

Cuatro años de vigencia de la ley de transparencia en Chile. Una evaluación crítica desde la sociedad civil.

Álvaro Ramis Olivos

Ponencia en el I Congreso Internacional sobre Open Government: Teoría y realidad del gobierno abierto.

Asociación Valenciana de Politólogos AVAPOL y la Red de Especialistas en Derecho de las Nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación
DERECHOTICS

Resumen: El texto presenta una evaluación crítica de la aplicación de la Ley n° 20.285 de Transparencia y Acceso a la Información Pública en Chile, desde el punto de vista de algunas organizaciones de la sociedad civil. Se valora el rol que jugaron algunas ONG en el origen de esta ley, destacando el fallo *Claude Reyes v. Chile* en la Corte Interamericana de DDHH en 2006 como un precedente inmediato en su aprobación. Se presentan algunas orientaciones prácticas y recomendaciones, como la urgencia de implementar un órgano regulador independiente que tenga facultades efectivas de sanción y fiscalización en materia de protección de datos. Y se argumenta a favor de fortalecer al Consejo para la Transparencia elevando a rango constitucional el derecho de acceso a la información.

Abstract: The paper offers a critical assessment of the implementation of Law n° 20.285 of Transparency and Access to Public Information in Chile, from the point of view of some civil society organizations. The role played by NGOs in the origin of this law, highlighting the failure *Claude Reyes v. Chile* is valued. Chile in the Inter-American Court of Human Rights in 2006 as an immediately preceding approval. Some practical guidelines and recommendations, and the urgency to implement an independent regulatory body with effective powers of enforcement and oversight for the protection of data are presented. And he argues for strengthening the Council for Transparency elevating the constitutional right of access to information.

Palabras clave: Chile, ley de transparencia, sociedad civil, acceso a la información pública, armonización de derechos en conflicto, Consejo para la Transparencia, protección de datos, reforma constitucional.

I. La sociedad civil y la gestación de la Ley de Transparencia.

Chile aprobó la ley Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información del Administración del Estado (LDT) el 11 de agosto de 2008, entrando en vigencia en abril de 2009. Con anterioridad abundaban decretos, resoluciones, decisiones administrativas y simples costumbres que definían como reservados los más diversos actos y documentos de la administración. A lo anterior se sumaba la

falta de conocimiento de la población respecto al derecho de acceso a la información, por prácticas inveteradas que vetaban estos requerimientos.

La historia de su trámite legislativo muestra que la primera moción fue presentada en enero de 2005 por los senadores Jaime Gazmuri (oficialista, PS) y Hernán Larraín (opositor, UDI). Esta transversalidad política explica en parte que su tramitación haya sido comparativamente breve, finalizando en tres años y siete meses. Sin embargo este aspecto ensombrece otros factores que aceleraron esta legislación. Ya a fines de la década de los noventa se conformó la «Coalición por la participación ciudadana» formada al alero de la Asociación Chilena de Organizaciones no Gubernamentales Acción A.G. Esta plataforma comenzó a presionar por esta legislación mucho antes, y mantuvo la presión comunicacional sobre el congreso durante todo el proceso parlamentario.

Pero el factor determinante fue la demanda presentada en 1998 por Marcel Claude, Sebastián Cox y el diputado Arturo Longton ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debido a la negativa del Comité de Inversiones Extranjeras¹ a acceder a una solicitud de información pública sobre proyectos forestales. La solicitud estaba referida a la empresa forestal Trillium, empeñada en ese momento en el desarrollo del Proyecto Río Cóndor, el cual implicaba la explotación maderera de 103.000 ha. de bosque patagónico. Se argumentó que la protección de los recursos naturales debía interpretarse en el marco de la protección a los Derechos Humanos.

Claude, Cox y Longton recurrieron ante la Corte de Apelaciones de Santiago el 27 de julio de 2008, denunciando al Comité de Inversiones por infracción a los Artículos 19, N° 1 2 y 5, N° 2 de la Constitución; el Artículo 13.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José, 1969) y el Artículo 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1976. Esta demanda no tuvo mayor trascendencia debido a que la Corte lo declaró inadmisibile el 18 de agosto de 1998. Agotados los recursos internos, el 17 de diciembre de 1998 las ONG chilenas “Forja”, “Fundación Terram”, “Corporación la Morada”; apoyados internacionalmente por el Instituto de Defensa Legal del Perú; la “Fundación Poder Ciudadano” y la Asociación para los Derechos Civiles de Argentina y los parlamentarios chilenos Baldo Prokurica, Oswaldo Palma, Guido Girardi y Leopoldo Sánchez presentaron la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La Comisión declaró admisible la petición en 2003.

La posición de la comisión se hizo pública el 1 de julio de 2005². En ella sostiene que el Estado chileno no había adoptado sus recomendaciones en forma satisfactoria, incumpliendo sus obligaciones contenidas en los Artículos 13 y 25 de la Convención Americana, las que están en relación con las obligaciones generales consagradas en

¹ Órgano interministerial que coordina a los ministerios de Economía, Hacienda, Relaciones Exteriores, Planificación y al Banco Central de Chile de cara a sus relaciones con inversionistas extranjeros

² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Demanda en el caso de Marcel Claude Reyes, Sebastián Cox Urrejola y Arturo Longton Guerrero Caso 12.108 contra la República de Chile*. Organización de los Estados Americanos. 2005. Washington, D.C.

los Artículos 1 y 2 de la misma carta. Por lo cual decidió someter el caso a la jurisdicción de la Corte Interamericana de San José de Costa Rica. Esta instancia falló en octubre de 2006 a favor de los demandantes dictaminando que el Estado chileno debía adoptar medidas para garantizar el acceso a información de carácter público a todos los ciudadanos. En opinión de Vial Solar la sentencia condenatoria sentó los estándares referidos al derecho a la información en la región. Más aún, se trata de la primera vez que un órgano de justicia internacional se manifiesta sobre el derecho de los ciudadanos de acceder a información³.

Con anterioridad a esta resolución se había configurado un cuerpo de antecedentes jurídicos que se orientaban hacia el reconocimiento del acceso a la información como un derecho humano contenido en la libertad de expresión. Destacaba el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos, el Convenio de Aarhus (1998) y la Convención de Naciones Unidas en contra de la Corrupción (2003). Pero no existía el precedente de un fallo de un tribunal internacional que entrara en el fondo de este punto ante una situación concreta. Con este fallo se validó a la Comisión Interamericana de DDHH como tribunal internacional con competencia en la promoción y protección en materia de acceso a la información. A su vez Chile se vio impelido a demostrar un interés activo en materia de acceso a información pública y transparencia. En Diciembre 2006 el gobierno de Bachelet dio a conocer una agenda sobre probidad, transparencia, eficiencia, calidad de la política y modernización del Estado, lo que aceleró la tramitación de la LDT la cual vino a complementar la Ley 19.628 sobre Protección de la Vida Privada, (1999) que establece limitaciones al derecho de acceso cuando la información solicitada contiene datos personales de terceras personas. Cabe destacar que fue la actuación de organizaciones de la sociedad civil el factor determinante en la consolidación de esa nueva legislación. La presión no provino desde el Estado ni de las fuerzas políticas tradicionales sino a una combinación de actores sociales con mirada estratégica, que conformaron una red de incidencia en políticas públicas.

II. Un cambio lento pero perceptible.

El principal mecanismo que instituyó la nueva ley fue el “Consejo para la Transparencia”, que ha asumido la forma de una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio. Las funciones del Consejo se sintetizan en la promoción del principio de transparencia, ejercer como garante del derecho de acceso, y velar por el perfeccionamiento de la regulación de la normativa en esta materia.

Desde su entrada en vigencia de la LDT la administración central del Estado ha recibido más de 100.000 solicitudes de acceso a la información. Hacia fines de 2012 4.600 de esas solicitudes habían dado lugar a reclamos ante el consejo de la Transparencia por denegación de información. Respecto a la transparencia activa, el

³ VIAL SOLAR, Tomás. “Fallo Claude v. Chile de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Derecho a la Información en la Constitución”. *XXXVI Jornadas Chilenas de Derecho Público*. 2006. Santiago.

95% de la administración central ha cumplido con los estándares exigidos. Lo que contrasta con los municipios, donde el cumplimiento a fines de 2012 sólo llegaba al 30%. Situación que se explicaría en parte por las carencias de presupuesto de algunas de esas instituciones, pero que en ningún caso expresa una regla general, ya que varios municipios de capitales regionales no cumplen con la ley.

La mejor forma de analizar el impacto de las nuevas legislaciones es el análisis de la Encuesta Nacional de Transparencia que el Consejo viene realizando desde 2009. Este instrumento mide la percepción de los ciudadanos respecto a la transparencia de los organismos del Estado y la aplicación de la Ley N° 20.285. La IV versión de este estudio, hecho público en marzo de 2013, permite evidenciar el estado de situación respecto a los objetivos de esta ley⁴.

En primer lugar la IV encuesta un ligero avance en la confianza en el sector público. Los ciudadanos que afirman confiar en el sector público crecen desde el 22.8% del año 2011 al 29.9% en el 2012. Sin embargo un 70,1% mantiene su desconfianza.

En términos generales la ciudadanía chilena posee conciencia respecto al valor público de la información que maneja el Estado. El 94% de los encuestados lo expresa de esta forma, y un 89% se manifiesta “de acuerdo” con que cualquier persona pueda acceder a esa información. A la vez un 89% sostiene que los entes públicos están obligados a entregar la información requerida y el 86% sabe que la denegación de información abre el recurso al reclamo.

Respecto a su predisposición a ejercer ese derecho, un 25.6% se declara dispuesto a ejercer un reclamo, mientras que un 9.6% no lo haría. Se aprecia un avance respecto a los años anteriores. Mejoría respecto a los años anteriores. Un 15.9% de los consultados ha ejercido al solicitud de información especialmente en materia de subsidios y ayudas públicas. En su gran mayoría se trata de solicitudes a nivel de los municipios.

Consultados respecto a si los organismos públicos ocultan información, un 63,9% se manifiestan de acuerdo o muy de acuerdo y un 36,1% en desacuerdo o muy en desacuerdo. Una cifra de desconfianza muy cercana a la de 2011 que se situó en 64.5%.

Esta desconfianza básica baja ante la afirmación “La información que los organismos públicos ponen a disposición de los ciudadanos en sus páginas web es confiable”. En este caso un 51% se muestra de acuerdo o muy de acuerdo y un 49% en desacuerdo o muy en desacuerdo. Respecto a los motivos de esta desconfianza en las información entregada por la vía telemática, un 38% sostiene que ocultan información, un 26% apelan a que entregan datos confusos y poco claros, un 18,8% a

⁴ CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. *IV Encuesta Nacional de Transparencia*. 2013. Santiago. En línea: <http://www.consejotransparencia.cl/consejo/site/artic/20130724/asocfile/20130724155039/ppt_encuesta_nacional_transparencia.pdf>. Consulta: 22 /10/2013

que entregan información incompleta, un 15% siente que no publican la verdad, y un 1,25 se reparte en otros motivos.

En una escala de 1 a 10, los encuestados califican como “corruptos” a los organismos públicos en un 61% (rango entre 6 y 10) y como “no corruptos” en un 39% (rango entre 1 y 5). Se observa una leve disminución respecto a 2011 donde las cifras alcanzaron a 67, 2% y 32,8% respectivamente.

Por otra parte, consultados respecto a la existencia del Consejo para la Transparencia, en tanto institución dedicada a acoger reclamos de los ciudadanos cuando los organismos públicos no entregan la información solicitada, un 80,8% no manifestó conocerlo, y sólo un 19,2% estar enterado de su existencia. Más aún, ante la pregunta por cual es la institución dedicada a esta tarea, un 47% señaló al servicio nacional del consumidor (SERNAC) y sólo un 5,1% al Consejo para la Transparencia.

Sólo un 6,1% de los encuestados afirma saber que los sitios web de los organismos públicos tienen una sección llamada "Transparencia Activa" o "Gobierno Transparente". Sólo un 11% afirma conocer la existencia de una Ley de Transparencia. Y sólo un 12% ha escuchado hablar del Consejo para la Transparencia. Estas cifras muestran una paradoja, ya que en 2009, en el momento de su entrada en vigor, la ley era conocida por un 20% y en 2010 por un 24%. De igual manera el Consejo para la Transparencia era identificado por un 19,9% en 2009, y por un 20% en 2010. La institucionalización parece exigir un mecanismo de reposicionamiento constante ante la opinión pública.

Respecto a la confianza que les entrega la información que los organismos disponen en sus sitios web, la mitad de los encuestados confía y la mitad no. Este último segmento señala que las razones de su desconfianza son principalmente que “ocultan información” y que “son poco claros”. Esta falta de claridad se ve reforzada con la percepción ciudadana cuando un 77.7% indica que es complicado solicitar información. La discrecionalidad en la entrega de información se vuelve a manifestar en otro aspecto, ya que un 80.3% señala que se informa lo que los organismos desean informar. Por otra parte, se observa una leve mejoría en la percepción del nivel de corrupción, ya que al consultar a las personas cuán corruptos se cree que son los organismos públicos, quienes opinaron que “mucho” fueron un 67.2% en 2011 y un 61% en el 2012.

III. Ausencias y puntos pendientes

La IV encuesta del Consejo para la Transparencia abre una serie de preguntas respecto a la aplicación de la LDT. Entre otras por el ejercicio del derecho de acceso a la información con el nivel de desconocimiento que la población posee sobre él. Pero las organizaciones de la sociedad civil han expresado además sus propias observaciones que merecen ser sistematizadas.

Por medio de una consulta del autor a algunas ONG chilenas (a través de la Asociación chilena de ONG Acción), se constata que la crítica más recurrente a la aplicación de la LDT dice relación con la tarea del Consejo respecto a la protección de datos. Se debe recordar que junto a sus objetivos generales, la LDT mandató al Consejo para velar por el adecuado cumplimiento de la ley n° 19628, sobre protección de datos de carácter personal. Este es el objetivo que ha recibido hasta la fecha mayores observaciones críticas dado que esta atribución no fue acompañada por facultades de sanción. Esta ausencia es grave en la medida en que el art. 20 la Ley de Datos Personales, otorga facultades a los organismos públicos para el tratamiento de datos personales, sin autorización del titular. Basta que sea en la esfera de las atribuciones y competencias asignadas por ley. Por lo tanto la urge la existencia de un órgano específico en materia de protección de datos, con facultades fiscalizadoras y sancionadoras, similar a la Agencia Española de Protección de Datos⁵.

Por su parte fundación Pro Acceso ha puesto atención sobre las barreras de orden procedimental que aún permanecen: “dificultades para el envío de las solicitudes por vía electrónica, imposibilidad de adjuntar documentos anexos, la necesidad de registrarse en el sitio en cuestión, la solicitud de ingreso de datos personales –en algunos casos incluso el RUT-, falta de tutoriales, seguimiento de las peticiones y comprobante, entre otras”⁶.

Un tercer punto crítico dice relación con profundizar la institucionalización del derecho de acceso y fortalecer al Consejo para la Transparencia como órgano autónomo de control. Esta demanda parte ha nacido del Consorcio por la Transparencia, formado por las ONG Ciudadano Inteligente, Pro Bono, Pro Acceso y Corporación Participa⁷. La necesidad de esta reforma se puede apreciar en variados casos en los cuales la actual normativa vigente ha resultado débil o ha sido objeto de cuestionamientos.

Uno de los casos más graves ha sido el fallo del Tribunal Constitucional a favor de no hacer públicos los correos electrónicos del Ministro Secretario General de la Presidencia, Cristián Larroulet, luego que éste solicitara la inaplicabilidad de la determinación del Consejo Para la Transparencia, que con anterioridad había emitido un instructivo indicando la obligación de hacerlos públicos. Esa situación ha representado un conflicto de competencias que ha dañado la autoridad del Consejo.

⁵ MATUS ARENAS, Jessica. (2013) “Derecho de acceso a la información pública y protección de datos personales”. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*. 0 (2). En línea: <<http://www.rchdt.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/viewArticle/26959/29098>>. Consulta: 24/10/2013

⁶ FUNDACIÓN PRO ACCESO. *Barreras de Acceso a la Información en la Administración Pública*. 2012. Santiago. En línea: <<http://www.proacceso.cl/files/Estudio%20Sector%20P%C3%ABlico%202012%20Barreras%20de%20ingreso.pdf>>. Consulta: 24/10/2013

⁷ CONSORCIO POR LA TRANSPARENCIA. *Proyecto que consagra constitucionalmente el acceso a la información pública es ingresado al Senado*. 2013. Santiago. En línea: <<http://consorcioporlatransparencia.cl/proyecto-que-consagra-constitucionalmente-el-acceso-a-la-informacion-publica-es-ingresado-al-senado/>> Consulta: 21/10/13.

Un segundo ejemplo se ha evidenciado en torno a la presentación del proyecto del ministerio de minería llamado “Contrato Especial de Operación del Litio” (CEOL), que permite la exploración y explotación de litio metálico a empresas trasnacionales por un período de 20 años⁸. Diversos parlamentarios han acusado el carácter opaco de las obligaciones tributarias y las condiciones de explotación que contiene el proyecto, y. El ministerio de minería ha denegado entregar información respecto a las bases de licitación CEOL bajo el argumento de que es un proceso inconcluso, por lo que concurriría una excepción establecida en la ley que obligaría a mantener en reserva el expediente íntegro de las Bases de Licitación de Litio, reserva que se mantendría hasta que se adjudiquen los contratos. El argumento de la oposición es que el ministerio habría diseñado ex profeso un subterfugio legal para realizar esta concesión minera, que la Constitución impide de manera explícita

También se debe señalar que la creciente judicialización en materia de conflictos ambientales se relaciona con una insuficiente aplicación del principio de transparencia, originando como consecuencia la presentación de acciones en sede administrativa y judicial ante nuevos proyectos eléctricos, mineros, forestales, etc. Por ejemplo la “Red de Acción en Plaguicidas” ha mostrado que las resoluciones del Consejo para la Transparencia son resistidas y dilatadas por organismos estatales como el Servicio Agrícola y Ganadero. En todos estos casos falta de claridad, identidad normativa y reconocimiento expreso del acceso a la información.

Por estos motivos las ONG piden consagrar constitucionalmente el acceso a la información pública reformando el artículo 4º de la actual Constitución, estableciendo que Chile es una “república abierta”. Para ello las ONG proponen modificar el artículo 8 y el 19 n° 12 de la actual Constitución haciendo explícito el derecho de acceso a la información pública.

IV Conclusiones.

La aprobación de la LDT en Chile ha sido una de las pocas innovaciones democráticas que se han implementando en Chile en las últimas décadas. Se debe entender como el resultado de la incidencia de la sociedad civil organizada que levantó esta demanda a fines de los años noventa y que producto de su acción focalizada a nivel nacional e internacional consiguió su aprobación. El fallo de la corte interamericana en el caso Claude Reyes v. Chile generó un precedente internacional relevante en materia de reconocimiento del derecho a acceso a la información pública y resultó determinante en esta conquista.

A pesar de este avance, la opinión pública chilena mantiene hasta el día de hoy altos índices de desconfianza en las instituciones estatales, tal como lo indican los estudios del Consejo para la Transparencia. Además, se requiere mucha mayor capacitación y difusión de esta nueva institucionalidad, de manera que se logre conocer y asimilar su

⁸ RAMIS OLIVOS, Álvaro (2012) “Litio, la miseria de nuestra riqueza”. En *Profesionales del Cobre*. FESUC. Año 14 n°13. pp. 28-29.

potencialidad. Al mismo tiempo, se deben estudiar y corregir las barreras de entrada denunciadas por Pro Acceso, que limitan el ejercicio del derecho a acceso, las que resultan fácilmente subsanables por vía administrativa.

Pero las grandes materias pendientes en relación a la LDT dicen relación con la capacidad de esta nueva institucionalidad para responder ante la presión de grandes poderes que intenten limitar sus atribuciones. Ello ha quedado en evidencia en diversas situaciones: la debilidad del Consejo ante el discutible fallo del Tribunal Constitucional ante el caso Larroulet, el uso de los subterfugios legales por parte del ministerio de minería en el caso de los “Contrato Especial de Operación del Lito” y la lenta aplicación de la LDT por parte de los municipios.

Frente a ello se requiere fortalecer la actual institucionalidad. La proposición de constitucionalizar el derecho a acceso a la información toma una enorme relevancia. La pregunta que deja abierta esta propuesta es si la actual carta magna, cuestionada por su origen espurio y por su deslegitimación de ejercicio es susceptible de nuevas reformas, o si este punto se debería incorporar en la amplia agenda de una nueva Constitución, como se desprende del análisis de constitucionalistas como Fernando Atria⁹

⁹ ATRIA LEMAITRE, Fernando. *La Constitución tramposa*. LOM, 2013, Santiago.