- cuyo reconocimiento constitucional no merece duda a la doctrina de los iuspublicistas y tampoco a la jurisprudencia. En primer lugar porque Chile es una república democrática, tal y como se afirma en el artículo 4° de la Constitución Política (...) En segundo término, porque el derecho a acceder a las informaciones que obran en poder de los órganos del Estado forma parte de la libertad de expresión que, entre nosotros, se encuentra consagrada en el artículo 19 N° 12 de la Carta Fundamental (...) Finalmente, porque el artículo 8° de la Constitución Política, introducido por la reforma constitucional de agosto de 2005 (Ley N° 20.050), consagró los principios de probidad, publicidad y transparencia en la actuación de los órganos del Estado...”⁴⁰

Por lo expresado es evidente la enorme influencia que ejercieron las recomendaciones dadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tanto en la evolución de criterios jurisprudenciales como en la adecuación de nuestra legislación a los estándares internacionales en materia de acceso a la información pública, reconociéndolo como derecho humano, que se manifiesta en la Ley N° 20.050 que eleva a rango constitucional los principios de probidad, transparencia y publicidad y la Ley N° 20.285 que desarrolla el principio de publicidad contenido en el inciso 2° del artículo 8° de la Constitución, ley que regula el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información.

⁴⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol 634 - 2006, Santiago 9 de Agosto de 2007

CAPITULO IV

“SUFICIENCIA DE LA REGULACIÓN JURÍDICA CHILENA SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, EN ATENCIÓN A LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES VIGENTES EN LA MATERIA”

4.1. LA REFORMA AL ARTÍCULO 8° DE LA CONSTITUCION POLÍTICA DE LA REPÚBLICA Y LA CONSAGRACIÓN DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

La modificación al artículo 8° de la Constitución se materializó a través de la publicación de la Ley N° 20.050, ley de reforma constitucional, la cual representa un instrumento unitario de regulación en materia de transparencia y acceso a la información pública; como también una vía mediante la cual se eleva a rango constitucional los principios de publicidad y transparencia en el ejercicio de la función administrativa.

Esta ley es el primer texto que sistematiza y regula la temática en cuestión, pues no existen antecedentes referidos en forma exclusiva y unitaria al reconocimiento del principio de transparencia en el ejercicio de la función pública. El tratamiento previo dado a este tema se encontraba en textos legales, reglamentos y algunas circulares, que no tenían el carácter exclusivo, como tampoco daban una regulación suficiente, completa y unitaria, que permitiera abarcar cada uno de los aspectos que implica el reconocimiento de la transparencia y publicidad como principios rectores de la función pública en el ordenamiento jurídico chileno.

En relación al reconocimiento de esta materia en el ordenamiento jurídico, resulta imprescindible referirse a los textos constitucionales y legales, es por ello, que a continuación se realizará un análisis de ambos, identificando sus principales caracteres.

4.1.1. Consagración a nivel constitucional del principio de transparencia y acceso a la información pública

El artículo 8° de la CPR, prescribe:

“El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.

Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como los fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, solo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquellos 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.”

Del análisis de este precepto constitucional podemos extraer las siguientes características:

i. Vinculación directa de la Constitución

Este precepto posibilita una aplicación inmediata de la norma constitucional, es decir, ésta puede llegar a ser plena y directamente aplicable a un caso concreto. De esta forma, se reconoce la eficacia directa de la Constitución, lo cual implica que *“el texto constitucional no requiere de la intermediación legal para su aplicación, y que los operadores jurídicos pueden invocar su aplicación sea directamente o por vía interpretativa. Así la Constitución pasa a ser precisamente nuestra norma suprema y no una declaración programática. La Carta Fundamental tendrá ahora reglas de valor*

*normativo inmediato*⁴¹ . Las consecuencias de esta aplicabilidad radican, principalmente, en considerar a la Constitución como norma fundamental, que como tal, debe inspirar todo el ordenamiento jurídico; por lo cual ante un conflicto entre normas de rango legal o reglamentario y normas constitucionales, debe darse preferencia a estas últimas, en tanto rectoras de todo el ordenamiento jurídico. Esta idea se ve además respaldada por la ubicación del precepto dentro la Constitución, ya que se encuentra bajo el Capítulo I, titulado “Bases de la Institucionalidad”.

ii. Precepto no meramente declarativo

Como consecuencia de la aplicabilidad directa del precepto, se considera al mismo como una norma no meramente declarativa, sino con eficacia concreta dentro del ordenamiento jurídico. Así lo ha señalado un pronunciamiento del Tribunal Constitucional, en que hace referencia fundamentalmente a los artículos 6°, 7° y 8° de la Constitución: *“estos preceptos no son meramente declarativos sino que constituyen disposiciones expresas que obligan a gobernantes y gobernados tanto en sí mismas, como también, en cuanto normas rectoras y vitales que coadyuvan a desentrañar el verdadero sentido y espíritu del resto de las disposiciones de la Constitución”*⁴²

iii. Causales taxativas de secreto o reserva

La Constitución establece causales específicas que pueden configurar excepciones al principio de transparencia y publicidad en el ejercicio de la función pública. Cabe señalar que esta enumeración es taxativa, es decir,

⁴¹ CORDERO VEGA Luis, “Efectos de la reforma constitucional en materia de acceso a la información pública”. p 9, [en línea] <<http://www.derecho.uchile.cl/jornadasdp/archivos/Luis%20Cordero%20V.pdf>> [consulta: 28 marzo 2010]

⁴² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia Rol N° 280 – 1998 C. 12

cualquier circunstancia situada fuera de las excepciones expresamente estipuladas no puede considerarse como una causal de establecimiento de secreto o reserva, ya sea de un acto o un documento público.

Como consecuencia de lo señalado precedentemente, se produjo la derogación del DS. N° 26, el cual establecía causales de secreto o reserva de ciertos documentos en manos de los órganos del Estado, causales que se oponían a la disposición constitucional, y eran de tal amplitud que muchas veces permitían restricciones arbitrarias e infundadas al principio de publicidad, lo que dificultaba la posibilidad de control social sobre los actos de gobierno. Es por esta situación, que con la modificación a la Carta Fundamental, se derogó el DS. N° 26 por contradecir abiertamente las disposiciones constitucionales referentes a la materia.

Por otra parte, las causales de excepción al principio de publicidad contenidas en el artículo 8° de la Constitución, responden a los criterios de finalidad, justificación, necesidad y proporcionalidad dados por los tratados internacionales ratificados por Chile, principalmente la Convención Americana de Derechos Humanos, y por las tendencias internacionales. En este sentido, para aceptar la declaración de reserva o secreto de un documento en manos de órganos de la administración pública, ella debe estar inspirada en una causal señalada expresamente por la Constitución, o en su caso, en una ley de quórum calificado dictada sobre la base de los criterios señalados en la Carta Fundamental.

iv. Reserva legal en materia de excepciones al principio de publicidad

El establecimiento de excepciones a los principios de transparencia y publicidad ha quedado exclusivamente entregado al legislador, es decir, ni un

reglamento, ni una resolución particular de un servicio tiene la facultad de declarar el secreto o la reserva de algún documento de carácter público.

Las excepciones deben establecerse mediante una ley de quórum calificado inspirada en los criterios señalados por la propia Constitución, particularmente lo prescrito por el artículo 66 inciso 3° de la Constitución: “(...) *Las normas legales de quórum calificado se establecerán, modificará, o derogarán por la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio*”. En este sentido, el precepto citado permite señalar el requisito de aprobación al que se sujeta una norma que pretenda establecer la reserva o secreto de un documento en manos de un órgano de la administración pública; por lo que, no procedería que una ley ordinaria regulara este tipo de materias. La ley de quórum calificado que ha venido ha sistematizar el tratamiento de la transparencia y acceso a la información de los órganos estatales es la Ley N° 20.285, de 2008.

La reserva legal resulta bastante necesaria en este ámbito, pues se impide la utilización indiscriminada de la facultad de decretar el secreto o reserva de un documento y de sus fundamentos por parte de un órgano público. Para que se admita la posibilidad de reserva o la posibilidad de secreto en el campo de la administración del Estado, ello ha de atribuirse solo a texto expreso de ley. Como consecuencia de esta circunstancia es posible afirmar que *“a falta de texto expreso debemos, en consecuencia, sostener la tesis categórica de que prevalece el acto esencialmente público, como una consecuencia de que la Administración del Estado tiene en los términos más absolutos y en las distintas posibilidades de actuar del Estado, tanto en el campo legislativo como el ejecutivo, judicial o en el control, la característica genuina y fundamental de la publicidad.”*⁴³

⁴³ CORDERO VEGA Luis, op cit., p. 5

4.1.2. Consagración legal del principio de transparencia y acceso a la información, la Ley N° 20.285

La Ley N° 20.050, publicada el 26 de agosto de 2005, reformó el artículo 8° de la Carta Fundamental, elevando a rango constitucional el principio de transparencia y publicidad en el ejercicio de la función pública

En el contexto propiciado por esta reforma, surge la Agenda de Probidad y Transparencia, cuyo principal objetivo era la dictación de una ley de acceso a la información pública, por lo que se comienza a elaborar un proyecto sobre este punto, a consecuencia de una moción presentada en el Senado de la República por los senadores Hernán Larraín Fernández y Jaime Gazmuri Mujica con fecha 4 de enero de 2005

El fundamento del proyecto de ley es posible encontrarlo en el informe entregado por la comisión encargada del mismo, cuyo texto, haciendo referencia a la ley de Probidad dictada en 1999, señala que *“tras cinco años de vigencia y aplicación de esa normativa, la experiencia breve pero significativa que se ha acumulado, permite formularle perfeccionamientos y correcciones. En este contexto, se inserta el proyecto de ley en análisis, el cual puede ser todavía, en los trámites posteriores, mejorado...”*; a continuación agrega *“(...) que partiendo de la base que de lo que se trata, por el legislador, es asegurar el principio de transparencia y publicidad de los actos estatales, resulta menester coincidir con quienes sostienen que el tema de fondo para el cual cabe buscar fórmulas legislativas que contribuyan a superarlo estriba en la cultura del secreto en que han sido formados y se desenvuelven, actualmente, los órganos del Estado y los funcionarios que en él se desempeñan...”*⁴⁴

⁴⁴ Informe de la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, sobre Acceso a Información Pública, contenido en el Boletín N° 3.773-06, del 16 de mayo de 2005, p 23

Finalmente, luego de varias indicaciones y de una ardua tramitación legislativa que se extendió por más de tres años, el 11 de agosto del año 2008 se promulgó y el 20 agosto del mismo año se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 20.285, denominada como la Ley de Transparencia de la función Pública y de Acceso a la información de la Administración del Estado, que viene a realizar lo preceptuado en el inciso 2° del artículo 8° de la Constitución Política de la República, modificado por la Ley N° 20.050 de 2005, y que entró en vigencia el 20 abril del año 2009.

La Ley N° 20.285 fija en su artículo 1° inciso 1° su campo de aplicación, señalando:

“La presente ley regula el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información.”

4.1.2.1. Ámbito subjetivo de aplicación de la ley de acceso a la información pública

En el artículo 2° de la Ley N° 20.285 se enumeran los órganos de la administración del Estado a quienes les es aplicable la normativa, los cuales corresponden a los mencionados en el artículo 1° de la Ley General de Bases Generales de la Administración del Estado, Ley N° 18.575. Estos órganos son: los ministerios, las intendencias, las gobernaciones, los gobiernos regionales, las municipalidades, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa. Luego se refiere a la Contraloría General de la República y al Banco Central, quienes en su calidad de órganos de la administración del

Estado autónomos, con patrimonio y personalidad jurídica propia, se rigen por esta ley, cuando la misma lo señale en forma expresa, y en los demás asuntos relativos a la publicidad y transparencia de la información, se rigen por su propia ley orgánica constitucional. Además se les aplica esta ley a las empresas públicas creadas por ley y a las sociedades en que el Estado tenga una participación accionaria de más de un 50%.

A estas autoridades se les obliga a respetar el principio de transparencia de la función pública, el cual consiste, según lo preceptuado en el artículo 4° de la Ley N° 20.285 *“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.”*

Son sujetos activos del derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, de acuerdo al artículo 10 de la Ley N° 20.285, “toda persona”. Este concepto es *“(…) comprensivo de persona jurídica o natural, pública o privada, nacional o extranjera. Se reconoce a todo individuo el derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley. Es más la ley no exige expresión de interés, causa, motivo o fundamento para requerir la información, lo cual constituye uno de los aspectos más positivos de la regulación del acceso a la información. Ello debería permitir ejercer el acceso a la información como es un derecho efectivo.”*⁴⁵

⁴⁵ POBLETE Julia, “Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública”, XIV Conferencia Internacional de Bibliotecología, “Información y ciudadanía: desafíos públicos y privados”. 2009, p. 6, [en línea] < <http://www.bibliotecarios.cl/descargas/2009/10/poblete.pdf> > [consulta: 30 abril 2010]

4.1.2.2. Ámbito objetivo de aplicación de la ley de acceso a la información pública

Como se expresó, la Ley N° 20.285 en su artículo 1°, regula el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información.

i. Principios que inspiran la ley de acceso a la información pública

La Ley N° 20.285 se inspira en una serie de principios que son detallados en su artículo 11, los cuales confluyen en que el principal espíritu de la ley es lograr la instauración del principio de publicidad y transparencia en el actuar administrativo del Estado, lo que trae consigo una serie de beneficios para el control social del gobierno y de los órganos y funcionarios que actúan en la administración.

Los principios rectores más relevantes de la ley son los siguientes:

- a) Principio de la relevancia: se presume relevante toda información que posean los órganos de la administración del Estado, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento.
- b) Principio de la libertad de información: toda persona goza del derecho a acceder a la información que obre en poder de los órganos de la Administración del Estado, sólo con excepciones o limitaciones establecidas por leyes de quórum calificado.
- c) Principio de apertura o transparencia: toda la información en poder de los órganos de la administración del Estado se presume pública, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas.

d) Principio de máxima divulgación: los órganos de la administración del Estado deben proporcionar información en los términos más amplios posibles, excluyendo sólo aquello que esté sujeto a las excepciones constitucionales o legales.

e) Principio de la oportunidad: los órganos de la administración del Estado deben proporcionar respuesta a las solicitudes de información dentro de los plazos legales, con la máxima celeridad posible y evitando todo tipo de trámites dilatorios.

f) Principio de gratuidad: el acceso a la información de los órganos de la administración es gratuito, sin perjuicio de lo establecido en esta ley.

Además se contemplan los principios de la divisibilidad, de la facilitación, de la no discriminación, del control y de la responsabilidad. Todos estos principios han de servir de base la interpretación que debe darse por los órganos competentes al pronunciarse sobre los requerimientos sea de transparencia activa o pasiva.

ii. Extensión material del principio de transparencia

La amplitud del principio de publicidad y transparencia en la función administrativa está dada por el artículo 5° de la ley de acceso a la información pública, que menciona como elementos a los cuales se extiende este principio, a saber:

- Actos y resoluciones de los órganos de la administración del Estado.
- Fundamento de estos actos o resoluciones.
- Documentos que sirvan de complemento directo o esencial al acto o resolución administrativa.
- Procedimientos utilizados en la dictación de un acto o resolución administrativa.

- Información elaborada con presupuesto público.
- Cualquier información que obre en manos de los órganos de la Administración del Estado, sin distinción de soporte, y que no esté sometida a excepción sobre la base de medios legítimos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

iii. Excepciones al principio de transparencia y publicidad de la información en manos de órganos públicos

El artículo 21 de la Ley N° 20.285 señala taxativamente las causales de secreto o reserva de la información, reconociéndose así, que la regla general en la materia es la transparencia y la publicidad en el acceso a la información, tal como está contemplado en el artículo 8° de la Constitución Política de la República. Las causales son las siguientes:

- * Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido.
- * Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico.
- * Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública.
- * Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el interés nacional, en especial si se refieren a la salud pública o las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país.
- * Cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8° de la Constitución Política.

iv. Deber de Transparencia activa de lo órganos de la Administración del Estado

La transparencia activa es entendida como el deber positivo del Estado de suministrar a través de los mecanismos que considere acordes al cumplimiento de esta función, como sitios electrónicos u oficinas destinadas al efecto, cierta información a los ciudadanos, la cual debe encontrarse permanentemente a disposición de éstos, sin necesidad de requerimiento alguno por parte de los mismos.

El artículo 7° de la ley de acceso a la información pública señala que la información que debe mantenerse, de forma actualizada, a disposición permanente del público en los sitios electrónicos de los respectivos servicios. Entre los antecedentes que deben estar disponibles podemos encontrar asuntos relativos a la estructura y funcionamiento orgánico del servicio, información presupuestaria, resoluciones que causen efecto ante terceros, entre otras.

Asimismo, se “dispone que los actos y documentos que han sido objeto de publicación en el Diario Oficial y aquellos que digan relación con las funciones, competencias y responsabilidades de los órganos de la Administración del Estado, deben estar a disposición permanente del público y en la página Web del servicio respectivo, el que deberá llevar un registro actualizado en las oficinas de información y atención del público usuario de la Administración del Estado.”⁴⁶

En caso de incumplimiento al deber de transparencia activa por parte de algún órgano de la Administración del Estado, se podrá reclamar ante el Consejo para la Transparencia. En el evento que dicho consejo imponga multa al servicio infractor, dicha situación también deberá publicarse.

⁴⁶ Id, p. 8

v. Ejercicio del derecho de acceso a la información pública o transparencia pasiva

El artículo 12 de la Ley N° 20.285 establece la forma en que un particular puede requerir de algún órgano de la Administración del Estado la entrega de determinada información que obra en su poder. La relevancia de este mecanismo de solicitud de información radica en que quien la solicite no debe acreditar ningún tipo de interés particular para poder acceder al documento, acto o resolución.

Al recibir una solicitud de información, el órgano tiene el plazo 20 días hábiles para pronunciarse sobre dicho requerimiento, los que, en caso de existir dificultades para reunir la información, pueden prorrogarse por hasta 10 días más.

Ante la solicitud, el órgano puede acceder o negarse a entregar la información. En caso de negarse, ello será admisible únicamente si la información está sujeta a secreto o reserva por causales expresadas en la Constitución o en la ley; o si un tercero ha hecho uso de su derecho de oposición en forma fundada y con expresión de causal. La negativa de entrega de información deberá, en todo caso, ser fundada, especificando la causal legal invocada y las razones que en cada caso motiven su decisión.

Si se tratare de información permanentemente disponible al público, el órgano puede Comunicar al solicitante la fuente, el lugar y la forma en que puede tener acceso a dicha información.

Se puede expresar que esta arista de la transparencia, configura el llamado derecho de acceso a la información pública, derecho indispensable en un Estado de Derecho de corte democrático.

4.2. EL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA

Como un mecanismo de resguardo del principio de publicidad y al acceso a la información pública en manos de los órganos de la Administración del Estado, la Ley N° 20.285, precisamente en su artículo 31, crea la figura de un órgano autónomo, encargado de velar y fiscalizar el cumplimiento de la normativa en materia de transparencia de la información, garantizando el derecho de acceso a la información pública. Este órgano se denomina Consejo para la Transparencia.

En virtud del artículo 24 de la Ley es posible reclamar ante este órgano cuando ha existido una denegación a la solicitud de acceso a la información; o bien, cuando no se ha recibido respuesta del órgano dentro del plazo de 20 días que tiene éste para responder a la solicitud.

El procedimiento del amparo informativo es bastante concentrado, lo cual evidencia la necesidad de no dilatar estos procesos y de entregar una respuesta rápida al particular. Así, el requirente tiene el plazo de 15 días hábiles para reclamar ante el Consejo para la Transparencia, indicando la infracción cometida, los hechos que la configuran, acompañar prueba que acrediten los hechos y copia de la solicitud de información y de la resolución que la niega (si la hubiere).

El reclamo debe ser notificado a la autoridad reclamada y al tercero, si lo hubiere, quienes podrán presentar descargos u observaciones dentro del plazo de diez días hábiles. La resolución del reclamo se dictará dentro de quinto día hábil una vez vencido el plazo para presentar descargos, o de efectuada la última audiencia decretada, en su caso. (Artículos 25 y 27 de la Ley N° 20.285)

El Consejo para la Transparencia puede resolver de los siguientes modos:

- Otorgar el acceso a la información, fijando un plazo prudencial para su entrega por parte del órgano requerido; o
- Denegar el acceso, confirmando la concurrencia de una causal legítima de secreto o reserva; señalar la necesidad de iniciar un procedimiento disciplinario para establecer si algún funcionario o autoridad ha incurrido en alguna de las infracciones que señala la ley. (Artículo 26 de Ley N° 20.285)

El Consejo para la Transparencia tiene como misiones fundamentales, de acuerdo a lo expresado en el artículo 33 de la ley de transparencia y acceso a la información pública:

- Fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia activa;
- Resolver, fundadamente, los reclamos en contra de las negativas a las solicitudes de acceso a la información;
- Promover la transparencia de la función pública, la publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y el derecho de acceso a la información, por cualquier medio de publicación;
- Realizar actividades de difusión e información al público, sobre las materias de su competencia
- Velar porque la Administración Pública cumpla la Ley N° 19.628, de protección de datos personales
- Sancionar directamente a los infractores de la ley. Dentro de las sanciones encontramos imposiciones de multas, y en casos extremos, incluso de suspensión temporal del cargo, para el jefe de servicio que deniega infundadamente información que le es solicitada, o no la entrega en el tiempo y forma decretada, contraviniendo así las disposiciones contenidas en la ley.

Cabe destacar, que la autonomía del Consejo para la Transparencia, permite disminuir en un grado significativo las dudas relativas a la imparcialidad del órgano juzgador. No obstante, existe la posibilidad, de conformidad al artículo 28 de la Ley N° 20.285, de reclamar de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante en caso que la resolución del Consejo deniegue el acceso a la información. De esta forma se garantiza un adecuado ejercicio del derecho de acceso a la información.

4.3. ANALISIS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN EL MARCO DEL RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL

Habiendo analizado la reforma constitucional impuestas por la Ley N° 20.050 al texto constitucional y los principales caracteres que presenta la Ley N° 20.285 de acceso a la información pública, y adoptando la tesis que acepta el carácter vinculante y suprallegal de los tratados internacionales en materia de derechos humanos; resulta procedente analizar dicha reforma constitucional desde la óptica del reconocimiento internacional del acceso a la información como un derecho fundamental.

Desde el punto de vista de reconocimiento interno del acceso a la información pública, la reforma constitucional y la Ley N° 20.285 representan un gran avance en la materia, el cual, no deja de estar influenciado por las tendencias internacionales sobre el tema. En este sentido, es imposible desconocer la serie de beneficios que trae consigo la nueva legislación en lo referente al reconocimiento de la transparencia y acceso a la información pública en nuestro ordenamiento jurídico, a saber:

a) Eliminación de medios a través de los cuales se establezca secreto o reserva de actos y documentos administrativos de forma indiscriminada: ello se

logra fundamentalmente con la derogación del DS N° 26 y la invalidación de las resoluciones exentas dictadas por los servicios públicos bajo su amparo. Con todo, la principal modificación en este aspecto consiste en haber establecido reserva legal en la regulación de esta materia.

b) La negativa de un órgano ante una solicitud de acceso a información de carácter público debe necesariamente ser: escrita, fundada, y debe encuadrarse dentro de una de las causales señaladas por la ley y la Constitución.

c) Desde un punto de vista procesal, se busca evitar dilaciones en la respuesta dada por el órgano público.

d) Existencia de mecanismos de resguardo para el ejercicio del derecho o instancias de reclamación ante la vulneración de éste: en consideración a ello se crea el Consejo para la Transparencia, para reclamar frente a decisiones infundadas de los órganos; existiendo además la posibilidad de recurrir de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones respectiva contra la sentencia dictada por el Consejo.

e) Consagración constitucional y legal del principio de transparencia y publicidad relativo al acceso a la información pública.

En atención a lo señalado precedentemente, podemos afirmar que Chile ha cumplido con las obligaciones que se autoimpuso al suscribir y ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos, particularmente las contenidas en sus artículos 13, 25, 2, y 1.1, pues se ha establecido la reserva legal para fijar excepciones al principio de publicidad, ha realizado modificaciones tendientes a adaptar su ordenamiento interno a las disposiciones recogidas por la Convención, ha adoptado medidas tendientes a garantizar y promover el respeto por la transparencia y publicidad, como también ha proporcionado

instancias de reclamación internas ante la vulneración del derecho de acceso a la información pública.

En la misma línea también ha cumplido con lo ordenado por la sentencia condenatoria en el caso “Claude Reyes y otros con Chile”, la cual dispuso: *“Sin embargo, el Tribunal considera necesario reiterar que el deber general comprendido en el artículo 2 de la Convención implica la supresión tanto de las normas como de las prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violaciones a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías... Por ello, Chile debe adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección al derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, dentro de las cuales debe garantizar la efectividad de un procedimiento administrativo adecuado para la tramitación y resolución de las solicitudes de información, que fije plazos para resolver y entregar la información, y que se encuentre bajo la responsabilidad de funcionarios debidamente capacitados”*⁴⁷

El Estado chileno, salvo ciertas objeciones particulares, como el hecho de no haber publicado el fallo de la Corte Interamericana en un diario de “amplia” circulación nacional (fue publicado en el Diario La Nación que es el diario de menor tiraje dentro de los de circulación nacional) ha dado cumplimiento formal a los estándares internacionales en materia de libertad de expresión y acceso a la información pública, ya que ha consagrado los principios de transparencia y publicidad en la función administrativa, tanto a nivel legal como constitucional.

Sin embargo, pese al consenso existente en que el Estado de Chile ha adecuado su legislación a la normativa internacional, se ha desatado una discusión que tiene como centro la naturaleza misma del acceso a la

⁴⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, op cit. Consideraciones de la Corte. Medidas de satisfacción y garantías de no repetición N°163

información pública. Bajo esta idea, es posible advertir que el tratamiento dado a este derecho en la Convención Americana de Derechos Humanos y en la Constitución Política de la República, difieren cuestiones de suma importancia, las que pasamos a analizar.

4.3.1. Acceso a la información pública en la Convención Americana de Derechos Humanos

El artículo 13 de la Convención Americana prescribe: *“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.”*

Del análisis de este precepto se desprende que el acceso a la información, es considerado una de las dimensiones del derecho a la libertad de expresión, es decir, **el derecho a recibir e investigar informaciones o ideas** es considerado un derecho fundamental, toda vez que se encuentra implícito en la libertad de expresión.

Si consideramos al acceso a la información pública como un derecho fundamental, se desprende de ello una serie de consecuencias, pues nos encontramos frente a un derecho inalienable y esencial a la persona humana, por lo que su vulneración o violación trasciende las fronteras de la administración interna de un Estado, siendo también una obligación de la comunidad internacional velar por el respeto y ejercicio de este derecho.

Bajo esta perspectiva, el Estado tiene una doble función, por un lado, debe abstenerse de ejecutar cualquier acto que pueda perturbar, privar o restringir arbitraria e indiscriminadamente el derecho en cuestión; como

también, por otro lado, debe propender las condiciones que faciliten el ejercicio de éste.

Sobre la base de lo expuesto, es posible observar que el derecho de acceso a la información pública, como parte integrante del derecho a la libertad de expresión, considerado un derecho civil y político de primera generación, debe recibir el mismo tratamiento dado a este último, tanto en el ordenamiento interno vigente de los Estados como en el ámbito internacional.

4.3.2. Acceso a la información pública en la Constitución Política de la República

El artículo 19 N °12 de la Constitución consagra la libertad de expresión en los siguientes términos: *“La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa en cualquier forma y por cualquier medio...”*. Se puede advertir que en parte alguna del numeral se establece explícitamente el derecho a **“investigar y a recibir información”**, es por ello, que el derecho de acceso a la información carece de consagración explícita en el articulado referente a los derechos fundamentales.

Empero, mediante la interpretación doctrinaria y jurisprudencial se ha entendido que si bien, no se consagra en forma expresa el derecho a recibir información, éste se encuentra implícitamente contemplado en la garantía. Así lo señala el Tribunal Constitucional en uno de sus pronunciamientos: *“que, si bien el texto definitivo de la Constitución de 1980 no recogió el referido inciso del anteproyecto constitucional que fue eliminado por el Consejo de Estado y, si bien en la letra de la Ley Fundamental no aparece consagrado expresamente el derecho a recibir las informaciones, éste forma parte natural y se encuentra*

implícito en la libertad de opinión y de informar, porque de nada sirven estas libertades si ellas no tienen destinatarios reales”⁴⁸.

Con todo, la falta de referencia expresa a este derecho ha ocasionado su vulneración, y de cierta forma, facilitaba, el mantenimiento de prácticas, consagradas muchas veces legalmente, que tendían al establecimiento del secreto o reserva de determinada información, particularmente aquella perteneciente a órganos integrantes de la administración del Estado, la cual, por su naturaleza debe considerarse, por regla general, de acceso público, y sólo bajo la concurrencia de algunos supuestos y determinadas circunstancias puede considerarse como reservada o secreta.

En mérito de la reforma constitucional propiciada por la Ley N° 20.050, se instituyen los principios de publicidad, transparencia y el derecho de acceso a la información pública en el artículo 8 de la Constitución.

El artículo 8° de la Carta Fundamental, se encuentra situado en su Capítulo I, titulado “Bases de la Institucionalidad”, de lo cual se puede deducir que el acceso a la información pública en la Constitución chilena, no obstante la importancia y relevancia alcanzada, no está explícitamente enumerado en el Capítulo III de la Constitución, que contempla los derechos constitucionales que ella asegura a todas las personas.

La Constitución Política de la República mira el acceso a la información pública desde una óptica de corte administrativo más que ideológico, ya que se refiere a la misma como un principio rector de la administración y del funcionamiento del Estado de derecho. Es así como nos encontramos frente a una omisión de la carga ideológica e histórica del concepto de derechos

⁴⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 226 - 1995. Cuestión de constitucionalidad planteada en la tramitación del proyecto de ley sobre “Libertad de expresión, información y ejercicio del periodismo”

fundamentales, lo cual desemboca en una desventaja práctica para el ejercicio de este derecho.

Las bases de la institucionalidad son los principios orientadores de cada uno de los poderes del Estado, por lo cual son los cimientos sobre los que se construye la organización estatal. Por ello, la consagración de la publicidad y transparencia de la función estatal en este capítulo, implica un reconocimiento de este deber por parte de cada uno de los órganos que ejercen la función pública; no obstante ello, se omite la consideración del acceso a la información como una prerrogativa del individuo frente al Estado, cuya protección trasciende la esfera estatal.

Esta consagración constitucional trae una serie de consecuencias prácticas:

a) Dificulta recurrir a un tratado internacional de derechos humanos al momento de resguardar el derecho en cuestión. Ante una vulneración del derecho de acceso a la información pública, se obstaculiza citar un tratado internacional de derechos humanos cuyo contenido se refiera a la libertad de expresión, para exigir el deber de protección del derecho en cuestión por parte del Estado.

b) Se obstaculiza la aplicación de la jurisdicción internacional. Si consideramos esta materia como principio de organización estatal, lo que ocurre como consecuencia, es que la jurisdicción aplicable respecto de estos asuntos debe ser la estatal. Esta idea se fundamenta en que los tratados internacionales en materia de derechos humanos pueden tener un rango supralegal en el ordenamiento interno, sin embargo, el acceso a la información de carácter público no es considerada un derecho fundamental consagrado en el artículo 19 de la Constitución, y por ende, no estamos frente a una materia que limite la

soberanía y que pueda ser llevada órganos de jurisdicción internacional, atendiendo el carácter de derecho esencial inherente al individuo.

c) Improcedencia del recurso de protección. El artículo 20 de la Constitución Política de la República prescribe: *“El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso cuarto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.”*

El recurso (acción) de protección tiene por objeto el resguardo de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, es decir, es posible interponerlo cuando nos encontramos frente a una privación, perturbación o amenaza del derecho a la libertad de expresión. No obstante ello, al no consagrarse el derecho de acceso a la información como parte integrante de la libertad de expresión, la utilización de este recurso como mecanismo de resguardo en asuntos referidos a esta materia, se hace prácticamente imposible. Lo anterior, se refuerza, toda vez, que para la reclamación ante una vulneración del derecho de acceso a la información pública se ha creado un organismo autónomo especial denominado Consejo para la Transparencia.

d) Extensión del principio de transparencia y acceso a la información pública. La consagración de este principio en el capítulo de “Bases de la

Institucionalidad”, lo hace aplicable a todos los órganos del Estado, en virtud del artículo 6° de la Constitución.

Los órganos del poder ejecutivo, administrativo y judicial quedan obligados por este precepto. Sin embargo, la Ley N° 20.285 sobre acceso a la información pública, dispone en su artículo 2° que su ámbito de aplicación corresponde sólo a los órganos integrantes de la administración del Estado, haciendo especial mención a la forma en que estas normas se aplicarían a los organismos autónomos de la administración del Estado.

Desde este punto de vista queda aún pendiente una regulación legal que sea comprensiva del poder judicial y legislativo, quienes en su calidad de órganos del Estado se encuentran también sometidos a los principios de publicidad y transparencia en el desempeño de sus funciones.

Las dificultades reseñadas no se presentarían de haberse consagrado el derecho de acceso a la información pública dentro de las garantías constitucionales, ya que, la protección y resguardo de éstas es un deber que comprende toda forma en que el Estado ejerza su función, superando incluso las fronteras del mismo.

Sin embargo, una interpretación sistemática e inclusiva de nuestra Carta Fundamental nos lleva a concluir que, a pesar de no haberse consagrado el derecho de acceso a la información pública dentro del capítulo III sobre Derechos y Deberes Constitucionales, de todos modos ese derecho forma parte constitutiva de la libertad de expresión y debiera ser procedente su tutela por la vía de la acción de protección. La limitante a esta posición está dada por la tendencia de los tribunales de aplicar la ley en su sentido literal, lo que hacía conveniente una consagración del acceso a la información pública en términos explícitos dentro del capítulo III.

CONCLUSIONES

Ley N° 20.050 de reforma constitucional que modifica el artículo 8° de la Constitución Política de la República consagra, a nivel constitucional, los principios de transparencia y publicidad de todos los actos que emanen de algún órgano estatal. La Ley N° 20.285 desarrolla en específico el acceso a la información en manos de los órganos de la administración del Estado.

Con anterioridad a su implementación, la reserva o secreto de los actos estatales podía establecerse por medio de una resolución dada por el jefe del órgano público, no existiendo un deber de fundamentación ante la negativa de una solicitud de información ni tampoco mecanismos de resguardo para el derecho de acceso a la información pública.

Al analizar los avances que tuvo el Estado de Chile en el reconocimiento y protección del derecho de acceso a la información pública, resulta imprescindible referirse a la influencia que han tenido las obligaciones y estándares propuestos por la comunidad internacional, lo cual se ha plasmado en la suscripción de convenios internacionales, suscritos y ratificados por Chile; como también a la presión ejercida contra el Estado por la denuncia efectuada ante los organismos interamericanos por violación a la libertad de expresión y acceso a información pública y la posterior sentencia condenatoria dictada por la Corte Interamericana en el caso Claude Reyes y otros con Chile. Los tratados, recomendaciones y fallos de carácter internacional obligaron al Estado de Chile a adecuar su legislación interna a los principios de transparencia y publicidad.

La evolución que introduce en nuestro ordenamiento jurídico la reforma constitucional de 2005 y la ley de transparencia y acceso a la información pública en el reconocimiento de los principios de transparencia y publicidad es innegable. Sin embargo, a modo crítico, se extraña una consagración explícita

en el capítulo III de la Constitución Política de la República, pues su consideración como una arista de la libertad de expresión trae como consecuencia el debilitamiento de su carácter de prerrogativa del individuo frente al Estado, y por ende, una desventaja práctica en los mecanismos de resguardo del ejercicio del respectivo derecho, particularmente la acción de protección, pues queda entregado a una mera interpretación de la norma constitucional.

A nuestro parecer, el Estado chileno dio un cumplimiento parcial a las obligaciones internacionales contraídas, ya que, por una parte, adoptó medidas tendientes a adecuar su ordenamiento interno, como la reforma constitucional y la ley de transparencia; pero desde otra perspectiva omitió el reconocimiento explícito del acceso a la información pública como un derecho fundamental, reconocido como tal internacionalmente, lo cual, es de suma importancia, tomando en consideración que los derechos fundamentales representan el cimiento sobre el que se articula la Constitución, y por ende, sobre el que se construye un Estado de derecho sobre sólidas bases democráticas.

FUENTES

a) Bibliográficas

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. "El Acceso a la Información como Derecho". Cuadernos de Análisis Jurídico, N° 10, Universidad Diego Portales, 2000, 18 p.

ARAYA ARAYA, Jorge. "La protección internacional de los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor Guía Jeannette Irigoien Barrene. Santiago, Universidad de Chile, 1992, 350 p.

AYLWIN BUSTILLOS, Jorge. "La Corte Interamericana de Derechos Humanos y su competencia consultiva". Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor Guía Máximo Pacheco Gómez. Santiago, Universidad de Chile, 2001, 240 p.

BADILLA POBLETE, Elvira. "El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Claude Reyes y otros vs. Chile": Rol de la Corte en el desarrollo progresivo del respeto de los derechos humanos por parte de los Estados americanos". Revista de Derecho Público N° 69, t. 2, Santiago, Universidad de Chile, 2007, p 331-338.

CEA, José Luis. "Derecho Constitucional Chileno. Tomo II: Derechos, Deberes y Garantías", Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004, 733 p.

CONTESSE, Jorge. “La Opacidad del Administrador y la indulgencia judicial: Jurisprudencia y práctica sobre acceso a la información pública en Chile”, Universidad Diego Portales, 2006, 102 p. [en línea] <<http://www.udp.cl/derecho/noticias/0106/libertadpdf/tres.pdf>> [consulta: 10 abril 2010]

CORDERO VEGA, Luis. “Vida, pasión y muerte del acceso a la información administrativa o cómo implementar inadecuadamente una regulación legal”. Gaceta Jurídica N° 309, 2006, p. 7-13.

----- “Efectos de la Reforma constitucional en materia de acceso a la información pública”, Universidad de Chile, 2006, 17 p. [en línea] <<http://www.derecho.uchile.cl/jornadasdp/archivos/Luis%20Cordero%20V.pdf>> [consulta: 28 marzo 2010]

HUMAN RIGHT WATCH, “Los límites de la tolerancia: Libertad de expresión y debate público en Chile”, Colección nuevo periodismo. LOM Ediciones, Santiago, 1998, 268 p.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel. “Causales de secreto y reserva en el ordenamiento jurídico chileno”, Fundación Pro Acceso, 2007, 22 p. [en línea] <<http://www.seminarios.proacceso.cl/node/313>> [consulta: 3 mayo 2010]

----- “El principio constitucional de publicidad”, Universidad de Chile, 2006, 22 p. [en línea]

<http://www.derecho.uchile.cl/jornadasdp/archivos/el_principio_constitucional_de_publicidad.pdf> [consulta: 24 abril 2010)

----- “El principio de publicidad de los actos estatales en el nuevo artículo 8º inciso 2º de la Constitución”. En: Francisco Zúñiga (Coordinador). “Reforma Constitucional”. Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2005.

MEDINA, Cecilia y NASH Claudio. “Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección”, Santiago, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, 2007, 55 p.

MUJICA, Pedro. “Acceso a la información en el sistema jurídico chileno”, 2005, 22 p. [en línea]

<<http://foroantofagasta.bcn.cl/documentos/pdf/mujica.pdf>> [consulta: 13 marzo 2010]

MUÑOZ WILSON, Alex. “Chile y el acceso a información pública: comentarios sobre un nuevo fallo adverso de la Corte Interamericana”. Anuario de Derechos Humanos, Centro de Derechos Humanos, Santiago, Universidad de Chile, 2007, p. 155-161.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “El Derecho a la Libertad de Opinión e Información y sus Límites (Honra y Vida Privada)” Santiago, LexisNexis, 2002, p.385

RAMÍREZ ARRAYAS, José. "Probidad, transparencia y eficiencia en la actuación de los órganos del Estado: Nuevos elementos tras la reforma constitucional del 2005". Revista de Derecho Público N° 69 t. 1, Santiago, Universidad de Chile, 2007, p 166-173.

RUIZ SEPÚLVEDA, Karla. "El Estado frente al derecho de acceso a la información pública.". Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor Guía Salvador Mohor Abuaud, Santiago, Universidad de Chile, 2007, 89 p. (DOCUMENTAL)

SALINAS BURGOS, Hernán. "La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la regla del agotamiento de los recursos internos". Sociedad chilena de derecho internacional, Santiago, 1988, p 153-170.

SECRETARÍA GENERAL DE GOBIERNO. "Buenas prácticas en probidad, transparencia y acceso a la información en la administración del Estado". Secretaría Ejecutiva Agenda de Probidad y Transparencia, Santiago, Gobierno de Chile, 2007, 193 p.

TAPIA VALDES, Jorge, "Efectos de los tratados sobre Derechos Humanos en la jerarquía del orden jurídico y en la distribución de competencias: alcances del nuevo inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de la República de 1980", 2003, 15 p. [en línea]

<http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122003000100017&script=sci_arttext> [consulta: 10 marzo 2010]

URRUTIA SILVA, Osvaldo. "El principio de publicidad y el secreto en el acceso a la información administrativa." Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, 2001, 171 p.

VIAL, Tomás. "Fallo Claude V. Chile de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Derecho a la Información en la Constitución", Universidad de Chile, 2006, 24 p. [en línea]

<http://www.derecho.uchile.cl/jornadasdp/archivos/tomas_vial_solar.pdf>

[consulta: 24 abril 2010)

VIVANCO MARTÍNEZ. Ángela, "Curso de Derecho Constitucional. Tomo II: Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006, 572 p.

b) Legislativas

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA, modificada por la Ley N° 20.050 de reforma constitucional que introduce diversas modificaciones a la Constitución Política de la República. Promulgada mediante decreto N° 100 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, promulgado el 17 de septiembre de 2005, publicado el 22 de septiembre de 2005.

CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, promulgada por Decreto N° 873 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 5 de enero de 1991.

CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN, promulgada por Decreto N° 375 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 30 de enero de 2007.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN, promulgada por Decreto N° 1.879 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 2 de febrero de 1999.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, Adoptada y proclamada por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

DECRETO SUPREMO N° 26, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Reglamento sobre el secreto o reserva de los actos y documentos de la administración del Estado. Promulgado el 28 de enero de 2001, publicado el 7 de mayo de 2001,

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, promulgado por Decreto N° 778 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 29 de abril de 1989.

LEY N° 19.628, sobre protección de la vida privada. Promulgada el 18 de agosto de 1999, publicada el 28 de agosto de 1999

LEY N° 19.653, sobre probidad administrativa aplicable de los órganos de la administración del Estado. Promulgada el 3 de diciembre de 1999, publicada el 14 de diciembre de 1999

LEY N° 19.733, sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo. Promulgada el 18 de mayo de 2001, publicada el 4 de junio de 1999

LEY N° 20.285, sobre acceso a la información pública. Promulgada el 11 de agosto de 2008, publicada 20 de agosto de 2008

c) Jurisprudenciales

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen N° 49.883, 4 de octubre de 2004.

<http://www.contraloria.cl/appinf/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf>

----- Dictamen N° 49.022, 19 de octubre de 2005.

<http://www.contraloria.cl/appinf/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf>

----- Dictamen N° 48.302, 26 de octubre 2007.

<http://www.contraloria.cl/appinf/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf>

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Fallo Claude Reyes y otros con Estado de Chile, 19 de septiembre de 2006, Serie C, N° 151

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf >

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia Rol N° 226, 30 de octubre de 1995.

http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/busca_avanzado

----- Sentencia Rol N° 280, 20 de octubre de 1998.

<http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/busca_avanzado>

----- Sentencia Rol N° 634, 9 de agosto de 2007

<http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/busca_avanzado>

----- Sentencia Rol N° 1051, 10 de julio de 2008.

<http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/busca_avanzado>