

ANÁLISIS DE LAS EXCEPCIONES AL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN AMBIENTAL EN EL ACUERDO DE ESCAZÚ Y SUS DIFERENCIAS CON CHILE

ANALYSIS OF THE EXCEPTIONS TO THE RIGHT OF ACCESS TO ENVIRONMENTAL INFORMATION IN THE ESCAZU AGREEMENT AND THEIR DIFFERENCES WITH CHILE

Alejandra Silva Meneses

Abogada. Máster (LL.M.) en Derecho Internacional, Inversiones, Comercio y Arbitraje por la Universität Heidelberg, Alemania - Universidad de Chile
Diplomada en Derecho Ambiental por la Universidad de Chile
Profesora de Derecho Internacional en el Instituto de Estudios e Investigación Jurídica, Nicaragua
alejandrasilvameneses@gmail.com

RESUMEN: El derecho de acceso a la información es la base de la democracia, y a su vez, la manera de asegurar el ejercicio efectivo de otros derechos, como los derechos de acceso y los derechos humanos. Por esa razón, es relevante determinar cautelosamente los estándares que deben ser cumplidos para restringir este derecho. La transparencia no puede ser absoluta, por cuanto se pondrían en peligro otros bienes jurídicos que deben protegerse. Sin embargo, la reserva tampoco puede ser abusiva, porque se perdería la efectividad de ciertas herramientas que mantienen la democracia.

Entonces, para prevenir potenciales amenazas al derecho de acceso a la información, el Acuerdo de Escazú incorporó estándares mínimos para que los Estados mantengan en sus legislaciones delimitaciones justificadas a este derecho de acceso. Estos estándares mínimos son una base y no un techo, en que el derecho de acceso a la información es la regla general, y el secreto la excepción.

PALABRAS CLAVE: Acuerdo de Escazú, acceso a la información ambiental, transparencia pasiva, excepciones.

ABSTRACT: The right of access to information is both the underpinning of democracy and the manner to ensure the effective exercise of other rights, such as access rights and human rights. For that reason, it is relevant to

carefully determine the standards that must be met to restrict this right. Transparency cannot be absolute since it would imperil other legal rights that must be safeguarded. Nevertheless, withholding information cannot be abused either because certain mechanisms that keep democracy in place would lose effectiveness.

Therefore, to prevent potential risks to the right of access to information, the Escazu Agreement included minimum standards for States to keep justified restrictions to this access right in their domestic legal orders. These minimum standards are the ground and not a ceiling, in which the right of access to information is the rule, and secrecy is the exception.

KEYWORDS: Escazu Agreement, access to environmental information, passive transparency, exceptions.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Importancia del derecho de acceso a la información ambiental

La democracia está basada en la posibilidad de estar informados, porque solo de esta manera como ciudadanos podemos evaluar el desempeño de quienes nos gobiernan. En este sentido, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas señaló:

“En razón del papel social y político que desempeña la información en la sociedad contemporánea, el derecho de toda persona a recibir informaciones e ideas debe gozar de especial protección. Este derecho no es simplemente la otra cara del derecho a difundir información sino que es, por derecho propio, una libertad. El derecho a buscar o a tener acceso a la información es uno de los elementos fundamentales de la libertad de palabra y de expresión. La libertad no producirá ningún efecto si el pueblo no tiene acceso a la información. Este acceso es fundamental para una vida democrática. En consecuencia, se debe luchar decididamente contra la tendencia a ocultar la información del público en general”¹.

El reconocimiento del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas destaca la relevancia del derecho de acceso a la información en diferentes niveles: como cimiento de la democracia, como derecho en sí

1 CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LAS NACIONES UNIDAS (1994), párr. 35.

mismo y como un derecho procedimental para el ejercicio efectivo de otros derechos². En relación al último, el Acuerdo de Escazú³ enfatiza la importancia del derecho de acceso a la información como una vía para asegurar el ejercicio de otros derechos, entre los cuales se encuentran los de acceso –que incluyen el mencionado derecho de acceso a la información, la participación pública y la justicia ambiental–. Este instrumento señala en su artículo 4(4):

“Con el propósito de contribuir a la aplicación efectiva del presente Acuerdo, cada Parte proporcionará al público información para facilitar la adquisición de conocimiento respecto de los derechos de acceso”.

La relevancia de esta obligación recae en que el derecho de acceso a la información, los demás derechos de acceso y los derechos humanos funcionan como una cascada habilitante para asegurar su ejercicio útil. En primer término, el acceso a la información es la base de los otros derechos de acceso, por cuanto permite su ejercicio efectivo. En palabras del profesor BERMÚDEZ en un contexto de referencia al Principio 10 de la Declaración de Río⁴, que a pesar de ser *soft law*, es considerado un primer antecedente internacional influyente en esta materia, señalando que su finalidad recae en “que los ciudadanos puedan acceder a la información ambiental, para luego y de manera informada, ejerzan su derecho de participación, sea por la vía de intervenir en el procedimiento administrativo destinado a la toma de decisiones ambientales, sea por la vía del ejercicio de acciones destinadas a la revisión judicial de las mismas [...] los tres pilares [derecho de acceso a la información, derecho a participar en la toma de decisiones ambientales y el derecho al acceso a la justicia ambiental] operan conjunta-

2 McDONAGH (2013), pp. 26 y 29.

3 Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (2018).

4 Declaración de Río de 1992, Principio 10: “El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que ofrecen peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación del público poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”.

mente, y por tanto, la existencia de cualquiera de ellos incide en la eficacia del conjunto”⁵. Dicho de otra manera, un ciudadano que ejerce su derecho a participar en las tomas de decisiones en materias ambientales o que decide acceder a la justicia ambiental, pero no cuenta con la información relevante y pertinente para ello, ejercerá defectuosamente sus derechos de acceso.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Claude Reyes y otros con Chile” consideró esta función procedimental del derecho de acceso a la información en la promoción de la participación pública y destacó que la reserva de información comprende una violación al derecho de la libertad de expresión protegido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (o Pacto de San José de Costa Rica). Particularmente, señaló que la información pública habilita una participación adecuada por cuanto:

“El acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso”⁶.

En segundo término, los derechos de acceso sirven como mecanismos para el ejercicio efectivo de derechos humanos –como el derecho a la vida, a la salud, entre otros–, que serán protegidos infructuosamente por ejercer de manera deficiente el derecho de participación pública o de acceso a la justicia, al no tener la información ambiental necesaria para ello.

Es por lo anterior, que el mejorar la disponibilidad de información relativa al estado del medio ambiente y aquellas actividades que puedan implicar impactos adversos o representar amenazas al medio ambiente es un objetivo bien establecido en la protección ambiental. El fortalecer el acceso a la información ambiental favorece una toma de decisiones racional, disminuye las asimetrías en la información, proporciona transparencia en la evaluación de externalidades negativas que puedan producir ciertos proyectos o actividades, y contribuye a un mejor manejo de los bienes comunes. Además, ayuda a evitar conflictos socioambientales costosos y percepciones de injusticia social que debilita la credibilidad política. Debido

5 BERMÚDEZ (2010), pp. 575-577. *Vid.* MORAGA (2012), p. 296.

6 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia de 19 de septiembre de 2006, caso “Claude Reyes y otros con Chile” (fondo, reparaciones y costas), párr. 86.

a su importancia, resulta lógico que el derecho de acceso a la información haya sido el que mayor profundidad otorgó el Acuerdo de Escazú⁷ dentro de los derechos de acceso.

Sin embargo, resulta común encontrar en los ordenamientos jurídicos internos ciertas excepciones que limitan el acceso a la información con el fin de resguardar otros derechos, tanto a nivel individual –como lo sería el derecho a la privacidad–, como a nivel de sociedad –por ejemplo, la seguridad nacional o el estado de derecho–. En este sentido, la preocupación sobre un interés fundamental no siempre implicará la necesidad de divulgar la información, ya que existen algunas circunstancias en las cuales estos intereses estarán protegidos de mejor manera a través de la reserva de información, y, como consecuencia de ello, el derecho de acceso a la información nunca será absoluto. No obstante, la misión de establecer los límites para restringir la transparencia no es sustancialmente distinta a la de disminuir aquellos límites para ampliarla: en ambos casos será necesario recurrir a los intereses fundamentales⁸ para determinar las barreras razonables a este derecho.

En este sentido, el Acuerdo de Escazú originado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible (Río+20), y que se encuentra basado en el mencionado artículo 10 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992⁹, es un instrumento internacional dedicado especialmente a establecer estándares mínimos sobre el derecho de acceso a la información, siendo un referente importante para determinar el alcance de la protección necesaria a este derecho de acceso. Si bien el Acuerdo de Escazú¹⁰ sigue una filosofía de diafanidad, también contempla la existencia de otros derechos igualmente importantes o intereses contrapuestos que deben ser resguardados. Entonces, el acuerdo incorpora la posibilidad de que información requerida sea denegada debido a que se encuentra protegida conforme a un régimen de excepciones, sin embargo, incluye ciertos aspectos que los Estados deben tener en consideración a la hora es estable-

7 Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (2018).

8 ROBERTS (2011), p. 265.

9 KNOX y TORRES (2020), p. 121.

10 Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (2018).

cer estas causales de secreto con el fin de evitar amenazas injustificadas al acceso a la información.

Así las cosas, el objeto del presente trabajo es poner de manifiesto la importancia que tiene el acceso a la información ambiental como condición necesaria para alcanzar el ejercicio efectivo de otros derechos, y dada su relevancia, resaltar algunas de las diferencias que se encuentran en el ordenamiento jurídico chileno en comparación con los estándares mínimos que impone el Acuerdo de Escazú¹¹, que si bien se trata de un instrumento internacional vinculante que lamentablemente no ha sido firmado por nuestro país, representa un referente pionero en la región sobre la materia objeto del presente trabajo. Asimismo, se realiza un análisis de las principales disposiciones incorporadas en dicho Acuerdo y su paralelo en nuestro país, con especial atención a la Constitución Política de la República, la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública (Ley de Transparencia) de 2008, particularmente las causales del régimen de excepciones, y las disposiciones pertinentes de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente. El trabajo concluye con una reflexión sobre las diferencias identificadas y los problemas que el mal uso de las causales de excepción puede acarrear al derecho de acceso a la información ambiental.

1.2. Principios del derecho de acceso a la información: transparencia, responsabilidad y máxima publicidad

El derecho de acceso a la información se rige por los principios de transparencia, responsabilidad y máxima publicidad (o máxima divulgación como algunos autores le llaman) que sirven de guías para dotarlo de su contenido, además de servir como herramientas interpretativas que impiden restricciones injustificadas a este derecho. En relación con el principio de transparencia, no hay un consenso sobre cómo debería ser definido, por cuanto la transparencia es un término que se utiliza comúnmente en áreas muy diversas¹², lo que impide una noción general de ella. Ahora bien, para efectos de este trabajo, consideraré la definición de transparencia entregada por la Comisión Económica y Social de las Naciones Unidas para

11 Ídem.

12 FLORINI (2007), p. 5.

Asia y el Pacífico (CESPAP), por cuanto es una de las pocas definiciones enfocada casi exclusivamente en la información, la cual señala que transparencia significa que la información está libremente disponible y directamente accesible para aquellos que serán afectados por tales decisiones y su aplicación. También significa que información suficiente sea proporcionada y que tiene que serlo en formas fácilmente entendibles y virtuales¹³.

En este sentido, el ordenamiento jurídico chileno ha incorporado el principio de transparencia en el artículo 5º de la Ley de Transparencia¹⁴ en los siguientes términos:

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

La relevancia de este principio recae en que contribuye a superar lo que se ha conceptualizado como “problemas de agencia”, que se relacionan con las circunstancias de gobernanza, en que los ciudadanos delegan responsabilidad al gobierno y autoridades competentes para decidir por ellos. Con todo, los problemas surgen porque los ciudadanos no pueden supervisar completamente las acciones adoptadas por los segundos, que por diversos motivos pueden ser contrarias a los intereses de la ciudadanía, y que, en virtud de ello, pudieran tener fuertes motivos para mantener al público en la ignorancia¹⁵. Entonces, para evitar los abusos de gobernanza el principio de responsabilidad cobra relevancia, que más adelante será abordado.

Por otro lado, es pertinente señalar, que el principio de transparencia abarca dos dimensiones: activa y pasiva. La primera se enfoca en la idea de que la comunicación fluya sin ser requerida y que la autoridad com-

13 COMISIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL DE LAS NACIONES UNIDAS PARA ASIA Y EL PACÍFICO (2007), p. 3.

14 Ley N° 20.285 de 2008.

15 FLORINI (2007), pp. 6-7.

petente informe al público proactivamente, por medio de la generación y difusión de información. La segunda se enfoca en proporcionar la información cuando sea requerida, que es la que envuelve el derecho de acceso a la información¹⁶, y respecto de la cual el presente trabajo se centrará. Dicho principio, y su doble dimensión, fue expresamente incorporado en los artículos 3, 5 y 6 del Acuerdo de Escazú¹⁷.

Por su parte, el derecho de acceso a la información tiene sustento en variadas fuentes normativas dentro del ordenamiento jurídico chileno. En primer término, si bien este derecho no cuenta con una consagración constitucional expresa, se trata de una garantía constitucional implícitamente reconocida en el artículo 19 N° 12 de la Constitución Política de la República. En este sentido, la Corte Suprema se ha referido a ella señalando que:

“[...] la Carta Fundamental asegura el derecho de acceso a la información pública como una manifestación de la libertad de información (artículo 19 N° 12), el que se encuentra reconocido en ella –aunque no en forma explícita– como un mecanismo esencial para la plena vigencia 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, sin perjuicio que representa, además, un efectivo medio para el adecuado ejercicio y defensa de los derechos fundamentales de las personas”¹⁸.

Asimismo, el acceso a la información se trata de “un derecho fundamental incorporado al ordenamiento jurídico, a través del bloque constitucional de derechos”¹⁹. En efecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, promulgado por el DS N° 778, de 1976, del Ministerio de Relaciones Exteriores, señala en el artículo 19 N° 2:

“Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole,

16 LEME (2020), pp. 189-190.

17 Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (2018).

18 Corte Suprema, Rol N° 17310-2019, 4 diciembre 2019, “Consejo para la Transparencia con Salmones Multiexport S.A”, considerando 7.

19 Consejo para la Transparencia, Rol N° C3651-20, 13 de octubre de 2020, “Gallardo con Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura”, considerando 21. *Vid.* Corte Suprema, Rol N° 24564-2018, 31 diciembre 2018, “Consejo para la Transparencia con Timmermann”; Corte Suprema, Rol N° 24561-2018, 31 diciembre 2018, “Servicio de Impuestos Internos con Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago”.

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

Similarmente, el artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica²⁰, aprobado por el DS N° 873 de 1990, del Ministerio de Relaciones Exteriores, reconoce este derecho de acceso como parte integrante del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, respecto del cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dejado en claro que:

“[...] dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto”²¹.

Entonces, por aplicación del artículo 5° inciso segundo de la Constitución Política y el reenvío que se produce del ordenamiento interno al mencionado instrumento internacional, se debe entender incorporado el derecho de acceso a la información a nuestro ordenamiento jurídico doméstico.

Siguiendo las bases constitucionales de este derecho de acceso, por medio de la reforma constitucional introducida por la Ley N° 20.050 de 2005, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, el artículo 8° de la Constitución Política señala expresamente que:

“Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”.

Luego, atendiendo a sus fuentes de rango legal, el principio de transparencia y publicidad fueron incorporados en la Ley sobre Probidad Administrativa aplicable de los Órganos de la Administración del Estado²², como partes integrantes del principio de probidad administrativa que debe regir los actos de los órganos del Estado, que señala en su artículo 11 bis:

20 CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (1978).

21 Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 19 de septiembre de 2006, Caso “Claude Reyes y otros con Chile” (fondo, reparaciones y costas), párr. 77.

22 Ley N° 19.653 de 1999.

“Los funcionarios de la Administración del Estado deberán observar el principio de probidad administrativa y, en particular, las normas legales generales y especiales que lo regulan.

La función pública se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella.

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.

La publicidad a que se refiere el inciso anterior se extiende a los informes y antecedentes que las empresas privadas que presten servicios de utilidad pública y las empresas a que se refieren los incisos tercero y quinto del artículo 37 de la ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas, proporcionen a las entidades estatales encargadas de su fiscalización, en la medida que sean de interés público, que su difusión no afecte el debido funcionamiento de la empresa y que el titular de dicha información no haga uso de su derecho a denegar el acceso a la misma, conforme a lo establecido en los incisos siguientes”.

Sin perjuicio de encontrarse tratados a propósito de la Ley de Probidad Administrativa, no fue hasta la entrada en vigor de la Ley sobre Acceso a la Información Pública o Ley de Transparencia²³ que el derecho de acceso de acceso a la información fue abordado con mayor detalle. Esta ley, en su artículo 10 inciso segundo, se refiere al principio de transparencia en los siguientes términos:

“Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley. El acceso a la información comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales”.

Adicionalmente, respecto del principio de responsabilidad, que sigue la teoría democrática liberal, impone una obligación a las autoridades competentes de dar cuenta y explicar sus actos al público²⁴. Este principio, como fue mencionado con anterioridad, deriva del principio de transparencia en

23 Ley N° 20.285 de 2008.

24 LEME (2020), pp. 895-899.

cuanto está cimentado, como regla general, en la concepción de que las instituciones deben dar cuenta y desempeñarse rectamente, siendo visibles y transparentes al público²⁵. Esta interconexión fue resaltada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Claude Reyes y otros con Chile”, la cual sostuvo, en este sentido, que “el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas”²⁶.

Finalmente, el principio de transparencia se relaciona con el principio de máxima publicidad en tanto este impone a quien detenta la información la obligación de divulgarla, incluso en situaciones complejas, como lo son los desastres naturales o causados por el hombre. Este principio de máxima publicidad, como base para el acceso a la información, ha sido reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al destacar que “en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones”²⁷.

Adicionalmente, el principio de máxima publicidad es aplicable cuando existe duda de la pertinencia de divulgación o difusión, toda vez que este principio establece que, en este contexto, la publicidad de la información debe prevalecer. Este alcance del principio ha sido expresamente recogido por el Acuerdo de Escazú²⁸ en el artículo 5 N° 7 e implícitamente en el artículo 5 N° 8, y que también ha sido adoptado por la legislación chilena que lo contempla en la Ley de Transparencia²⁹, señalando en el artículo 11 letra

25 FENSTER (2010), p. 619.

26 Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 19 de septiembre de 2006, caso “Claude Reyes y otros con Chile” (fondo, reparaciones y costas), párr. 86.

27 Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 24 de noviembre de 2010, caso “Gomes Lund y otros con Brasil” (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 199.

28 Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (2018).

29 Ley N° 20.285 de 2008.

d) que “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”.

Entonces, como se puede advertir, este principio no es absoluto, toda vez que se encuentra sujeto a un régimen de excepciones. De hecho, este principio proporciona tres corolarios con el fin de limitar las interpretaciones y aplicaciones de estas excepciones de manera que puedan socavar el derecho de acceso a la información y ocasionar abusos por parte de la Administración del Estado. Dichos corolarios fueron enlistados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en los siguientes términos: (i) el derecho de acceso a la información es la regla y el secreto la excepción; (ii) la carga probatoria en caso de establecer limitaciones al derecho de acceso a la información corresponde al Estado, y (iii) la preeminencia del derecho de acceso a la información en caso de conflictos de normas o falta de regulación³⁰.

2. PRINCIPIO DE MÁXIMA PUBLICIDAD Y SUS ESTÁNDARES

2.1. El derecho de acceso a la información es la regla y el secreto la excepción

La divulgación de información del funcionamiento del Estado debe ser la regla y el secreto la excepción justificada solo cuando el requisito más estricto del interés público así lo demande. El enfoque del intérprete debe ser atenuar el área del secretismo tanto como sea posible, consistente con el requisito del interés público, teniendo presente siempre que la divulgación también sirve como un aspecto importante del interés público³¹. A mayor abundamiento, en relación con los aspectos ambientales como materias de interés público *per se*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva OC-23/17, hizo presente que:

“En relación con actividades que podrían afectar el medio ambiente, esta Corte ha resaltado que constituyen asuntos de evidente interés público el acceso a

30 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011), pp. 5-26.

31 Corte Suprema de India, sentencia de 30 de diciembre de 1981 (acción constitucional AIR 1982 SC 149, 1981 Supp (1) SCC 87, 1982 2 SCR 365), “S.P. Gupta v. President of India y otros” (1981), párr. 66.

la información sobre actividades y proyectos que podrían tener impacto ambiental”³².

Entonces, entendiendo que la divulgación de información sobre aspectos ambientales por regla general son materias de interés público, es menester determinar los escenarios en que también por el interés público esta información deba ser mantenida en reserva recibiendo un tratamiento de excepción. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos agrupó ciertos requisitos que sirven de guía para el análisis. Dichos requisitos consisten en: (i) tener verdadera excepcionalidad; (ii) consagración legal, y (iii) objetivos legítimos, necesidad y estricta proporcionalidad³³.

La necesidad de tener verdadera excepcionalidad fue recogida por el Acuerdo de Escazú³⁴ en su artículo 5 N° 1, al expresar que el derecho de acceso a la información ambiental debe ser conforme al principio de máxima publicidad como regla general, y luego, en el artículo 5 N° 7, en que se señala que el régimen de excepciones tiene que ser adoptado favoreciendo el acceso a la información. Estas disposiciones nos indican que la publicidad de la información es superior en jerarquía al secreto, que es una excepción.

Por otro lado, en relación con el requisito de consagración legal, el Acuerdo de Escazú³⁵ lo incluyó como requerimiento al establecer en el artículo 5 N° 5 que:

“Cuando la información solicitada o parte de ella no se entregue al solicitante por estar en el régimen de excepciones establecido en la legislación nacional, la autoridad competente deberá comunicar por escrito la denegación, incluyendo las disposiciones jurídicas y las razones que en cada caso justifiquen esta decisión”.

Asimismo, en el artículo 5 N° 8 expresó, por su parte:

“Los motivos de denegación deberán estar establecidos legalmente con anterioridad y estar claramente definidos y reglamentados”.

32 Corte Interamericana de Derechos Humanos, 15 de noviembre de 2017, “República de Colombia” (Opinión Consultiva OC-23/17), párr. 214.

33 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011), párrs. 21 y 342.

34 Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (2018).

35 Ídem.

Este requisito es importante por cuanto impide la posibilidad de imponer limitaciones arbitrarias que puedan causar un detrimento al propósito de garantizar el acceso a la información por sobre todo y “para asegurar que no queden al arbitrio del poder público. Dichas leyes deben dictarse por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”³⁶.

Respecto a lo que debe entenderse por “leyes”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos le dio una connotación amplia, por cuanto, si bien no se refiere a cualquier norma, en general “son actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo”³⁷.

Finalmente, en relación con el requisito de tener objetivos legítimos, necesidad y estricta proporcionalidad, el Acuerdo de Escazú³⁸ los agrupó en el artículo 5 N° 8, en el que se establece que cuando se aplique alguna excepción, la autoridad competente debe tener “en cuenta el interés público, y, por lo tanto, serán de interpretación restrictiva,” y continuó en el numeral siguiente señalando que:

“Cuando aplique la prueba de interés público, la autoridad competente ponderará el interés de retener la información y el beneficio público resultante de hacerla pública, sobre la base de elementos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad”.

Es necesario detenerse brevemente en la proporcionalidad, en atención a su complejidad. En primer lugar, es relevante determinar la base del examen de interés público requerido por el Acuerdo. El debate esencial que involucra este examen se centra en una competencia entre “transparencia” y “el derecho a saber”, por un lado, versus “privacidad” y “seguridad nacional”, por el otro³⁹. Como el famoso aforismo señala que el conocimiento es poder, es importante mantener el balance entre el derecho a saber versus

36 Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 19 de septiembre de 2006, Caso “Claude Reyes y otros con Chile” (fondo, reparaciones y costas), párr. 89.

37 Corte Interamericana de Derechos Humanos, 9 de mayo de 1986, “República Oriental del Uruguay” (Opinión Consultiva OC-6/86, Serie A N° 6), párr. 35.

38 Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (2018).

39 FLORINI (2007), p. 3.

el derecho a reservar información para establecer qué tan lejos debe llegar la publicidad y cuándo debe reinar el secreto⁴⁰.

Entonces, el Acuerdo de Escazú⁴¹ al requerir en el artículo 5 N° 9 que la valoración de los intereses se realice de acuerdo a un examen que considere estos tres requisitos –tener objetivos legítimos, necesidad y estricta proporcionalidad–, no se puede entender que la autoridad competente conserve el monopolio de determinar cuándo cierta información requerida por el público esté resguardada por causales de excepción y que, por tanto, no pueda ser publicada, toda vez que, de lo contrario, esto “crea un campo fértil para la actuación discrecional y arbitraria del Estado en la clasificación de la información como secreta, reservada o confidencial, y se genera inseguridad jurídica respecto al ejercicio de dicho derecho y las facultades del Estado para restringirlo”⁴².

Para tener un propósito legítimo que justifique la aplicación de una excepción porque es idóneo, necesario y proporcional, la excepción deber ser invocada en pos del bien común. Este propósito debe ser suficientemente serio que se encuentre a un nivel tan alto como el del interés público del derecho a saber. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Claude Reyes y otros con Chile”, expresó que:

“Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquélla 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 ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho”⁴³.

Luego, en el caso “Herrera con Costa Rica”, señaló además que:

“Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno [...] las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho [de acceso a la información]

40 HOVELL (2014), pp. 105-106.

41 Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (2018).

42 Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 19 de septiembre de 2006, caso “Claude Reyes y otros con Chile” (fondo, reparaciones y costas), párr. 98.

43 Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 19 de septiembre de 2006, caso “Claude Reyes y otros con Chile” (fondo, reparaciones y costas), párr. 91.

y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado [...]. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo”⁴⁴.

En este sentido, la Corte invocó una argumentación de la Corte Europea de Derechos Humanos que hizo suya en su Opinión Consultiva OC-5/85 y que señala que “necesarias”, sin ser sinónimo de “indispensables”, implica la existencia de una “necesidad social imperiosa” y que para que una restricción sea “necesaria” no es suficiente demostrar que sea “útil”, “razonable” u “oportuna”⁴⁵.

Por lo tanto, en el caso de que la divulgación de información pueda amenazar un interés protegido por alguna excepción, si no se cumplen todos o algunos de los requisitos señalados, la información debe ser divulgada. En consecuencia, tiene que existir una anulación de ese interés general en los casos en que las excepciones procedan en principio, pero no cumplan con los criterios para permitir a las autoridades reservar información, sobre la base de que el interés público de acceder a la información supera el daño a los intereses protegidos por las excepciones.

En este sentido, este equilibrio entre los dos aspectos contrapuestos de intereses debe ser realizado por la autoridad competente incluso cuando se haya presentado una objeción de terceros a la divulgación del documento en que se invoque el argumento de que, al encontrarse cubiertos por una excepción, pertenecerían a una clase de documentos que estarían protegidos independientemente de su contenido, porque no existe inmunidad absoluta para los documentos pertenecientes a dicha clase⁴⁶.

Bajo esta premisa el Acuerdo de Escazú⁴⁷ mencionó expresamente en el artículo 5 N° 7 que el régimen de excepciones debe favorecer el acceso a

44 Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 2 de julio de 2004, “Herrera Ulloa con Costa Rica” (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 121.

45 Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 2 de julio de 2004 “Herrera Ulloa con Costa Rica” (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 122.

46 Corte Suprema de India, sentencia de 30 de diciembre de 1981 (acción constitucional AIR 1982 SC 149, 1981 Supp (1) SCC 87, 1982 2 SCR 365), “S.P. Gupta v. President of India y otros” (1981), párr. 72.

47 Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (2018).

la información, y el artículo 4 N° 8 señala que para la implementación del Acuerdo se debe adoptar la interpretación más favorable hacia el pleno goce y respeto a los derechos de acceso. Entonces, considerando los derechos en juego, las excepciones deben ser elaboradas, interpretadas y aplicadas de forma restrictiva. Además, la mayoría de las excepciones son acomodables en lugar de ser imperativas, entregando una discreción de divulgación de información incluso encontrándose bajo el amparo de alguna excepción⁴⁸.

En este escenario, es relevante destacar las diferencias con el caso chileno. En Chile, el examen del interés público no ha sido expresamente incluido en el ordenamiento jurídico. Incluso, algunos han sostenido que, de acuerdo con la historia de la Ley de Transparencia⁴⁹, dejar fuera este examen buscó justamente la prohibición de que fuera aplicado⁵⁰. No obstante, este examen ha sido de alguna manera construido por la jurisprudencia. De hecho, el Consejo para la Transparencia ha aplicado un examen de balance, pero que ha llamado de diferente manera, por cuanto ha distinguido entre “test de daños” y “test de interés público”.

Acerca del primero, es en esencia equivalente al examen que fue incluido en el Acuerdo de Escazú⁵¹ y que se ha analizado hasta ahora, toda vez que el “test de daños”, conforme el criterio del Consejo para la Transparencia, es un balance entre el interés de reservar información y el de publicarla, para determinar si el beneficio público resultante de conocer la información es más grande que el daño que dicha publicidad pudiere causar⁵².

Por otro lado, respecto al “test de interés público”, es similar al anterior en cuanto al balance de intereses, pero se diferencian en tanto este examen se enfoca en derechos puramente individuales⁵³. Esta denominación puede resultar confusa, pero el Consejo para la Transparencia llamó a este test

48 HOVELL (2014), p. 106.

49 Ley N° 20.285 de 2008.

50 COVARRUBIAS (2012), pp. 514-521.

51 Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (2018).

52 Consejo para la Transparencia, Rol N° A45-09, 28 de julio de 2009, “De la Carrera con Carabineros de Chile”, párr. 8. *Vid.* Consejo para la Transparencia, Rol N° C1759-20, 28 de julio de 2020, “Espinoza con Servicio Nacional de Pesca”.

53 CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA, Rol N° A115-09, 22 de septiembre de 2009, “Pacheco con I. Municipalidad de Providencia”, párr. 9.

así y no “test individual” o similar, porque en su opinión, está asumido que el único interés predominante que justifique el traspaso de la barrera que impide la divulgación de información está protegido por derechos fundamentales. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha expresado que ambos exámenes son una aplicación del principio de proporcionalidad, el cual analiza, como ha señalado la doctrina, si la medida es eficaz, si no hay otros medios moderados para el logro efectivo del propósito deseado, y si la medida adoptada resulta más beneficiosa para el interés público que los daños ocasionados a otros bienes o valores en conflicto⁵⁴.

Adicionalmente, en el contexto señalado en la primera parte de este trabajo sobre el acceso a la información como un medio para el ejercicio efectivo de otros derechos, como los son los derechos humanos, el Tribunal Constitucional ha señalado que la limitación a un derecho fundamental es justificable solo cuando este mecanismo sea estrictamente necesario para alcanzar un objetivo constitucional válido, y, por lo tanto, el legislador debe elegir aquellas limitaciones que impliquen una lesión menor a dichos derechos fundamentales⁵⁵.

Por lo tanto, al no existir una base legal para el examen de proporcionalidad en Chile, podría entenderse que no se alinea con la protección mínima que señalan los estándares del Acuerdo de Escazú⁵⁶. Esto es relevante, porque, si bien el Consejo para la Transparencia de alguna forma ha ido construyendo este examen de valoración y ponderación de intereses, su aplicación ha sido desigual en el transcurso del tiempo. En algunos casos, el Consejo no ha aplicado su propio examen de proporcionalidad sin justificar esta ausencia, y, en otros, lo ha invocado y aplicado expresamente, por lo que no ha sido fiel a la formulación del test que el mismo Consejo ha adoptado como estándar⁵⁷, lo que conlleva claramente una incerteza jurídica respecto de la protección adecuada de este derecho.

54 Consejo para la Transparencia, Rol N° A45-09, 28 de julio de 2009, “De la Carrera con Carabineros de Chile”, párr. 10.

55 Tribunal Constitucional, Rol N° 519-2006-INA, 5 de junio de 2007, “M.R.G. y otros” (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 3°, 12 y 14 de la Ley N° 17.311, en relación con diversas causas seguidas ante el Séptimo Juzgado del Trabajo de Santiago), párr. 19.

56 Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (2018).

57 COVARRUBIAS (2012), pp. 514-521.

2.2. La carga probatoria en caso de establecer limitaciones al derecho de acceso a la información corresponde al Estado

En relación con el segundo corolario que impone que el Estado tiene la carga de la prueba respecto de la justificación a la limitación del derecho de acceso a la información, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “[c]orresponde al Estado demostrar que al establecer restricciones al acceso a la información bajo su control ha cumplido con los anteriores requisitos”⁵⁸. Este requisito, según ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “permite generar seguridad jurídica en el ejercicio del derecho de acceso a la información, pues al estar la información en control del Estado debe evitarse al máximo la actuación discrecional y arbitraria del mismo en el establecimiento de restricciones al derecho”⁵⁹.

El Acuerdo de Escazú⁶⁰ recogió este corolario al establecer expresamente en el artículo 5 N° 8 que “[l]a carga de la prueba recaerá en la autoridad competente”. Es destacable señalar que esta hipótesis incluida por el Acuerdo de limitar el acceso a la información se sigue de la teoría de los riesgos, en que al invocar una excepción debe existir prueba sobre la existencia de un riesgo, que, trasladado desde el derecho penal, debe ser claro, probable y específico⁶¹. O bien, puesto en los términos del Consejo para la Transparencia, el riesgo no debe ser remoto y debe permitir “identificar una afectación presente o probable y con suficiente especificidad a los bienes jurídicos que la causal de reserva invocada cautela”⁶².

Entonces, para poder balancear los intereses en juego, la autoridad competente tiene la carga de especificar la amenaza a un interés esencial protegido por una excepción. En otras palabras, la autoridad competente debe probar que la divulgación de información supondrá un riesgo claro, probable y específico de daño a un interés protegido. Adicionalmente, el

58 Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 19 de septiembre de 2006, Caso “Claude Reyes y otros con Chile” (fondo, reparaciones y costas), párr. 93.

59 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011), párr. 45.

60 Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (2018).

61 LEME (2020), p. 194.

62 Consejo para la Transparencia, Rol N° C3651-20, 13 de octubre de 2020, “Gallardo con Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura”, considerando 10.

Acuerdo de Escazú⁶³ expresó en el artículo 5 N° 5 que la base para la denegación de información debe ser comunicada por escrito e “incluyendo las disposiciones jurídicas y las razones que en cada caso justifiquen esta decisión”. Respecto a esto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos explicó que “si el Estado deniega el acceso a información, éste debe proveer explicaciones suficientes sobre las normas jurídicas y las razones que sustentan tal decisión, demostrando que la decisión no fue discrecional o arbitraria”⁶⁴.

2.3. La preeminencia del derecho de acceso a la información en caso de conflictos de normas o falta de regulación

Respecto a este tercer corolario sobre la primacía del derecho de acceso a la información en casos de conflictos normativos o ausencia de regulación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reprochó la situación chilena al señalar:

“[...] la mayoría de los Estados americanos cuentan con regulación en materia de acceso a la información. La legislación chilena no fue aplicada en este caso porque fue promulgada con posterioridad a los hechos que dieron lugar a la petición.

El Estado de Chile ha realizado una serie de modificaciones legislativas; sin embargo [, ...] éstas no garantizan de forma efectiva y amplia el acceso a la información pública.

Las excepciones previstas en la ley [...] confieren un grado excesivo de discrecionalidad al funcionario que determina si se divulga o no la información”⁶⁵.

Para evitar esta discrecionalidad interpretativa, el Acuerdo de Escazú⁶⁶ estableció en los artículos 5 N° 1 y 5 N° 7 que, en casos de colisión o ausencia de legislación, el camino a seguir es el de la divulgación de infor-

63 Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (2018).

64 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011), párr. 346.

65 Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 19 de septiembre de 2006, Caso “Claude Reyes y otros con Chile” (fondo, reparaciones y costas), párr. 58(d).

66 Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (2018).

mación, teniendo presente, además, que de acuerdo con el artículo 5 N° 8, las excepciones deben ser interpretadas de forma restrictiva y teniendo en consideración el interés público. También, el Acuerdo expresamente mencionó en el artículo 4 N° 8 que, para implementar el Acuerdo, se debe seguir la interpretación más favorable al disfrute y goce de los derechos de acceso.

Por otro lado, como fue revisado con anterioridad, el principio de máxima publicidad es aplicado cuando existe duda de pertinencia de la divulgación de información, por cuanto el principio señala que la publicidad debe prevalecer. Este principio fue recogido por la legislación chilena en el artículo 11(d) de la Ley de Transparencia, en que se señala que los órganos de la Administración del Estado deben proveer de información en los términos más amplios, excluyendo solo la información que se encuentre excluida de divulgación en virtud de una excepción constitucional o legal.

Sin embargo, en el caso chileno, la aplicación del principio de máxima publicidad no es siempre claro, ya que la supremacía del derecho de acceso a la información en los casos de conflictos normativos o falta de regulación no ha sido considerada siempre como tal. En este sentido, conforme el artículo 11(c) de la Ley de Transparencia⁶⁷, que establece el principio de transparencia, se expresa que, si bien la información en manos de los órganos de la Administración del Estado se presume pública, está limitada por las excepciones incluidas en la misma ley. El problema se presenta cuando nos dirigimos al primer artículo transitorio de la mencionada ley. Respecto a este artículo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos hizo presente que:

“[...] el artículo 1° transitorio de la Ley de Transparencia establece que se presumen legítimas todas las reservas implementadas antes de la entrada en vigencia de la Ley, sin verificar si cumplen con los objetivos legítimos establecidos por la misma Ley [...]”⁶⁸. Es problemático que en el artículo transitorio primero se establezca que se presumen legítimas las reservas establecidas legalmente sobre actos y documentos antes de la promulgación de la Ley 20.050 de 2005, que reformó la Constitución, sin haber hecho un análisis exhaustivo de tales restricciones”⁶⁹.

67 Ley N° 20.285 de 2008.

68 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011), párr. 81.

69 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011), párr. 360.

3. RÉGIMEN DE EXCEPCIONES

El Acuerdo de Escazú⁷⁰ incluyó en el artículo 5 N° 6 un catálogo ilustrativo de excepciones para el caso en que un Estado no contenga un régimen propio en su ordenamiento jurídico interno. Dichas excepciones son:

- “a) cuando hacer pública la información pueda poner en riesgo la vida, seguridad o salud de una persona física;
- b) cuando hacer pública la información afecte negativamente la seguridad nacional, la seguridad pública o la defensa nacional;
- c) cuando hacer pública la información afecte negativamente la protección del medio ambiente, incluyendo cualquier especie amenazada o en peligro de extinción; o
- d) cuando hacer pública la información genere un riesgo claro, probable y específico de un daño significativo a la ejecución de la ley, o a la prevención, investigación y persecución de delitos”.

Por otro lado, la legislación chilena sí contempla un catálogo propio, el cual se encuentra contenido en el artículo 21 de la Ley de Transparencia, que las enlista en los siguientes términos:

- “1. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente:
 - a) Si es en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito o se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales.
 - b) Tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sean adoptadas.
 - c) Tratándose de requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales.
- 2. 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.

70 Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (2018).

3. 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.
4. 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.
5. 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”.

Como se puede advertir, la legislación chilena incluye más excepciones que las del Acuerdo de Escazú, lo cual, si se considera que este instrumento internacional provee de estándares mínimos de protección al derecho de acceso a la información, siendo el piso y no el techo al señalar en el artículo 4 N° 7 que “[n]ada de lo dispuesto en el presente Acuerdo limitará o derogará otros derechos y garantías más favorables establecidos o que puedan establecerse en la legislación de un Estado Parte o en cualquier otro acuerdo internacional del que un Estado sea parte, ni impedirá a un Estado Parte otorgar un acceso más amplio a la información ambiental, a la participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y a la justicia en asuntos ambientales”, se traduce finalmente en que en Chile el derecho de acceso a la información se encuentra más restringido de lo que los estándares mínimos imponen para asegurar una adecuada protección a este derecho.

Adicionalmente, es relevante destacar que durante las negociaciones del régimen de excepciones en el Acuerdo de Escazú⁷¹, se propuso una lista numerosa de cláusulas para limitar la posibilidad de invocar excepciones que no estuvieran contenidas en el Acuerdo, sin embargo, no se consideró para el texto final⁷². En su lugar, el Acuerdo incluyó en el artículo 5 N° 7 que “[e]n los regímenes de excepciones se tendrán en cuenta las obligaciones de cada Parte en materia de derechos humanos”, lo cual podría parecer casi irrelevante en cuanto no se refiere a la naturaleza compulsiva de las obligaciones de los derechos humanos, que, por su carácter deben ser cumplidas. No obstante, esta disposición si tiene relevancia por cuanto implica una limitación a los Estados cuando impongan excepciones que puedan

71 Ídem.

72 MÉDICI (2018), p. 33.

vulnerar lo que ha sido alcanzado por el sistema de derechos humanos⁷³, y que recuerda la interconexión y relación de causalidad entre los derechos humanos y la denegación de información. También deja en claro que el régimen de excepciones no puede ser un conjunto de prohibiciones amplias y severas que impidan la publicidad de la información ambiental.

En atención a esto, el hecho de que las excepciones incluidas en la legislación chilena vayan más allá que las dispuestas por el Acuerdo es problemático, por cuanto las causales de reserva y confidencialidad expresadas en el artículo 21 de la Ley de Transparencia⁷⁴ están redactadas en términos muy amplios, contraviniendo los estándares mínimos que el derecho de acceso a la información debería tener y que se han analizado hasta ahora. Entonces, por ejemplo, el numeral 2 de este artículo, que permite la reserva de información 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”, ha sido frecuentemente utilizado por el Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura para denegar el acceso a información ambiental⁷⁵, alegando que la entrega de la información requerida afecta los derechos de carácter comercial o económico de empresas. Esta situación deja la puerta abierta para una interpretación amplia que no necesariamente es favorable al derecho de acceso a la información, recordando que en la legislación chilena no existen directivas absolutas sobre cómo deben ponderarse los intereses a la hora de interpretar las excepciones⁷⁶.

73 MÉDICI (2018), pp. 34-35.

74 Ley N° 20.285 de 2008.

75 *Id.* Consejo para la Transparencia, Rol N° C227-10, 7 de diciembre de 2010 “Obando con Servicio Nacional de Pesca”; Consejo para la Transparencia, Rol N° C1407-15, 6 de octubre de 2015 “Oceana INC con Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura”; Consejo para la Transparencia, Rol N° C2771-19, 9 de enero de 2018, “Silva con Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura”; Consejo para la Transparencia, Rol N° C1003-18, 2 de agosto de 2018, “Oceana INC con Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura”; Consejo para la Transparencia, Rol N° C838-20, 9 de junio de 2020, “Teca con Dirección Regional de Aysén del Servicio Nacional de Pesca”.

76 En este sentido, se ha configurado un *test* de daños que consiste en determinar que: a) es una información que no es generalmente conocida ni fácilmente accesible; b) ha sido objeto de razonables esfuerzos por parte de la empresa para mantener su reserva; c) tiene un valor comercial por ser secreta. Sin embargo, la discrecionalidad interpretativa de este test, en palabras de la Corte Suprema en relación a un recurso de queja

Respecto a la causal de excepción mencionada, uno quizá podría justificarlo diciendo que la información aportada en un procedimiento administrativo es de naturaleza privada, y reviste de tal carácter en todo momento, aun cuando se encuentre en manos de un órgano de la Administración del Estado. Entonces, dicha información no sería susceptible de divulgación por aplicación de la Ley de Transparencia, y que, de producirse su divulgación, podría ocasionar un perjuicio en el desenvolvimiento competitivo de la empresa en su actividad económica, por cuanto constituiría parte del *know-how* sobre el cual cada privado es titular en el desarrollo de su negocio, pudiendo afectar los derechos contemplados en los artículos 19 N° 4, 21, 22, 24 y 25 de la Constitución Política de la República.

Incluso, podría alegarse que no toda la información que los órganos de la Administración del Estado poseen tiene el carácter de pública, en el entendido de que en ciertos casos la información proporcionada por privados a la Administración se efectúa en el marco de actualizaciones de bases de datos por motivos del cumplimiento de la faz activa del derecho de acceso a la información, como, por ejemplo, requerirla con fines estadísticos o de registro. Por lo tanto, de seguirse esta alegación, los documentos no tendrían el carácter de públicos amparados por el mandato constitucional del artículo 8° de la Constitución Política por simplemente estar en poder de la Administración y no tratarse de actos administrativos propiamente tales.

Esta interpretación desfavorable al derecho de acceso a la información ha sido adoptada de forma reiterada por el Tribunal Constitucional en diversos fallos⁷⁷, quien razona en contraposición al marco normativo de ran-

interpuesto en contra de ministros de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, ha señalado: “[...] incurriendo en los razonamientos para configurarlo en una serie de contradicciones, que determinan que el presente arbitrio deba ser acogido, toda vez que aquellos han actuado con grave falta en el examen realizado”. En Corte Suprema, Rol N° 17310-2019, 4 diciembre 2019, “Consejo para la Transparencia con Salmones Multiexport S.A.”, considerando 13.

77 *Vid.* Tribunal Constitucional, Rol N° 2907-15-INA, 27 de diciembre de 2016, “Salmones Multiexport S.A.” (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 5° inciso segundo y 10 inciso segundo de la Ley N° 20.285 y parte del artículo 31 bis de la Ley N° 19.300), considerandos 24 y 25; Tribunal Constitucional, Rol N° 3111-2016, 23 de marzo de 2017, “Asociación de la Industria del Salmón de Chile A.G. y otros” (Requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad respecto del artículo 5 inciso segundo de la Ley N° 120.285, considerando 21;

go legal del artículo 5º inciso segundo y artículo 10 inciso segundo de la Ley de Transparencia –que obligan a entregar “toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración”, en conjunto con el artículo 31 bis de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente⁷⁸, el cual señala que las personas tienen derecho a acceder a información ambiental “que se encuentre en poder de la Administración”–, los cuales proporcionan bases para arribar a la conclusión de que la información pública es toda la que obre en su poder, sin atender al comportamiento o funciones de la Administración del Estado.

El criterio sostenido por el Tribunal Constitucional se ha ajustado de forma excesivamente estricta a la redacción empleada por el legislador constitucional en la redacción del artículo 8º de la Constitución Política, señalando que las normas de rango legal mencionadas serían inaplicables por ampliar lo que, conforme su criterio, el legislador habría a sabiendas elegido excluir de la divulgación⁷⁹, siendo enfático en señalar que es impropio una interpretación administrativa al considerar que la norma constitucional sería clara en no contemplar la información en los mismos términos de la Ley de Transparencia o la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente ni tampoco señalar que se trate de pública la información en poder de la Administración⁸⁰.

Consejo para la Transparencia, Rol N° C3330-16, 19 de enero de 2017, “Espinoza con Servicio Nacional de Pesca”, considerando 26.

78 Ley N° 20.285 de 2008.

79 Tribunal Constitucional, Rol N° 3974-2017-INA, 12 de marzo de 2019, “Salmones Multiexport S.A. y otros” (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 5º inciso segundo y 10 inciso segundo de la Ley N° 20.285), considerando 23. *Vid.* Tribunal Constitucional, Rol N° 2907-15-INA, 27 de diciembre de 2016, “Salmones Multiexport S.A.” (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 5º inciso segundo y 10 inciso segundo de la Ley N° 20.285 y parte del artículo 31 bis de la Ley N° 19.300), considerando 38.

80 Tribunal Constitucional, Rol N° 3974-2017-INA, 12 de marzo de 2019, “Salmones Multiexport S.A. y otros” (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 5º inciso segundo y 10 inciso segundo de la Ley N° 20.285), considerandos 12-18. Incluso, respecto del artículo 31 bis de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, el Tribunal Constitucional señala que todas las letras, salvo las letras c) y e), por ser actos administrativos, contravendrían también lo que ha interpretado respecto del artículo 8º de la Constitución Política, y que, por tanto, también serían inaplicables y excluidas de lo pretendido por la norma constitucional (considerandos 31 y 32).

Esta interpretación reiterada del Tribunal Constitucional pierde su sentido si se piensa que si el legislador constituyente así lo hubiese pretendido, habría incluido la expresión “sólo” en el artículo 8° de la Constitución Política para zanjar la restricción y obstaculizar la posibilidad de que una norma de rango legal amplíe el alcance de la publicidad. En este sentido, “el artículo 8° de la Constitución no es el techo normativo de la publicidad, sino que es el principio donde comienza la regulación de la publicidad de los actos de la Administración del Estado”⁸¹. Por otro lado, en palabras del profesor BERMÚDEZ:

“[D]ebe tenerse en cuenta que hoy día, con la entrada en vigor de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, toda información que se encuentre en poder de la Administración del Estado tiene el carácter de pública y por tanto, es susceptible de ser requerida por los ciudadanos en ejercicio de su derecho”⁸².

Asimismo, resulta un contrasentido restringir la publicidad de tal forma de excluir el examen de intereses que, como se ha venido sosteniendo, resulta esencial para ponderar correctamente un conflicto normativo de esta naturaleza. Prescindir del examen de intereses de forma tan tajante, obvia la necesidad de acudir a los principios para esclarecer la labor interpretativa. Respecto a esto, es relevante recordar que el Acuerdo de Escazú, que es un instrumento internacional especialmente enfocado en el tratamiento correcto del derecho de acceso a la información y que establece estándares mínimos, hace referencia expresa a los principios de publicidad, responsabilidad y transparencia, los cuales a pesar de no tener una incorporación expresa a nivel constitucional en nuestro ordenamiento jurídico nacional, son esenciales por cuanto “en ellos residen razones argumentativas que se hacen pesar en los casos concretos, sin importar que el constituyente o el legislador los denomine como tales... [y que] si un principio es tal, básicamente lo será para que su aplicación tenga el máximo alcance posible”⁸³, y que, asimismo, se encuentran en la línea de los principios que, como se

81 Tribunal Constitucional, Rol N° 3974-2017-INA, 12 de marzo de 2019, “Salmones Multiexport S.A. y otros” (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 5° inciso segundo y 10 inciso segundo de la Ley N° 20.285), disidencia, considerando 9.

82 BERMÚDEZ (2010), p. 579.

83 Tribunal Constitucional, Rol N° 3974-2017-INA, 12 de marzo de 2019, “Salmones Multiexport S.A. y otros” (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad

señaló anteriormente, inciden directamente en la regulación de la transparencia en el actuar de los órganos de la Administración del Estado.

De todas formas, resulta bastante claro que la información cuando ha sido entregada con la finalidad de que la autoridad administrativa en el marco de algún procedimiento administrativo manifieste formalmente una decisión por medio de un acto o resolución administrativa, dichos documentos se alejan completamente del manto protector de la esfera privada por tratarse de documentos que sirven de sustento o complemento directo y esencial a la decisión administrativa, por aplicación del artículo 5° de la Ley de Transparencia⁸⁴. Incluso, debatible o no, esto cubre, asimismo, el aporte de información que se haya producido en el marco de fiscalizaciones, toda vez que la labor fiscalizadora es naturalmente una actividad administrativa que es pública a la luz de lo expresado por el artículo 8° de la Constitución Política.

En esta línea, por ejemplo, la información contenida en un estudio de impacto ambiental constituye el cimiento del acto administrativo por el cual un proyecto puede ser autorizado o rechazado, por tanto, es parte de las motivaciones de la resolución de calificación ambiental, que por mandato constitucional del artículo 8° es información de naturaleza pública, y que, adicionalmente, se encuentra expresamente incluido en los términos del artículo 5° de la Ley de Transparencia, que señala que los documentos que sirvan de sustento o complemento directo y esencial a los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, en virtud del principio de transparencia, son públicos.

Otra base legal para señalar lo anterior es que dicha información, en virtud del artículo 31 bis de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente⁸⁵, estaría contenida dentro del derecho de acceso a la información, por cuanto este artículo asegura el derecho de acceso a la información ambiental que se encuentre en poder de la Administración, y luego expresa-

respecto de los artículos 5° inciso segundo y 10 inciso segundo de la Ley N° 20.285), disidencia, considerandos 7-8.

84 Ley N° 20.285 de 2008.

85 El artículo 31 bis de la Ley N° 19.300 de 1994 señala: “Toda persona tiene derecho a acceder a la información de carácter ambiental que se encuentre en poder de la Administración, de conformidad a lo señalado en la Constitución Política de la República y en la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública.

mente señala en su letra c) que, dentro de lo que debe entenderse como información ambiental, se incluye aquella que se encuentre en poder de la Administración y que verse sobre los actos administrativos relativos a materias ambientales. Incluso, si quedaran dudas sobre si la información entregada por un privado en el marco del proceso administrativo es o no parte del acto administrativo al cual el derecho de acceso alcanza, de todas formas, el mismo artículo 31 bis deja en claro en su letra g) que este derecho también se extiende a toda otra información que verse sobre el medio ambiente o sobre los elementos, componentes o conceptos definidos en el artículo 2º de la misma ley, dejando la puerta abierta para la inclusión de más información que alcanza este derecho.

En este sentido, el profesor BERMÚDEZ ha señalado:

“En efecto, al relacionar el objeto sobre el que recae el derecho de acceso a la información ambiental con el concepto que, para todos los efectos legales, se

Se entenderá por información ambiental toda aquella de carácter escrita, visual, sonora, electrónica o registrada de cualquier otra forma que se encuentre en poder de la Administración y que verse sobre las siguientes cuestiones:

- a) El estado de los elementos del medio ambiente, como el aire y la atmósfera, el agua, el suelo, los paisajes, las áreas protegidas, la diversidad biológica y sus componentes, incluidos los organismos genéticamente modificados; y la interacción entre estos elementos.
- b) Los factores, tales como sustancias, energía, ruido, radiaciones o residuos, incluidos los residuos radiactivos, emisiones, vertidos y otras liberaciones en el medio ambiente, que afecten o puedan afectar a los elementos del medio ambiente señalados en el número anterior.
- c) *Los actos administrativos relativos a materias ambientales*, o que afecten o puedan afectar a los elementos y factores citados en las letras a) y b), y las medidas, políticas, normas, planes, programas, que les sirvan de fundamento.
- d) Los informes de cumplimiento de la legislación ambiental.
- e) Los análisis económicos, sociales, así como otros estudios utilizados en la toma de decisiones relativas a los actos administrativos y sus fundamentos, señalados en la letra c).
- f) El estado de salud y seguridad de las personas, condiciones de vida humana, bienes del patrimonio cultural, cuando sean o puedan verse afectados por el estado de los elementos del medio ambiente citados en la letra a) o por cualquiera de los factores y medidas señaladas en las letras b) y c).
- g) *Toda aquella otra información que verse sobre el medio ambiente o sobre los elementos, componentes o conceptos definidos en el artículo 2º de la ley*” [énfasis añadido].

ha dado de medio ambiente, se produce un efecto de expansión del objeto del derecho a todo aquello que se entienda comprendido dentro del medio ambiente, incluyendo, incluso al medio ambiente cultural y artificial”⁸⁶.

Adicionalmente, es necesario hacer una distinción respecto del acceso a la información relativo a la Ley de Transparencia⁸⁷ y a la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente⁸⁸. En el escenario en que información sea requerida sobre la base de la primera, una vez que una persona natural o jurídica requiera información a un órgano de la Administración del Estado, en el evento en que dicha divulgación de información pudiera afectar a terceros, en virtud del artículo 20 del referido cuerpo legal, se da traslado al tercero, quien puede optar por oponerse a la divulgación de información, y, para ello, la citada norma exige que la oposición sea fundada. Sin embargo, como es posible imaginar, el órgano de la Administración requerido no se encuentra en condiciones de aplicar los principios y examen de intereses que se han desarrollado hasta ahora, y ponderar los argumentos plasmados en la oposición del tercero interesado, los cuales resultan en extremo relevantes para resolver esta pugna de intereses.

Esta situación, por tanto, ha conllevado a que en repetidas oportunidades los órganos de la Administración hayan equivocadamente denegado el acceso a la información sobre fundamentos proporcionados por el tercero que son finalmente injustificados, lo cual se evidencia en los pronunciamientos del Consejo para la Transparencia en virtud de amparos interpuestos a este respecto, o de nuestras cortes, en razón del conocimiento de reclamaciones de ilegalidad o recursos de queja⁸⁹. Entonces, como se pue-

86 BERMÚDEZ (2010), pp. 578-579.

87 Ley N° 20.285 de 2008.

88 Ley N° 19.300 de 1994.

89 *Id.* Corte Suprema, Rol N° 17310-2019, 4 de diciembre de 2019, “Consejo para la Transparencia con Salmones Multiexport S.A.”; Consejo para la Transparencia, Rol N° C3651-20, 13 de octubre de 2020 “Gallardo con Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura”; Consejo para la Transparencia, Rol N° C3330-16, 19 de enero de 2017, “Espinoza con Servicio Nacional de Pesca”; Consejo para la Transparencia, Rol N° C2454-17, 31 de octubre de 2017, “Hinostroza con Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura”; Consejo para la Transparencia, Rol N° C1003-18, 2 de agosto de 2018, “Oceana INC con Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura”; Consejo para la Transparencia, Rol N° C3136-19, 2 de junio de 2020, “Espinoza con Servicio Nacional de Pesca”; Consejo para la Transparencia, Rol N° C6219-19, 21 de junio de 2020, “Oceana INC con Subsecretaría de Pesca”.

de advertir, es realmente solo cuando se interpone una acción de amparo ante el Consejo para la Transparencia por una denegación de información que realmente se tiene las primeras luces sobre si el riesgo alegado por el tercero cumplía o no realmente con las condiciones de ser claro, probable y específico para considerar plausible el riesgo a sus intereses, y ser realmente dignos de una protección jerárquica superior a la de divulgar la información y los daños que dicha reserva pudiera ocasionar a los intereses del requirente en aras del interés público prevalente.

Lo anterior es problemático, pero lo es más aún la situación contemplada por la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente⁹⁰, la cual en su artículo 27 –aplicable en el marco del procedimiento del sistema de evaluación de impacto ambiental–, expresa de forma alineada a la Ley de Transparencia⁹¹ que “cualquier persona, natural o jurídica, podrá imponerse del contenido del proyecto y del tenor de los documentos acompañados”. Sin embargo, la norma continúa señalando que:

“Con todo, el Servicio de Evaluación Ambiental mantendrá en reserva los antecedentes técnicos, financieros y otros que, a petición del interesado, estimare necesario sustraer del conocimiento público, para asegurar la confidencialidad comercial e industrial o proteger las invenciones o procedimientos patentables del proyecto o actividad presentado”.

En otras palabras, la información puede ser clasificada como confidencial si el titular de un proyecto así lo solicita, siendo relevante destacar que esta disposición no requiere en ninguna parte una justificación por parte del titular del proyecto para solicitar esta limitación a la publicidad de información.

Respecto a esto, el profesor BERMÚDEZ ha señalado que se debe tener en consideración que el mencionado artículo 8° de la Constitución Política no permite otras cláusulas para establecer que cierta información se encuentre bajo reserva o confidencialidad más que las establecidas por ley de quórum calificado. Por lo tanto, las únicas excepciones que justificarían la reserva o confidencialidad a través de las cuales todo o parte de la información requerida podría ser legalmente denegada, son aquellas incluidas en el artículo 21 de la Ley de Transparencia⁹².

90 Ley N° 19.300 de 1994.

91 Ley N° 20.285 de 2008.

92 BERMÚDEZ (2010), pp. 588-589. Ley N° 20.285 de 2008.

Así las cosas, las cláusulas invocadas para limitar la publicidad de información serán válidas en tanto sea probado que afectan el derecho de las personas, y, en este caso, al titular del proyecto. Entonces, al no existir una obligación de justificar la solicitud de excluir información del dominio público para catalogarla como reservada o confidencial, la información ambiental pública que se produzca a lo largo del procedimiento de evaluación ambiental podrá ser susceptible de ser mantenida en secreto a voluntad del titular, significando que puede darse el evento que no sea tan solo aquella información técnica o financiera, sino que cualquier información sobre la cual el procedimiento de evaluación de impacto ambiental esté basado y que de acuerdo a sus intereses le afecte su divulgación⁹³.

Esto resulta particularmente confuso, toda vez que se debe recordar que la carga probatoria de probar el perjuicio en la divulgación de la información corresponde al Estado, o sea, al órgano de la Administración, respaldado claramente en la existencia de la solicitud de exclusión de información presentada por el titular, que no cuenta con ninguna base ni luces sobre en qué consiste la afectación alegada.

En esta lógica, se da un mayor riesgo de que información sea excluida por el órgano de la Administración del Estado del conocimiento público sobre bases injustificadas. En este sentido, por ejemplo, el Consejo para la Transparencia, acogiendo por voto de mayoría un amparo deducido en contra del Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura, fundamentó su decisión bajo esta misma argumentación, ordenando la entrega de la información requerida “por no haberse acreditado en esta sede que la entrega de dicha información afecte los derechos comerciales y económicos de las empresas y atendido que existe un interés público asociado al conocimiento de tales antecedentes al encontrarse vinculada con una materia que puede comprometer la salud pública. [...] Lo anterior, por cuanto respecto de la información pedida no concurre la causal de reserva de afectación a los derechos comerciales y económicos de las empresas que se opusieron a la entrega, considerando además, que existe un interés público asociado al conocimiento de tales antecedentes al encontrarse vinculada con una materia que puede comprometer la salud pública”⁹⁴. Para arribar a dicha conclu-

93 *Vid.* BERMÚDEZ (2014), p. 340.

94 Consejo para la Transparencia, Rol N° C3651-2020, 13 de octubre de 2020, “Gallardo con Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura”. Ver, también, Corte Suprema, Rol

sión, el Consejo para la Transparencia consideró que “un mero interés no es suficiente para configurar la reserva de lo solicitado, debiendo justificarse la existencia de un derecho que se vería afectado con su divulgación”⁹⁵.

En consecuencia, retomando lo señalado con anterioridad, para calificar la información ambiental incluida en un estudio de impacto ambiental como confidencial o secreta el Servicio de Evaluación Ambiental debe declararlo expresamente. Sin embargo, existe un problema práctico, porque, como sabemos, “la información que contiene un estudio de impacto ambiental constituye el antecedente en el cual se funda el acto administrativo que autoriza o por el que rechaza el proyecto, es decir, forma parte del fundamento o motivo de la resolución de calificación ambiental”⁹⁶. Por lo que, dicho de otra manera, el expediente del estudio de impacto ambiental es público por mandato constitucional, sin que la información ambiental producida en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental tenga un tratamiento distinto a lo revisado respecto de la información pública en general. Entonces, el titular del proyecto no tiene ninguna base legal *a priori* para solicitar la reserva de información, lo que, dicho de otra manera, significa que la información solicitada por el titular del proyecto para tenerse como confidencial o reservada será tenida como tal en tanto no exista alguien que contradiga esta situación ante el Consejo para la Transparencia, conforme lo establece el artículo 24 de la Ley de Transparencia⁹⁷.

Nº 31927-2019, 25 de agosto de 2020, “Consejo para la Transparencia con Invemar S.A.”, considerando 11.

95 Para ello, aplicó un examen de balance de interés económico y comercial versus el interés público de acceder a la información, y desarrolló los siguientes criterios orientadores: “a) ser secreta, es decir, no generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente la utilizan; b) ser objeto de razonables esfuerzos para mantener su secreto; y c) tener un valor comercial por ser secreta, esto es, que dicho carácter proporcione a su titular una ventaja competitiva (y por el contrario, su publicidad afecte significativamente su desenvolvimiento competitivo), los que también se aplican, para determinar si la información pedida constituye el denominado ‘secreto empresarial’, definido en el artículo 86 de la Ley de Propiedad Industrial”. Consejo para la Transparencia, Rol Nº C3651-20, 13 de octubre de 2020, “Gallardo con Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura”, considerando 7. *Vid.* Corte Suprema, Rol Nº 31927-2019, 25 de agosto 2020, “Consejo para la Transparencia con Invemar S.A.”, considerandos 9-11.

96 BERMÚDEZ (2010), p. 588.

97 Ley Nº 20.285 de 2008.

Lo anterior implica, por consiguiente, que, si nadie desafía esta situación en que información pública hubiere sido apartada del dominio público, la información se mantendrá en secreto o reserva sin necesidad de haberse declarado así por una ley de quórum calificado, como lo mandata el artículo 8° de la Constitución Política. Esto es problemático en el entendido de que la naturaleza de la información objeto de análisis en el presente trabajo es de una categoría especial al tratarse de información ambiental, que, como se señaló con anterioridad, es el contenido del derecho de acceso a la información, el cual es, a su vez, un mecanismo para el ejercicio efectivo de otros derechos, como los derechos fundamentales del derecho a la vida y el de vivir en un medio ambiente libre de contaminación, contando por tal, de una vinculación directa con otros derechos.

En este sentido, la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado que:

“[...] la referida información debe ser conocida por la solicitante y, en definitiva, hacerse pública, pues se trata de una materia en extremo sensible a toda la opinión pública, por cuanto, como ha quedado expuesto, se encuentra en el tapete de la discusión incluso un problema de salud pública. Frente a la colisión de derechos que podría producirse y tal como lo ha hecho presente la recurrente, habría que aplicar el test de daño, herramienta que permitiría sin duda inclinar el asunto en el sentido de hacer lugar a la publicidad, por las mismas razones que se invocan”⁹⁸.

Por otro lado, como se puede imaginar, se generan otros problemas relacionados con los otros derechos de acceso, como es el de la participación ciudadana. El que cierta información sea excluida implica no solo que exista la barrera común de que la información ambiental sea por naturaleza altamente técnica, científica y compleja, que hace a veces imposible su entendimiento por parte de la población no especializada en la materia, sino que también la ciudadanía no contará con toda la información necesaria para ejercer una participación eficaz en el procedimiento administrativo de evaluación ambiental, y que en el evento en que esta información sea requerida y denegada por lo dicho, si una persona intenta revertir esta si-

98 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 11771-2015, 31 de mayo de 2016, “Oceana INC con Consejo para la Transparencia”, considerando 37. Ver, también, Corte Suprema, Rol N° 31927-2019, 25 de agosto de 2020, “Consejo para la Transparencia con Invemar S.A.”; Corte Suprema, Rol N° 17310-2019, 4 de diciembre de 2019, y “Consejo para la Transparencia con Salmones Multiexport S.A.”.

tuación ante el Consejo para la Transparencia, el plazo de participación ciudadana ya habrá transcurrido, y, por tanto, esa persona habrá sido privada de su derecho.

4. CONCLUSIONES

En este punto es dable preguntarse: ¿se ve satisfecho actualmente de manera eficaz y eficiente el derecho de acceso a la información ambiental en Chile? Al tratar de responder esta interrogante a lo largo de este trabajo, se advierten algunas limitaciones o consecuencias problemáticas a que se ve enfrentada la ciudadanía al ejercer el derecho de acceso a la información, las cuales de alguna manera generan una desigualdad en las condiciones a las que se enfrentan las personas al momento de informarse para ejercer una participación adecuada en las decisiones en materias ambientales. De ello se sigue que, en un ideal, todos los actores en un escenario determinado deberían encontrarse en posiciones jurídicas equivalentes en el acceso a la información, por cuanto desde esa igualdad de condiciones se pueden lograr resultados justos, que se adecúen a una democracia participativa.

Por lo tanto, la disponibilidad de información ambiental es relevante, toda vez que es esencial para lograr la debida participación y la justicia ambiental. En este sentido, el acceso a la información implica que todas las personas pueden obtener información que se encuentre en manos de la Administración del Estado. El reconocimiento de este derecho dotó de eficacia a los principios de transparencia y publicidad reconocidos constitucionalmente en el artículo 8° de la Constitución Política.

Sin embargo, las excepciones previstas en el artículo 21 de la Ley de Transparencia⁹⁹, que justifican la reserva de información por ser considerada como secreta o confidencial y que exceden aquellas contempladas por el artículo 6 N° 6 del Acuerdo de Escazú, están redactadas en términos muy amplios que permiten un gran margen de interpretación y respecto del cual, al no existir una consagración legal de reglas que guíen dicha interpretación y que brinden una homogeneidad en la aplicación del examen de intereses, puede resultar peligroso. Así las cosas, destaca lo mencionado respecto a la aplicación desigual de este examen en el Consejo para la

99 Ley N° 20.285 de 2008.

Transparencia, que, como se señaló, lo aplica solo a veces. Por otro lado, en lo referido a los pronunciamientos de los tribunales nacionales a los que se hicieron alusión a lo largo del trabajo, se evidencia que hay una interpretación diametralmente dispar entre los criterios sostenidos por el Tribunal Constitucional y por la Corte Suprema, lo que conlleva a una manifiesta incerteza jurídica respecto de este derecho.

Asimismo, es relevante destacar la posibilidad de los titulares de proyectos de solicitar la exclusión de información que cimientan el proceso administrativo de evaluación de impactos ambientales, sobre la base de la excepción amplia del artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia¹⁰⁰ relacionado a los derechos comerciales y económicos. Como se revisó, el artículo 8° de la Constitución Política establece que la regla general es que la información en poder de la Administración del Estado es pública y que, solo por aplicación de las causales establecidas por una ley de quórum calificado, el acceso a la información puede ser restringido. Sin embargo, el artículo 27 de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, al incluir la posibilidad para los titulares de los proyectos de invocar provisiones como la señalada, implica un riesgo de reserva de información que debería ser pública.

Se entiende que bajo ningún contexto el titular de un proyecto es el intérprete de una norma, por lo que el titular solamente solicita su exclusión. Pero, luego, esta posibilidad, que permite que dicha solicitud sea presentada sin justificar la motivación de ello, implica que la autoridad competente no está en condiciones de determinar si aquella solicitud responde efectivamente a motivaciones legítimas y contar con las herramientas para balancear adecuadamente la admisibilidad de dicha solicitud.

Por lo tanto, el Servicio de Evaluación Ambiental, de acoger dicha solicitud, limitará el derecho de acceso a la información, que, como es conocido, es un derecho de acceso importante para el ejercicio efectivo de otros derechos tanto de acceso como fundamentales. Entonces, adoptar una decisión en una situación en que no se cuenta con evidencia suficiente aportada por el solicitante puede poner en riesgo el acceso a la información sobre bases poco fiables. En este sentido es relevante recordar el reproche de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hace quince años atrás a nuestro país en esta materia y que sigue siendo un problema hoy en día:

100 Ídem.

“Las excepciones previstas en la ley [...] confieren un grado excesivo de discrecionalidad al funcionario que determina si se divulga o no la información”¹⁰¹.

Por otro lado, si bien existe la posibilidad de cuestionar esta denegación de acceso a la información por medio de la interposición de un amparo ante el Consejo para la Transparencia, no siempre es suficiente, toda vez que dicha información será excluida durante el periodo en que esta situación no sea cuestionada por una persona que se sienta perjudicada por ello, bajo la premisa de un conflicto al interés del titular del proyecto en sus derechos económicos e industriales, que realmente no se basa en una argumentación de hechos constatables. En otras palabras, durante el periodo en que esta reserva de información no ha recibido un cuestionamiento ante el Consejo para la Transparencia, la reserva se habrá otorgado por un órgano de la Administración que no se encuentra en condiciones de aplicar la prueba de interés público y ponderar correctamente el interés de retener la información y el interés público de divulgarla, teniendo en cuenta los elementos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Esto conlleva a la conclusión de que, si nadie cuestiona esta medida, la información podrá considerarse confidencial o secreta sin necesidad de invocar una causal de excepción válida que hubiere sido declarada por una ley de quórum calificado, como lo mandata el artículo 8° de la Constitución Política. Este artículo, al señalar que no se permiten otras causales de exclusión fuera de una ley de quórum calificado, implica que los fundamentos invocados para mantener información como secreta o confidencial será válida en tanto se pruebe que afecta el derecho de las personas, y, en este caso, del titular de un proyecto. Por consiguiente, la inexistencia de una obligación de motivación de la solicitud puede dar pie a abusos en que no solo se excluya información industrial o financiera, sino que cualquier otra que el titular prefiera mantener en reserva, porque, como se dijo, el conocimiento es poder.

Finalmente, como se puede apreciar, a pesar de contar con una institucionalidad especialmente dedicada al derecho de acceso a la información y de tener una consagración implícita en nuestra Constitución Política, de todas las situaciones problemáticas abordadas a lo largo de esta presentación, se siguen evidenciando barreras para la ciudadanía de mantenerse

101 Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 19 de septiembre de 2006, caso “Claude Reyes y otros con Chile” (fondo, reparaciones y costas), párr. 58(d).

informada respecto de aspectos relativos sobre el medio ambiente –que, como se mencionó, es considerado un interés público *per se*–, y han creado un campo fértil de discrecionalidad y arbitrariedad en la clasificación de información como secreta, reservada o confidencial, producto, principalmente, de la falta de una consagración legal de un examen de intereses que brinde homogeneidad en la interpretación de las excepciones. Por lo tanto, a Chile todavía le queda camino en lograr alcanzar los estándares mínimos que el Acuerdo de Escazú¹⁰² establece para una correcta protección y ejercicio efectivo del derecho de acceso a la información.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

BERMÚDEZ, Jorge (2014): *Fundamentos de derecho ambiental*, 2ª edición (Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso).

——— (2010): “El acceso a la información pública y la justicia ambiental”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* N° XXXIV N° 18.

COVARRUBIAS, Ignacio (2012): “Las falencias del test de interés público como instrumento de ponderación entre el acceso a la información pública y la vida privada”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* N° 18.

COMISIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL DE LAS NACIONES UNIDAS PARA ASIA Y EL PACÍFICO (2007): “What is good governance?”. Disponible en línea: <<https://www.unescap.org/sites/default/files/good-governance.pdf>>.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011): “El derecho de acceso a la información pública en las Américas. Estándares Interamericanos y comparación de marcos legales”, CIDH/RELE/INF.7/12. Disponible en línea: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/el%20acceso%20a%20la%20informacion%20en%20las%20americas%202012%2005%2015.pdf>>.

102 Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (2018).

- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LAS NACIONES UNIDAS (1994): “Cuestión de los derechos humanos de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión”. Resolución E/CN.4/1995/32. Disponible en línea: <<https://undocs.org/pdf?symbol=es/E/CN.4/1995/32>>.
- FENSTER, Mark (2010): “Seeing the State: transparency as metaphor”. Disponible en línea: <<https://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1571&context=facultypub>>.
- FLORINI, Ann (2007): “The right to know: transparency for an open world”, 1ª edición (Nueva York: Columbia University Press).
- HOVELL, Devika (2014): “The deliberative deficit: transparency, access to information and UN sanctions”, en FARRALL, Jeremy y RUBENSTEIN, Kim (eds.), *Sanctions, accountability and governance in a globalised world*, 1ª edición (Cambridge: Cambridge University Press).
- KNOX, John y TORRES, Valeria (2020): “El derecho de acceso a la información ambiental en el Acuerdo de Escazú”, en PRIEUR, Michel *et al.* (eds.), *Acuerdo de Escazú: Hacia la democracia ambiental en América Latina y el Caribe*, 1ª edición (Argentina: Universidad Nacional del Litoral).
- LEME, Paulo (2020): “El Derecho de acceso a la información ambiental en el Acuerdo de Escazú”, en PRIEUR, Michel *et al.* (eds.), *Acuerdo de Escazú: Hacia la democracia ambiental en América Latina y el Caribe*, 1ª edición (Argentina: Universidad Nacional del Litoral).
- MCDONAGH, Maeve (2013): “The right to information in International Human Rights Law”. Disponible en línea: <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30698.pdf>>.
- MÉDICI, Gastón (2018): “El Acuerdo de Escazú: La implementación del Principio 10 de Río en América Latina y el Caribe”, en *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. IX, N° 1.
- MORAGA, Pilar (2012): “Principio 10 y desarrollo eléctrico: Participación y acceso a la justicia en miras a la implementación de tribunales especializados”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXIX.
- ROBERTS, Alasdair (2011): “Structural pluralism and the right to information”, en *University of Toronto Law Journal*, vol. 51, N° 3.

NORMATIVA CITADA

- Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (2018) o Acuerdo de Escazú.
- Constitución Política de la República de Chile de 1980.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (1978) o Pacto de San José de Costa Rica.
- Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992).
- Decreto Supremo N° 778 (29 de abril de 1976). Promulga el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas por Resolución N° 2.200, el 16 de diciembre de 1966 y suscrito por Chile en esa misma fecha.
- Decreto Supremo N° 873 (5 de enero de 1991). Aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada “Pacto de San José de Costa Rica”.
- Ley N° 19.300 (9 de marzo de 1994). Aprueba Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente.
- Ley N° 19.653 (3 de diciembre de 1999). Sobre Probidad Administrativa Aplicable a los Órganos de la Administración del Estado.
- Ley N° 20.050 (26 de agosto de 2005). Reforma Constitucional que introduce diversas modificaciones a la Constitución Política de la República.
- Ley N° 20.285 (20 de agosto de 2008). Sobre Acceso a la Información Pública.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).

JURISPRUDENCIA CITADA

- Tribunal Constitucional, Rol N° 519-2006-INA, 5 de junio de 2007, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 3°, 12 y 14 de la Ley N° 17.311, en relación con diversas causas seguidas ante el Séptimo Juzgado del Trabajo de Santiago.

- Tribunal Constitucional, Rol N° 2907-15-INA, 27 de diciembre de 2016, “Salmones Multiexport S.A.” (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 5° inciso segundo y 10 inciso segundo de la Ley N° 20.285 y parte del artículo 31 bis de la Ley N° 19.300).
- Tribunal Constitucional, Rol N° 2982-2016, 27 de diciembre de 2016 (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 5° inciso segundo y 10 inciso segundo de la Ley N° 20.285).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 3111-201623, de marzo de 2017 “Asociación de la Industria del Salmón de Chile A.G. y otros” (requerimiento de inaplicabilidad por Inconstitucionalidad respecto del artículo 5 inciso segundo de la Ley 20.285
- Tribunal Constitucional, Rol N° 3974-2017-INA, 12 de marzo de 2019, “Salmones Multiexport S.A. y otros” (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 5 inciso segundo y 10 inciso segundo de la Ley N° 20.285).
- Corte Suprema, Rol N° 24564-2018, 31 diciembre 2018, “Consejo para la Transparencia con Timmermann”.
- Corte Suprema, Rol N° 24561-2018, 31 diciembre 2018, “Servicio de Impuestos Internos con Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago”.
- Corte Suprema, Rol N° 17310-2019, 4 diciembre 2019, “Consejo para la Transparencia con Salmones Multiexport S.A”.
- Corte Suprema, Rol N° 31927-2019, 25 agosto 2020, “Consejo para la Transparencia con Invemar S.A.”.
- Corte Suprema de India, 30 de diciembre de 1981 (acción constitucional AIR 1982 SC 149, 1981 Supp (1) SCC 87, 1982 2 SCR 365), “S.P. Gupta v. President of India y otros”.
- Consejo para la Transparencia, Rol N° A45-09, 28 de julio de 2009, “De La Carrera con Carabineros de Chile”.
- Consejo para la Transparencia, Rol N° A115-09, 22 de septiembre de 2009, “Pacheco con I. Municipalidad de Providencia”.
- Consejo para la Transparencia, Rol N° C227-10, 7 de diciembre de 2010, “Obando con Servicio Nacional de Pesca”.

- Consejo para la Transparencia, Rol N° C1407-15, 6 de octubre de 2015, “Oceana INC con Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura”.
- Consejo para la Transparencia, Rol N° C3330-16, 19 de enero de 2017, “Espinoza con Servicio Nacional de Pesca”.
- Consejo para la Transparencia, Rol N° C2454-17, 31 de octubre de 2017, “Hinostroza con Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura”.
- Consejo para la Transparencia, Rol N° C1003-18, 2 de agosto de 2018, “Oceana INC con Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura”.
- Consejo para la Transparencia, Rol N° C2771-19, 9 de enero de 2018, “Silva con Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura”.
- Consejo para la Transparencia, 21 de junio de 2020, Rol N° C6219-19, “Oceana INC con Subsecretaría de Pesca”.
- Consejo para la Transparencia, Rol N° C3136-19, 2 de junio de 2020, “Espinoza con Servicio Nacional de Pesca”.
- Consejo para la Transparencia, Rol N° C838-20, 9 de junio de 2020, “Teca con Dirección Regional de Aysén del Servicio Nacional de Pesca”.
- Consejo para la Transparencia, Rol N° C1759-20, 28 de julio de 2020, “Espinoza con Servicio Nacional de Pesca”.
- Consejo para la Transparencia, Rol N° C3651-20, 13 de octubre de 2020, “Gallardo con Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura”.
- Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 11771-2015, 31 de mayo 2016, “Oceana INC con Consejo para la Transparencia”.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, 9 de mayo de 1986, “República Oriental del Uruguay” (Opinión Consultiva OC-6/86, Serie A N° 6).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 2 de julio de 2004, “Herrera Caso Ulloa con Costa Rica” (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 19 de septiembre de 2006, Caso “Claude Reyes y otros con Chile” (2006) (fondo, reparaciones y costas).

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 24 de noviembre de 2010, caso Gomes Lund y otros vs. Brasil (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, 15 de noviembre de 2017, “República de Colombia” (Opinión Consultiva OC-23/17).