

Publicidad y transparencia: nuevos principios constitucionales de la actuación de los órganos del Estado en Chile

Gladys Camacho Céspedes

SUMARIO: Introducción. I. El Significado de los Términos Publicidad y Transparencia. II. Los Fundamentos de los Principios de Publicidad y Transparencia: 1 La Promoción del Sistema Democrático; 2 Respeto a los Derechos Humanos; 3 Estabilidad de los Mercados Económicos; 4 Justicia Socio-Económica; 5 La Profesionalización de la Administración; III. Los Objetivos de la Publicidad y Transparencia de la Administración: 1 Terminar con el Secretismo Tradicional; 2 Favorecer el Control sobre las Autoridades y los Órganos Estatales; 3 Mejorar la Gestión Pública; 4 Favorecer Participación Ciudadana; 5 Prevenir Ilícitos: Corrupción, Enriquecimiento Indebido, Abuso de Poder, Tráfico de Influencias. IV. Cómo Opera el Derecho de Acceso a la Información Pública: 1 Opera con Independencia de Otros Derechos; 2 Disuade y Sanciona por sí solo; 3 Constituye un Barómetro Ético; 4 Demanda una difusión oportuna, veraz y suficiente de la Información. V. Reglas inexcusables para un efectivo derecho al acceso a la información: 1 No puede ser discrecional para el obligado; 2 Máxima apertura: toda la información en las manos del Estado (que tiene o que debe tener); 3 Debe ser un deber de todas las entidades públicas, incluyendo entidades privadas que provean servicios públicos o que desarrollen funciones públicas; 4 Debe poder percibirse claramente la intención de las causales de reserva: la ley de acceso a la información pública debe prevalecer como exigencia del interés público; 5 Requiere que se establezcan vías adecuadas de protección. VI. Los grados de realización de los principios de publicidad y transparencia: A) La publicidad y la Transparencia en el Procedimiento Administrativo; B) La publicidad y la Transparencia en el Campo de la Información General. VII. Los Límites de la Publicidad.

INTRODUCCIÓN

Los principios de publicidad y transparencia son principios que han cobrado especial centralidad al haber sido constitucionalizados recientemente en virtud de las reformas practicadas a la Norma Fundamental por la Ley 20050, en agosto de 2005, que introdujo un nuevo artículo 8, que reza así:

Artículo 8.- El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.

Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como 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.

Esta nueva disposición, situada en el Capítulo I de las Bases de la Institucionalidad, liga la publicidad de las actuaciones públicas con el principio de probidad y hace de la transparencia un principio general para todos los órganos del Estado, que sólo puede exceptuarse por el legislador mediante una ley de quórum calificado fundada en causales tasadas por el propio texto constitucional. Estas son: afectar el debido cumplimiento de las funciones públicas, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

El precepto constitucional transcrito, como se puede apreciar fácilmente, es un texto con un ámbito de aplicación extenso, ya que involucra a todos los órganos del Estado sin distinción, por lo que es obligatorio tanto para el Gobierno y su Administración Pública, el Congreso, el Poder Judicial, así como para las denominadas autonomías constitucionales: el Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones, el Ministerio Público, etc. En este contexto, el artículo 8 de la Constitución constituye una exigencia de cambio sustancial del tradicional secretismo que ha imperado en la actuación de los órganos del Estado, planteando grandes expectativas en relación con la efectividad del derecho a la información.

Es de esperar que la aplicación de estos principios –ahora con base constitucional– mejore la situación de Chile, que en el contexto internacional resulta mal evaluado. Un estudio realizado entre quince países, principalmente de América Latina y Europa, sometió a diversas pruebas para determinar cuán fácil es acceder a la información que está en manos del Estado¹, y terminó situando a Chile en el penúltimo lugar, sólo superado por Ghana. Para determinar cuán fácil resulta acceder a la información en manos del Estado, el estudio se basó en peticiones de información que revestían desigual nivel de dificultad y que fueron incoadas ante diversos servicios públicos. El resultado, en el caso chileno, fue que el 69% de las solicitudes de información que se presentaron ante los organismos y servicios públicos tuvieron como resultado el silencio administrativo, no satisfaciéndose la petición de información. Esto contrasta con la situación de países como el Reino Unido, en el cual, a la inversa de lo que ocurre en Chile, el 70% de las solicitudes se contestan dentro del plazo de 20 días y el 55% de ellas se atiende con información completa².

Una observación preliminar sobre el nuevo precepto es que la redacción del inciso 2 del artículo 8 está realizada en tiempo presente, lo que no deja duda de que la afirmación de la publicidad de los actos estatales es imperiosa para el constituyente y no una vocación de futuro o condicionada. Ello se traduce en un efectivo deber jurídico de todos los órganos del Estado de actuar conforme a la regla general de publicidad, y sólo excepcionalmente, en los casos legalmente calificados, podrán eximirse del cumplimiento de este deber. La publicidad así formulada por la Constitución es una garantía para los ciudadanos de la correcta actuación de los poderes públicos. Como correlato de este deber jurídico de los órganos del Estado, se configura un derecho amplio a la información pública, cuyo núcleo esencial no puede ser afectado por el legislador al regular la garantía de publicidad que el constituyente ha establecido, legislador que tampoco puede «imponer condiciones o requisitos que

1 Esta situación fue puesta en evidencia en la Conferencia de la Comunidad de las Democracias realizada en Santiago de Chile el 28 de abril de 2004, en la que Chile resulta mal ubicado incluso entre los países latinoamericanos. A través de la Corporación Participa se efectuó un estudio solicitando información a 140 servicios públicos, ministerios y empresas que prestan servicios básicos, revelando que el secretismo en Chile es una práctica generalizada. Ver Teletrece-internet, www.teletrece canal13.cl y www.prraceso.cl (consulta el 27 de abril de 2005).

2 Vid. Darbshire, H., *op. cit.*

impidan su libre ejercicio», como lo establece el artículo 19 n° 26 del texto constitucional.

También es de destacar que, en el ámbito administrativo, ya la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado 18575 (LOCBGAE)³, en el artículo 13, inciso 3, proclamaba «Son públicos los actos administrativos y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial», incluyendo en esta obligación a los informes o antecedentes de las empresas con participación estatal y aquellas empresas privadas que presten servicios de utilidad pública, cuando estos informes o antecedentes hayan sido proporcionados a los organismos fiscalizadores, sea de interés público su difusión, no afecte su funcionamiento y los afectados no hagan ejercicio del derecho a oponerse al acceso de dicha información.

I. EL SIGNIFICADO DE LOS TÉRMINOS PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA

Para determinar qué se debe entender por publicidad y transparencia podemos acudir al Diccionario de la Real Academia (1992), que nos señala que «publicidad» indica «cualidad o estado de público», y «público» es lo «notorio, patente, manifiesto, visto o sabido por todos», por lo que principalmente este principio cobra sentido en relación con la información, objetivamente hablando. La publicidad, consiguientemente, se predica de la información pública, y el grado de su realización no se debe medir exclusivamente por la voluntad o disposición a la entrega de la misma una vez que ha sido solicitada, sino porque ésta tenga el estado de público, lo que involucra que esté a disposición de cualquier persona a medida de que se vaya generando. Facilitar la publicidad tiene un efecto positivo inmediato de desburocratizar y de allanar al ciudadano el ejercicio de su derecho a la información pública.

Respecto del término transparencia, es útil remitirse a lo consignado por el inciso 2 del artículo 13 LOCBGAE, el cual define la transparencia como cualidad del ejercicio de la función pública, señalando que ésta conlleva ejercer dicha función de modo que se «permita y promueva el

³ El Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley 18575 fue fijado por el Decreto con Fuerza de Ley 1-19.653 de 2001.

conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones adoptadas». Para la Real Academia, «transparencia» es la «cualidad de transparente», y «transparente» es aquello «claro, evidente, que se comprende sin duda ni ambigüedad». Por lo que si la publicidad se refiere especialmente a la información, objetivamente hablando, la transparencia se predica sobre los procedimientos y conductas que hacen posible la accesibilidad a la información y la tornan comprensible, escrutable y controlable por terceros.

Ahora bien, un aspecto importante es determinar sobre qué recae la publicidad y transparencia. Una lectura superficial del artículo 8 CPR podría indicar que sólo recae sobre los actos formalizados de los órganos del Estado. En el ámbito administrativo ha sido la Contraloría General la que ha aclarado que este significado no es el que se debe atribuir al artículo 13 LOCBGAE, no siendo correcto afirmar que sólo los actos administrativos son públicos, sino que la publicidad y la transparencia son predicables de toda la gestión administrativa (Dictamen 49.883, de 4 de octubre de 2004). En el ámbito constitucional se puede arribar a la misma conclusión, porque si bien el inciso 2 se refiere a los actos y resoluciones, en su interpretación no se ha de olvidar el inciso 1 de dicho artículo, que liga el ejercicio de las funciones públicas con la probidad. Dicha directiva obliga a todos los titulares de cargos públicos a conducirse armónicamente con el principio de probidad, que es el que sirve de fundamento a la publicidad y transparencia.

II. LOS FUNDAMENTOS DE LOS PRINCIPIOS DE PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA

Desde los inicios de su formación histórica, la Administración siempre ha sido depositaria de información valiosa para el sostenimiento del Estado. En gran parte, la información es provista por los propios ciudadanos en cumplimiento de deberes que expresan la aplicación de técnicas de ordenación o de policía; en otras ocasiones, la información es generada por la propia Administración, autónomamente o con colaboración de terceros (v. gr. estudios, informes, estadísticas, etc.). Ahora bien, lo importante es asegurar que la información obtenida o generada por la Administración —en un Estado de Derecho, Democrático y Servicial, como el fundado por la Constitución Política de la República— sea

utilizada para el adecuado diseño de políticas públicas o el cumplimiento oportuno y eficiente del control que la Administración debe ejercer sobre ciertas actividades o sujetos.

En relación con esta problemática de amplios ribetes hay un aspecto que marca la situación actual. No se puede obviar que la sociedad de la información en la que vivimos determina que el volumen de la información en manos de la Administración sea colosal, por lo que el derecho a acceder a la misma cobra especial relevancia. Igualmente, las nuevas tecnologías de las telecomunicaciones pueden proporcionar los instrumentos que sirven para solventar las crecientes demandas de información a las que debe responder la Administración.

Sistematizando los fundamentos que tienen los principios de publicidad y transparencia, podemos señalar que ellos se relacionan con:

1 La promoción del Sistema Democrático

Instintivamente, se asocian las nociones de publicidad y secreto con los sistemas políticos fundados en formas democráticas o autocráticas, respectivamente. De partida, el sistema democrático fundado en la igualdad y el principio representativo estatuye a los gobernantes como servidores y temporales depositarios de un poder público que no es ilimitado, sino finalizado. Arrumbada, pues, la antigua concepción de la persona como súbdito y transformado éste en un ciudadano pleno, cuyos derechos el Estado no sólo debe respetar, sino coadyuvar a que se hagan efectivos, se espera que el poder no tenga secretos frente a él, que es el que en última instancia le ha delegado el poder. Traduciendo al lenguaje económico, el ciudadano se configura como el principal, y su agente, el que está a su servicio, es nada menos que la propia autoridad.

Por otra parte, los sistemas autoritarios o totalitarios, en aras de incrementar y asegurar sus esferas de poder, suelen cubrir la actuación de sus órganos con un velo impenetrable de misterio, pues el secreto siempre ha constituido un factor de aseguramiento del poder. Los regímenes dictatoriales se caracterizan por estar libres de la auscultación ciudadana.

Esta contraposición, no obstante, sólo es exacta en términos tendenciales, por cuanto en los países democráticos ambas inclinaciones están presentes, siendo la opacidad y la transparencia directamente proporcionales a regímenes proclives a conductas autoritarias o democráticas, respectivamente. Ello explica que los países democráticos, en la generalidad de los casos, sólo hayan aprobado leyes de acceso a la información a partir de la segunda mitad del siglo XX, lo cual sólo se comprende por la natural resistencia del poder a sustraer de la vista de los ciudadanos sus interioridades⁴: es una ilusión del poder el estar libre de la auscultación de los ciudadanos. Los regímenes democráticos, en general, aún distan mucho de ser medianamente transparentes. La experiencia práctica señala que sólo la sociedad civil organizada ha logrado resultados significativos en la mejora de la transparencia y acceso a la información⁵. La publicidad de los actos de los organismos estatales no es algo que éstos acepten voluntariamente, sino, muy por el contrario, es algo que se debe imponer por el legislador como una obligación a cumplir por la autoridad.

En el ámbito administrativo, el impulso y la exigencia de transparencia de los actos y, en general, de la gestión administrativa, se ligan al fortalecimiento del sistema democrático, porque es claro que el acceso a la información pública es condicionante de aquéllo que preocupó al constituyente asegurar, esto es: «la participación de todos con igualdad de oportunidades en la vida nacional». Sólo permitiendo el acceso a la

4 Si se toma como referencia el continente americano, se puede observar que, desde hace más de 35 años, Estados Unidos cuenta con la Freedom Information Act, que fue aprobada en 1966. Posteriormente, en la década del ochenta, leyes sobre esta materia fueron sancionadas en países como Canadá (1983) y Colombia (1985). Durante la década del noventa, sólo Belice (1994) y Trinidad y Tobago (1999) se sumaron a esta iniciativa. Finalmente, en el siglo XXI fueron aprobadas la gran parte de las legislaciones sobre acceso a la información pública. Así, en 2002, Jamaica, México, Panamá y Perú regularon este derecho, y en 2004, Ecuador y República Dominicana sancionaron sus respectivas legislaciones. En total son sólo once los países del continente americano que tienen aprobadas leyes de acceso a la información pública. Vid. «Transparencia y acceso a la información: el IFAI en México», presentación power point de Alonso Lujambio en el Seminario Internacional sobre Acceso a la Información, Santiago, 3 y 4 de octubre de 2005, en www.pronacceso.cl (consulta 24 de octubre de 2005).

5 Vid. Passey, K., «One Model for Influencing Better Open Government Practices», The Washington Coalition for Open Government; y Villanueva, E., «Diez puntos de cómo los organismos de la sociedad civil pueden promover una ley de acceso. La experiencia mexicana», Libertad de Información-México, A.C. (LIMAC), ambas presentaciones power point presentadas en el Seminario Internacional sobre Acceso a la Información, Santiago de Chile, 3 y 4 de octubre de 2005, en www.pronacceso.cl (consulta 24 de octubre de 2005).

información que está en manos del Estado es que los ciudadanos podrán aportar y provocar un diálogo real sobre los temas públicos, ya no a partir de la negación, sino desde la base de la información. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos así lo ha remarcado: «El valor del acceso a la información comprende la promoción de los objetivos más importantes en las Américas, incluye una democracia transparente y efectiva, respeto por los derechos humanos, la estabilidad de los mercados económicos y la justicia socioeconómica»⁶.

A todas luces, está bastante justificada la necesidad de afirmar la tendencia a la transparencia de la actuación de los poderes públicos y, en especial, de la Administración. Sin embargo, la tradición de secreto ha calado hondo en las costumbres y actitudes de la burocracia de los Estados liberales, tradiciones que Chile ha practicado desde la era portaliana. En este marco, la transparencia y el suministro de información constituyen piezas básicas de la búsqueda de una nueva legitimidad racionalizada, de un nuevo consenso por convicción. El acceso a la información debe garantizarse aunque duela, pues ello facilita la prevención y el control (*accountability*) de la conducta de los integrantes de los órganos y entes públicos, así como también permite ingresar al círculo virtuoso que genera la transparencia, cuyos efectos son directamente proporcionales a la «incomodidad» de las autoridades que se pretenden examinar⁷. La transparencia se convierte, de este modo, en una saludable virtud democrática de «incomodar a las autoridades» (*to cause a public authority the maximum inconvenience*) para obtener como resultado la consolidación del sistema democrático.

Más aún, la Constitución, desde el artículo 1 inciso 3, se encarga de delinear una democracia participativa, dando garantías a los grupos intermedios, pues son ellos «a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos». Más adelante, en el inciso 5, el constituyente

6 Vid. Darbshire, H., «The Open Society Justice Initiative», presentación en el Seminario Internacional sobre Acceso a la Información, Santiago, 3 y 4 de octubre de 2005, en www.proacceso.cl (consulta 24 de octubre de 2005).

7 Vid. Ferreiro, A., «Razones para promover la transparencia pública y privada», presentación power point en el Seminario Internacional sobre Acceso a la Información, Santiago, 3 y 4 de octubre de 2005, en www.proacceso.cl (consulta 24 de octubre de 2005).

establece, como deber del Estado, «promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional». Se configura, de este modo, la participación como un eje vertebrador del Estado. Ahora bien, para que esta participación sea efectiva y eficiente, ha de ser informada. La transparencia permite conocer, comparar y formarse un criterio razonado.

La participación, en conjunto con la transparencia y la publicidad, tienen efectos positivos en cuanto mejoran el control social sobre las autoridades y órganos del Estado: todo ciudadano informado se transforma en un potencial controlador y mejora la comprensión de las decisiones, las que serán menos resistidas si son comprendidas. Asimismo, la transparencia se transforma en un barómetro ético de las conductas de los integrantes de los órganos y entes públicos, los que se verán condicionados a resistirse de realizar aquello que no pueda resistir el escrutinio social.

2 Respeto a los Derechos Humanos

El fundamento de los principios de publicidad y transparencia se vincula con el respeto a los derechos humanos, por cuanto ellos son presupuestos para el ejercicio y defensa de otros derechos fundamentales. Ello permite comprender por qué el legislador orgánico, al precisar las exigencias del interés general, consigna entre éstas al acceso a la información administrativa. Igualmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos es clara en este respecto, afirmando que «Un mecanismo transparente que brinda acceso a información en poder del Estado es también esencial para fomentar un clima de respeto por todos los derechos humanos»⁸.

La Constitución Política de la República se diseña desde una óptica garantista de los derechos ciudadanos, afectando el poder del Estado a la consecución del interés general, lo cual es plenamente concordante con la proclamación de la cláusula de Estado Democrático que realiza el artículo 4 de la Norma Fundamental. El Estado y su Administración

8 Citado en Darbshire, H., *op. cit.*

se constituyen como instrumentos serviciales (artículo 1 inciso 4 CPR y artículo 3 inciso 1 LOCBGAE), a los que el constituyente atribuye una variada gama de deberes jurídicos que aseguran la efectividad de esta determinación. La publicidad y transparencia se conectan con la opción política de erigir un sistema democrático y se traducen para el ciudadano en un derecho al acceso a la información pública que se garantiza por la propia norma constitucional (artículo 8 CPR). La Corte Interamericana de Derechos Humanos refiere esta obligación del Estado, declarando que «los gobiernos sí tienen obligaciones positivas de brindar la información en poder del Estado a sus ciudadanos, dado que este derecho es independiente de otros derechos fundamentales»⁹.

3 Estabilidad de los Mercados Económicos

Los mercados eficientes son aquéllos en los que todos los agentes poseen información adecuada y suficiente sobre las características de los objetos que se van a transar en el mercado, y del marco regulatorio en el que esa transacción se va a producir. Ello permite a los agentes tomar decisiones informadas –o bien, lúcidas– que promueven la eficiencia de los mercados.

La transparencia es la cualidad que permite conocer, comparar y tomar decisiones en consecuencia a los agentes económicos, lo que hace más eficientes tanto la oferta como la demanda. La predictibilidad de las decisiones del Estado, y en especial de su Administración, está en directa relación tanto con la calidad de la información que se suministra como de la oportunidad en que ella se hace accesible. La dinámica económica obliga constantemente a los agentes a tomar opciones para mantenerse competitivos y no salir del mercado. En esas decisiones, un elemento sustancial a tener en cuenta es lo que el Estado pueda decidir en materia regulatoria de la actividad, porque la mejor autoridad no es la que sorprende al mercado, sino la que genera señales comprensibles para los actores económicos¹⁰.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ En esta línea, el Banco Central ha incorporado diversas modificaciones a su minuta de política monetaria para que ella sea mejor entendida por el mercado. El informe que el Banco emite desde el 1 de agosto de 2005 permite conocer cuál fue la decisión que tuvo cada uno de los consejeros. Además, la emisión de la minuta de política monetaria se hará cada 15 días hábiles, corrigiendo el desfase de 90 días

4 Justicia socio-económica

El crecimiento económico viene siendo un objetivo prioritario de las políticas públicas; sin embargo, en el predicamento oficial se advierte que no puede ser alcanzado a cualquier costo. La transparencia y publicidad permiten que los ciudadanos conozcan los objetivos del Estado, los fundamentos de sus acciones y los costos sociales que ello implica, propiciando un tratamiento más justo y armónico en beneficio de quienes menos poder tienen. Todo lo cual coadyuva a construir una sociedad más cohesionada.

5 La Profesionalización de la Administración

La Constitución Política, en su artículo 38, tiene una clara opción por constituir una Administración Pública profesional que actúe sobre la base de criterios técnicos. Lo cual supone que las decisiones que adopten las autoridades, además de otras valoraciones que el ordenamiento condicione, deberán ser técnicamente correctas y examinables objetivamente, con arreglo a las reglas propias de la técnica, ciencia u arte que les aplique.

Una vieja demanda de los cuerpos burocráticos ha sido reivindicar la neutralidad política de la Administración, fundada en su carácter técnico. Sin embargo, el esquema constitucional que ha delineado a la Administración como una organización profesional y tecnificada que se expresa en una carrera administrativa, no permite una neutralidad de la Administración frente al Gobierno, que es su escalón superior. La Administración es una organización servicial al interés general que es definido, según sea el caso, por los órganos democráticamente elegidos (Congreso y Gobierno). Sin embargo, fuera de ese ámbito de elección general, dada la naturaleza de la actividad que tiene que desplegar la Administración, siempre es aconsejable que ésta goce de cierta autonomía técnica para que su actuación se produzca con arreglo a las reglas

que antiguamente existía, a la par que se logra hacer coincidir en una semana la emisión de los Índices de la Actividad Económica (IMACEC), las cifras del Producto Interno Bruto (PIB), del empleo y del Índice de Precios al Consumidor (IPC) y las minutas, de forma que el mercado pueda comprender mejor las decisiones del Banco Central. Lo que complementa la calidad de la información que el Banco emite con la oportunidad en que ella se pone a disposición de los actores del mercado. Vid. «El Diario Financiero» de 1 de agosto de 2005.

del arte o de la ciencia que corresponda en cada caso, y no exclusivamente que sea producto de los vaivenes políticos.

A que ello sea efectivamente así y evitar las excesivas injerencias de los mandos políticos sobre la actuación de los órganos que tienen a su cargo, la publicidad y la transparencia contribuyen.

III. LOS OBJETIVOS DE LA PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN

1 Terminar con el Secretismo Tradicional

Desde los inicios de la consolidación de la República, la práctica paternalista de sus fundadores bajo el liderazgo portaliano fomentó el cultivo al secreto, en aras de resguardar de los ciudadanos los motivos de las decisiones gubernamentales. Sin embargo, la práctica de los países que, en una línea de progreso, logran afianzar la democracia como sistema de convivencia, indica que sólo aquéllos que cuentan con un marco constitucional claro que permite discutir las diferencias y arribar a consensos, permiten generar estabilidad política y económica.

2 Favorecer el control sobre las autoridades y los órganos estatales

Los gobernantes no deben tener secretos para con los gobernados y deben cumplir su catálogo de deberes (Duguit), que es lo que legitima la atribución de poderes especiales, esa *puissance publique* que resalta Hauriou que es el medio característico con el que cumple sus fines y que caracteriza la Administración. Pero en el Estado de Derecho, Democrático y Servicial, como el que funda la Constitución Política, todo el poder está finalizado y sujeto a control, en primer lugar de los propios ciudadanos (control social), por un organismo autónomo administrativo, cual es la Contraloría General (control administrativo), por el Congreso (control político) y judicial (control jurídico).

A lo que apunta la transparencia es a reforzar ese primer nivel de control ciudadano, que es el menos costoso y más efectivo. Un sistema de transparencia efectivo reduce los costos de control burocrático, siendo éste elaborado por los particulares a través del control social.

Un sistema diáfano evita que se desvíen los fondos del objetivo para el cual fueron asignados, neutralizando los riesgos de corrupción, riesgos que la experiencia comparada indica que se acrecientan a medida que el sistema tenga grietas que permitan tener espacios de opacidad que no puedan ser escrutados por los ciudadanos.

De acuerdo con el Índice de Percepción de la Corrupción que elabora Transparencia Internacional, Chile bajó en puntaje, descendiendo un lugar respecto del año 2004. Estar en el lugar 21 del ranking de los países menos corruptos—entre 156 estudiados—es sin duda una buena noticia¹¹, pero que no debe hacer olvidar que, en el estudio de acceso a la información pública, Chile suspendió simplemente por inactividad de las autoridades, lo que refleja una cultura burocrática que aún no da el peso suficiente para garantizar una efectiva transparencia y publicidad.

Con todo, se siguen lentamente dando progresos para impulsar la necesaria transparencia en la función pública. En el mes de octubre de 2005, luego de ser aprobado por unanimidad como parte de la agenda que promueve la probidad y transparencia de la función pública, ha quedado en condiciones de ser promulgada como ley el proyecto que obliga a las autoridades y altos funcionarios del Estado a realizar una declaración pública de su patrimonio (bienes, deudas o intereses comerciales). Esta aprobación no ha sido pacífica, y el proyecto ha tomado más de seis años en su tramitación en el Congreso.

La gran novedad del proyecto—que comenzará a operar cuando asuma el próximo gobierno—es que introduce por primera vez en la legislación la figura del enriquecimiento ilícito, en una de las normas que suscitó más controversias, ya que sanciona con una multa equivalente al monto mal obtenido y pena de inhabilitación absoluta o temporal al empleado público que, durante el ejercicio de su cargo, obtenga un incremento de bienes relevante e injustificado.

11 Chile se mantiene como la nación mejor evaluada de América Latina y en la escala mundial está acompañando de Francia, Bélgica, Irlanda, Japón y España. Ver: www.chiletransparente.cl (consulta el 31 de octubre de 2005).

3 Mejorar la Gestión Pública

El modelo burocrático *weberiano*—sobre el que se funda la Administración moderna— ha producido un alejamiento de la Administración de la realidad donde tiene que ejecutar sus decisiones, so pretexto de no contaminarse con los intereses afectados y preservar su independencia frente a los mismos. La Administración difícilmente acepta que en gran parte de los casos tiene que asociarse con los interesados para lograr mejores decisiones y que sean menos resistidas por los propios afectados. En este sentido, la participación permite lograr este objetivo llenando el vacío que existe entre la decisión y la ejecución, por lo que mientras de mejor calidad sea la participación, las contribuciones que reciba la Administración serán igualmente superiores, lográndose un claro efecto de mejora en la gestión pública. Por ello, no se ha de olvidar que el facilitar la publicidad de la información tiene directa relación con la consecución del objetivo de elevar la calidad de la participación.

Por otro lado, las instituciones funcionan mejor bajo escrutinio real o potencial. La participación que propician la transparencia y publicidad de las actuaciones públicas mejora la calidad de la toma de decisiones, permitiendo considerar una mayor cantidad de perspectivas en el momento de abordar los desafíos del Estado, tornando más eficaces las políticas públicas. El artículo 53 LOCBGAE nos señala que el interés general exige medios idóneos de diagnóstico, decisión y control y, a la par, reconoce que dicho interés se expresa en «el acceso ciudadano a la información administrativa, en conformidad a la ley», por lo que arribar a la decisión administrativa idónea debe producirse compatiblemente y en una interacción positiva con la garantía del acceso a la información pública por parte de los ciudadanos.

4 Favorecer Participación Ciudadana

La democracia se fortalece empoderando a los ciudadanos, y una herramienta efectiva para este objetivo es la participación ciudadana, que está presente en la Norma Fundamental desde su primer articulado, imponiendo al Estado el deber de «asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional» (inciso 5).

La necesaria promoción de la participación de los grupos intermedios tiende a incrementar la publicidad y la comunicación con los ciudadanos como formas de asegurar la eficacia de la acción administrativa, de hacer comprensibles a los particulares las razones de las medidas públicas para lograr la adhesión espontánea de aquellos a éstas y de hacer efectiva la participación de los ciudadanos en la vida nacional.

La transparencia mejora la comprensión de quienes acceden a la información relevante, teniendo un efecto pedagógico incremental, pues, producto de ella, objetivamente la participación cobra sentido. El acceder a la información pública relevante contribuye a la formación de una opinión razonada y de calidad, lo cual hace relevante la práctica sostenida de la participación en una relación de cooperación entre ciudadano-Administración, que redundará en una mayor eficacia de las políticas públicas.

5 Prevenir ilícitos: corrupción, enriquecimiento indebido, abuso de poder, tráfico de influencias

La publicidad y la transparencia reducen los costos del control, pero también generan una serie de cortapisas a conductas incorrectas: un sistema basado en la transparencia evita que los fondos públicos se desvíen del objetivo para el cual fueron asignados, impidiendo que ellos sean redireccionados hacia fines personales del funcionario encargado de administrarlos o hacia pagos de sobornos a otros intermediarios.

En la misma línea, un sistema transparente fomenta un efectivo control sobre las inhabilidades e incompatibilidades en que pueden incurrir quienes desempeñan funciones públicas. No basta que ellas estén debidamente tipificadas en la LOCBGAE en su artículo 54 y en la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos (LBPA) 19880, en su artículo 12, sino que lo realmente buscado es que se neutralicen estos comportamientos ilícitos.

IV. CÓMO OPERA EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Como se ha observado, los principios de publicidad y transparencia se traducen jurídicamente en el derecho de acceso a la información pública.

ca, por lo que es relevante repasar algunos datos de la operatividad de este derecho que se ejercita con arreglo a las siguientes pautas obtenidas de la sistematización de la experiencia comparada¹²:

1 Opera con independencia de otros derechos

El derecho de acceso a la información es un derecho reconocido autónomamente y que goza de un ejercicio independiente de los demás derechos reconocidos por la Carta Constitucional. Se genera como contrapartida del deber jurídico que tiene el Estado de guardar la debida transparencia y publicidad en sus actos, por lo que no puede ser concebido como una mera concesión graciosa de la autoridad. Ahora bien, su crucial importancia radica en que el acceso a la información se convierte en un importante presupuesto para el ejercicio de otros derechos constitucionales.

2 Disuade y sanciona por sí solo

La sola posibilidad de que el ciudadano pueda escrutar la actuación de las autoridades y órganos administrativos constituye un potente argumento disuasorio. La transparencia y publicidad de la información promueve la sanción pública que permiten los medios de comunicación y, adicionalmente, el desencadenamiento de las acciones legales sancionatorias.

3 Constituye un barómetro ético

Contribuye a autorregular el comportamiento de la autoridad, pues aquello que no pasa el escrutinio social, le indica a ella que no debe realizarse. En virtud de la transparencia, encontrándose la autoridad bajo la lupa atenta de los ciudadanos, recibe directamente las señales que le permiten valorar su actuación en concordancia con los valores que exige el principio de probidad administrativa.

¹² En la elaboración de este apartado se han tenido en cuenta las diversas exposiciones que se presentaron en el Seminario Internacional sobre Acceso a la Información realizado en Santiago de Chile el 3 y 4 de octubre de 2005.

4 Demanda una difusión oportuna, veraz y suficiente de la información

La información pública deberá facilitarse con carácter oportuno, pues el derecho no se basa únicamente en la entrega de los antecedentes cuando éstos son requeridos, sino que, más aún, demanda una conducta proactiva de la autoridad para poner a disposición la información de forma periódica, sistematizada y ordenada, de forma que se facilite su análisis, comprensión y comparación.

La información que debe dejarse accesible será no sólo la que se produce periódica y regularmente, sino también aquella que se genera por hechos ocasionales relevantes, procurando minimizar la información que se proporciona en virtud de un requerimiento. Todo lo cual contribuye a que se materialice el derecho de acceso a la información sin esfuerzo ciudadano.

Finalmente, el acceso a la información debe estar también ligado a la calidad de la misma, que la hace confiable y facilita su comprensión. Respecto de la calidad de la información, incide en especial el lenguaje en que ésta se produce y el orden y complitud que ella reúne. No hay que descuidar el esfuerzo que deben realizar los órganos públicos por utilizar un lenguaje claro, entendible, sin ambigüedades y tecnicismos innecesarios. Del mismo modo, antecedentes y documentos, incompletos y/o desordenados, lo único que generan es entorpecimiento de la labor fiscalizadora de la ciudadanía, provocando conclusiones y decisiones erradas de quienes acceden a información relevante.

V. REGLAS INEXCUSABLES PARA UN EFECTIVO DERECHO AL ACCESO A LA INFORMACIÓN

1 No puede ser discrecional para el obligado

En este sentido, cobra importancia la nueva regulación que habrá de dictarse a partir de la aprobación del artículo 8 de la Constitución Política. La situación legal propiciada principalmente por el legislador reglamentario a través del Decreto Supremo N.º 26, de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República –Reglamento sobre el secreto o reserva de los actos y documentos de la Administración del Estado–, generó una situación que distaba mucho de ser concordante con el principio de publicidad estatuido por el artículo 13

LOGGAE. El citado decreto supremo permitió que cualquier servicio público o entidad estatal dictare su propia norma reglamentaria y estableciere qué materias se calificaban como secretas o reservadas. En tal virtud, se dictaron cerca de un centenar de normas que, en la práctica, restringieron hasta límites inadmisibles el derecho de acceso a la información, situación que –con ocasión de algunos dictámenes solicitados por organizaciones civiles– la Contraloría General alertó, por lo cual ordenó revisar y adecuar las respectivas normativas que en diversas oportunidades el Órgano Contralor constataba que no eran admisibles. Así, el Dictamen 49.883 de la Contraloría General observó que «en diversas resoluciones se fijan materias sujetas a secreto o reserva en términos de tal amplitud, que no resulta admisible entenderlas amparadas por la regulación legal y reglamentaria que debe servirles de fundamento».

El artículo 8 de la Constitución sólo admite que las excepciones a la publicidad fundadas en las causales que el precepto admite, deberán ser establecidas por ley de quórum calificado, por lo que la habilitación al legislador reglamentario del Decreto Supremo N.º 26 de 2001 citado deberá interpretarse como derogada por aplicación directa de la Constitución Política.

Del texto del artículo 8 de la Norma Fundamental se concluye que el constituyente no ha querido dejar en manos de los propios obligados la determinación discrecional de la información a la que concederán acceso a los ciudadanos, sino que esa decisión quedará bajo exclusiva competencia del legislador parlamentario. En concordancia con esta situación, la nueva regulación del derecho deberá calificar los presupuestos que se admiten como secreto o reserva, lo que será aplicable a todos los órganos del Estado, incluyendo la Administración Pública.

Accesoriamente, para asegurar un comportamiento adecuado del órgano estatal obligado, el legislador deberá, por un lado, establecer normativamente los criterios para la determinación de los costos de acceso a fin de evitar segregar por motivos económicos el acceso al derecho a la información (en la legislación vigente, el costo del material solicitado es de cargo del interesado), y por otro lado, deberá establecer

los criterios para determinar el *stock* de información disponible. En esta línea, la jurisprudencia ha venido sentando algunos criterios que permiten afirmar que los organismos administrativos no se pueden excusar de proporcionar información al ciudadano, alegando que no disponen de la misma, cuando esta información es indispensable para el cumplimiento adecuado de sus funciones¹³. Así, señala la Sentencia Rol 12.090 de 2004, del 16 Juzgado Civil de Santiago: «No obstante lo anterior, cabe establecer que la materia a que ella se refiere constituye sin duda información con la que debe contar dicho órgano de la Administración para cumplir sus funciones de planificación, readaptación, tratamiento en el medio libre y con los planes y/o programas que dicho ente debe ejecutar dentro del cumplimiento de sus tareas y funciones» (Considerando 13).

2. Máxima apertura: toda la información en las manos del Estado (que tiene o que debe tener)

La información que posee la Administración es mucho más amplia que la que se genera en procedimientos administrativos. La Administración es prácticamente una máquina generadora de información, la cual es un instrumento clave que le sirve para cumplir con sus objetivos de servicio al interés común, permitiéndole arribar fundadamente a decisiones generales (como políticas, propuestas de legislación, programas, reglamentos, etc.) y decisiones de singular aplicación. En gran parte, esta información no está asociada a un procedimiento administrativo (como toda aquella que consta en los archivos o registros administrativos) y no por ello deja de ser información pública que puede ser de conocimiento relevante por parte del ciudadano, por lo que se debe garantizar su acceso.

El proyecto de ley que se tramita en el Congreso y que regula el derecho de acceso a la información pública, por esta razón, opta por definir de

13 La Clínica Jurídica de la Universidad Diego Portales demandó a Gendarmería información relativa sobre la población penal que la institución se excusó de proporcionar alegando que ella no existía o no había sido procesada. El 16º Juzgado de Letras de Santiago, que conoció el amparo al derecho a la información planteado en este caso, en Sentencia Rol 12.090 de 2004, determinó que Gendarmería deberá entregar la información requerida por cuanto las causales por las cuales puede negarse información son sólo las que establece la ley, ninguna de las cuales fue invocada por Gendarmería.

forma amplia lo que califica como información pública afectada por los principios de transparencia y publicidad, definiendo como tal a toda la que obre en poder de los órganos del Estado y de las empresas estatales o que haya sido generada con recursos públicos.

En relación con lo que se comenta, la Contraloría General ha venido advirtiendo que los principios de transparencia y publicidad se predicen de toda la actuación administrativa y no exclusivamente de la actuación formal expresada en actos administrativos. Así, en el Dictamen 49.883, de 4 de abril de 2004, señala: «En efecto, tal como lo ha precisado la jurisprudencia administrativa contenida en los dictámenes 35.259 de 2000 y 4.228 de 2002, si bien la regulación del artículo 13 de la aludida ley 18.575 no ampara a los interesados en obtener copia de documentos que no constituyen actos administrativos ni le sirven de fundamento, ello no significa que en virtud de esa disposición estos antecedentes sean secretos o reservados y no puedan o no deban darse a conocer a terceros interesados, toda vez que el principio de transparencia afecta a toda la gestión administrativa». Por lo que los documentos que no están vinculados ni constituyen actos administrativos en los términos que define el artículo 3 de la LBPA, si bien no pueden ser reclamados aplicando el procedimiento establecido en el artículo 13 LOCBGAE, no por ello –indica el Órgano Contralor– pueden reputarse como secretos o reservados.

Igualmente, respecto de los mecanismos que facilitan la publicidad, no se puede obviar la importancia de las herramientas que nos facilitan las nuevas tecnologías de la información: Internet ofrece grandes posibilidades de poner al alcance del público una enorme cantidad de información y a muy bajo costo. En tal virtud, podría afirmarse que explotando Internet en beneficio de la transparencia y publicidad, prácticamente sólo faltaría la voluntad de la autoridad para hacer realidad dichos principios.

- 3 Debe ser un deber de todas las entidades públicas, incluyendo entidades privadas que provean servicios públicos o que desarrollen funciones públicas

El acceso a la información debe cubrir toda la información que los ciudadanos consideren relevante. En la medida en que el Estado opera con la cláusula de subsidiariedad, muchas tareas que antes eran monopolio

del Estado ahora se realizan por particulares bajo el régimen privado; sin embargo, no por ello dejan de ser servicios públicos de interés general, por lo que la información que ellos generan debiera ser proactiva y adecuadamente puesta a disposición del público, salvo que ella pudiera afectar su competitividad.

El artículo 13 inciso 2 LOCGAE establece un principio universal de publicidad de los actos que se predica de toda la Administración del Estado, definida en los términos del artículo 1 inciso 2º de la misma ley. Pero, al mismo tiempo, el artículo 13 inciso 3 extiende la obligación de publicidad a los informes o antecedentes de las empresas privadas que presten servicios de utilidad pública y de las empresas con participación estatal, cuando hayan sido proporcionados a los organismos fiscalizadores y en la medida en que reúnan las siguientes tres características: 1) que sean de interés público; 2) que su difusión no afecte su funcionamiento; y 3) que dichas empresas no hagan ejercicio del derecho a oponerse al acceso de la información.

- 4 Debe poder percibirse claramente la intención de las causales de reserva: la ley de acceso a la información pública debe prevalecer como exigencia del interés público

El conflicto u oposición de intereses que es insoslayable en la aplicación o ejercicio del derecho a la información, debe resolverse con claridad en la ley.

El respeto al derecho a la información pública obliga al Estado a eliminar las trabas fácticas y jurídicas que sean desproporcionadas o irrazonables, por lo que las excepciones que se establezcan deben consistir en las estrictamente necesarias y nada más que aquellas que permitan un ejercicio amplio del derecho. Los fundamentos de las exclusiones deben quedar claramente establecidos; exigiéndose que, al delimitar las exenciones a los principios de transparencia y publicidad, se use un lenguaje claro y sin posibilidades de interpretaciones analógicas o extensivas. El derecho a la información pública obliga a las autoridades, salvo excepciones, a comunicar y entregar información de relevancia pública, por lo que sólo cuando dicha autoridad niegue o limite dicho derecho, deberá fundamentar su denegación.

5 Requiere que se establezcan vías adecuadas de protección

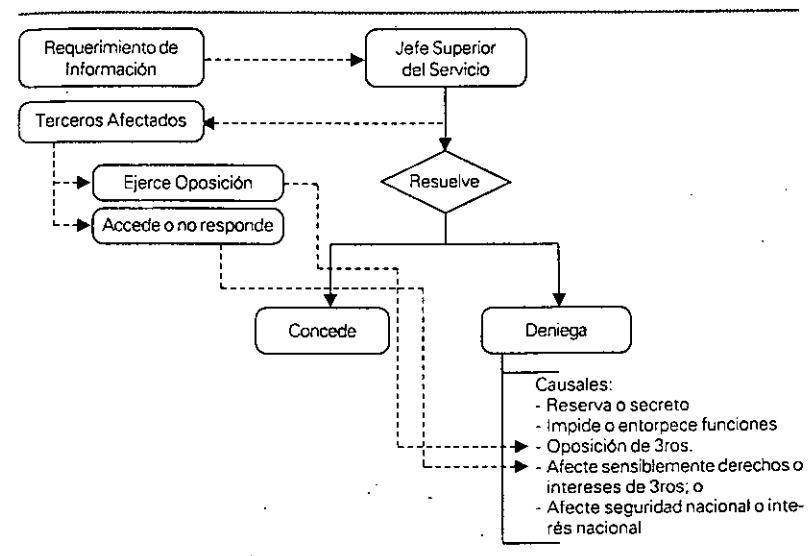
Para garantizar el derecho de acceso a la información, el ordenamiento debe prever mecanismos expeditos que avalen la pronta atención de los requerimientos. En la legislación comparada, esta función se ha atribuido al *Ombudsman* o a un órgano autónomo especializado de carácter colegiado, el cual ha mostrado gran eficacia en la tramitación y resolución de las controversias que se suscitan en la aplicación y ejercicio de ese derecho. Esta entidad cumple, además, un rol educativo de promoción de un cambio cultural en los funcionarios y la ciudadanía, cambio que urge el ejercicio responsable del derecho.

En nuestro caso, el legislador orgánico, en los artículos 13 y 14, diseña un procedimiento administrativo y una acción judicial de amparo para la protección de este derecho, que se grafican para facilitar mejor su comprensión.

En el Gráfico 1 se esquematiza la vía administrativa previa que ha de seguir el interesado en obtener una información de parte de algún organismo de la Administración Pública. El requerimiento ha de formularse al Jefe Superior del Servicio, el cual debe garantizar los derechos e intereses que pudieran ser afectados con la publicidad de la información solicitada. El jefe superior deberá comunicar el requerimiento recibido a los terceros interesados, los cuales pueden ejercer su derecho de oposición, sin expresión de motivo. Formulada la oposición, ésta tiene la virtud de vincular la decisión de la autoridad administrativa, pues ella no podrá proporcionar la información. Más aún, en el caso de que los terceros interesados no ejercieren el derecho de oposición, la autoridad podrá denegar la información si por resolución califica fundadamente que ello puede dañar sensiblemente derechos o intereses de terceros. Las causales que habilitan a la autoridad para denegar la información están tasadas de forma general en la LOCBGAE.

Vía Administrativa

Gráfico 1



Cuando la autoridad administrativa deniega expresa o tácitamente (en virtud del silencio administrativo) el acceso a la información, se abre la posibilidad de interponer una acción especial de amparo al derecho de información, que el legislador orgánico ha trazado en sus aspectos esenciales en el artículo 14, lo que se ilustra en el Gráfico 2.

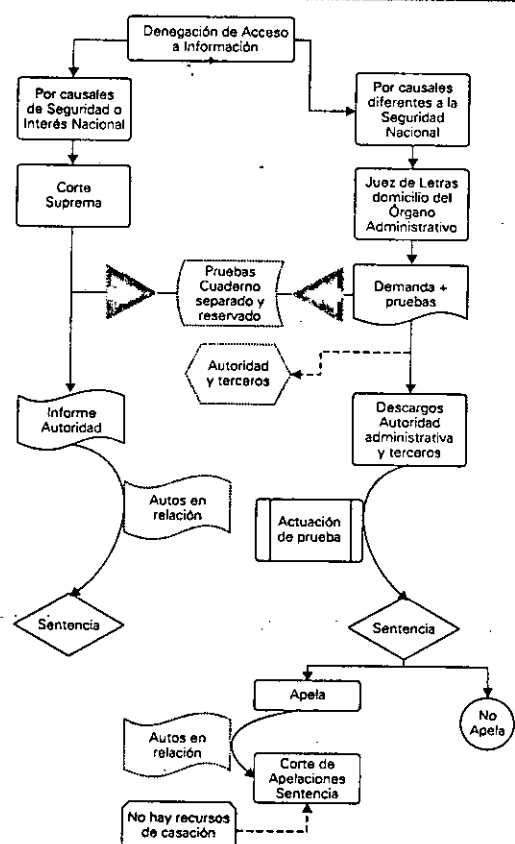
Salvo las causales basadas en la seguridad o interés nacional, cuya revisión será de competencia de la Corte Suprema, todas las demás causales por las que se haya denegado la petición de información serán de competencia del juez de letras del domicilio del órgano administrativo. La demanda deberá contener la infracción cometida y los hechos en los que se funda, adjuntando las pruebas. Se notificará al tercero involucrado y a la organización administrativa para que presenten sus descargos y adjunten los medios de prueba. De ser necesario, se practicará una audiencia de prueba. Luego se dictará la sentencia definitiva, la misma que es apelable en ambos efectos ante la Corte de Apelaciones. Esta corte, antes de sentenciar, podrá traer los autos en relación, y de su sentencia no cabe recurso alguno de casación.

En el caso que la acción se plantee por las causales de competencia de la Corte Suprema, ésta notificará a la autoridad administrativa para que emita un informe. Podrá, igualmente, ordenar traer los autos en relación, después de lo cual resolverá en cuenta.

Las pruebas, en ambos casos, se consignarán en un cuaderno reservado, por separado, para garantizar la efectividad de la decisión judicial.

Amparo al derecho de Información

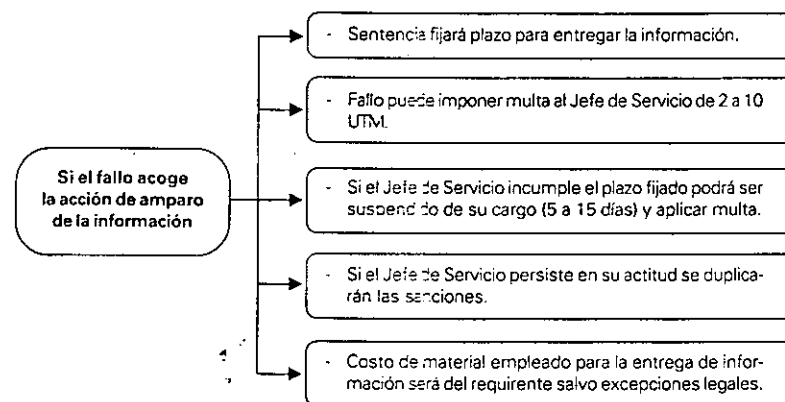
Gráfico 2



En el caso que el tribunal ampare el derecho de acceso a la información, señalará el plazo para que la misma sea puesta a disposición del solicitante, estando habilitado para imponer sanciones y multas si la autoridad administrativa no cumple lo ordenado, lo que se resume en el Gráfico 3.

Fallo Favorable al Acceso de Información

Gráfico 3



Como se aprecia, en el sistema chileno la judicatura tiene un rol crucial en la efectividad del derecho de acceso a la información pública. Por ello, es saludable para el sistema democrático que al dirimir las controversias que se promuevan los tribunales guarden sintonía con el tipo de comunidad política en la cual desempeñan sus funciones. A este respecto, resulta conveniente recordar el ejemplo otorgado por la Corte Suprema de los Estados Unidos al desestimar el alegato del gobierno de Nixon en el caso *Los papeles del Pentágono*, cuando afirmó, en una doctrina que aún se mantiene, «que toda restricción a la información pública llega a esta corte con una fuerte presunción en su contra».

VI. LOS GRADOS DE REALIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA

La eficacia concreta de estos principios es todavía desigual, variando sensiblemente según los diversos ámbitos de la acción administrativa y, sobre todo, según la posición concreta en que se hallen los ciudadanos destinatarios de la información.

En términos generales, la regla de publicidad ha alcanzado cuotas muy altas de realización en el plano de las relaciones especiales o bilaterales entre la Administración y los particulares; esto es, aquellas en las que el destinatario de la información es el afectado directa y específicamente por la acción administrativa, las cuales se producen en el marco de un procedimiento administrativo, v. gr. el contribuyente, el expropiado, el sujeto pasible de una sanción, etc.

Por el contrario, en el campo de la información general e inespecífica, la transparencia y publicidad son sensiblemente menores.

A) La publicidad y la transparencia en el procedimiento administrativo

Como finalidades del procedimiento, además de la ya reconocida forma de preparar las decisiones públicas, están otras motivaciones esenciales. Entre ellas se encuentra la de permitir la participación ciudadana individual y colectiva en la formulación de la decisión administrativa, y la de ser un eficaz mecanismo componedor de intereses que pueden expresarse de manera no confrontacional, de forma que se permita sopesarlos y evaluarlos con carácter previo a la decisión administrativa, potenciando la objetividad e imparcialidad de la misma, en un marco de garantías amplias a los particulares que se derivan de los principios del procedimiento administrativo.

En consonancia con lo establecido por el artículo 13 LOCBGAE, la LBPA 19.880 establece en su artículo 4 que el procedimiento administrativo está sometido, entre otros, a los principios de transparencia y publicidad, y en su artículo 16, que «el procedimiento administrativo se realizará con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él», por lo que añade, «salvo las excepciones establecidas por la ley o el reglamento, son públicos los actos administrativos de los órga-

nos de la Administración del Estado y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo o esencial».

Derivado del principio general de transparencia y publicidad consignado en el artículo 16 de la LBPA recién aludida, el legislador básico se encarga de estatuir un catálogo de derechos referidos a la información y que están contenidos en las letras a), b), d) y h) del artículo 17, las cuales sancionan los siguientes derechos:

1. *Derecho a conocer el estado de la tramitación*

Es un derecho fundamental en el trance de la tramitación de cualquier procedimiento. En este caso, hay que reparar que la ley reconoce este derecho sólo a los que tienen la calificación de interesados, en el sentido estricto del concepto que estatuye el artículo 21. Consiguientemente, son exclusivamente los interesados los que tienen el derecho de «conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos, y obtener copia autorizada de los documentos que rolan en el expediente» (letra a) del artículo 17).

2. *Derecho a identificar a las autoridades y al personal responsables de la tramitación*

El artículo 17 en su letra b) instituye el derecho a «identificar a las autoridades y al personal al servicio de la Administración, bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos». Esta norma se encuentra conectada con la disposición contenida en el artículo 11 de la LOCBGAE, que faculta a las autoridades y jefaturas a ejercer «un control jerárquico permanente del funcionamiento de los organismos y de la actuación del personal de su dependencia». El control jerárquico se extiende tanto a la «eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones», todo lo cual exige un comportamiento diligente por parte de los órganos administrativos que también se expresa en una tramitación correcta, expedita y oportuna de los expedientes.

3. *Derecho a acceder a los actos administrativos y sus documentos*

Este derecho, reconocido en la letra d) del artículo 17 de la Ley 19.880, es concordante con el principio constitucional de transparencia y publicidad estatuido en el artículo 8 de la Carta Política.

Igualmente, es consecuencia del principio del procedimiento administrativo que establece la transparencia y publicidad de los actos administrativos, el que es definido en términos muy similares a los recogidos por el artículo 13 de la LOCBGAE. El objetivo, en este caso, es permitir el conocimiento de los contenidos y fundamentos de las decisiones administrativas, por lo que no solamente son públicos los actos formalizados, sino también los documentos que les sirven de sustento o complemento directo y esencial.

Ahora bien, este derecho de acceso a los actos administrativos se ejercerá conforme a lo que establece la ley, en este caso los artículos 13 y 14 de la LOCBGAE, cuyo procedimiento se ha descrito líneas arriba.

4. *Derecho a obtener información sobre los requisitos jurídicos o técnicos*

Constituye un verdadero desafío en la orientación correcta de hacer realidad la tan proclamada servicialidad de la Administración. La amplitud de este derecho rebasa la simple configuración de la obligación tradicional limitada a informar sobre los fines, competencias y funcionamiento de la respectiva entidad administrativa. Y se orienta más bien a constituir una verdadera exigencia de asesoramiento por parte de la Administración hacia los particulares que quieran desarrollar proyectos, realizar actuaciones o materializar presentaciones ante ella. Lo que se impulsa es una Administración servicial que coopera activamente con el ciudadano en el cumplimiento de sus obligaciones legales.

B) La publicidad y la transparencia en el campo de la información general

El grado de realización de la publicidad y transparencia es perceptiblemente menor en el campo de la información general dirigida a la totalidad de los ciudadanos, o bien de aquella que suscita el interés de quienes prestan atención singular a temas o preocupaciones socialmente relevantes, aunque no estén directamente afectados por la misma.

El caballo de batalla se da en este ámbito de información general o inespecífica, de la que la temática ambiental nos proporciona muchísimos ejemplos, y ha sido a propósito de la misma que los tribunales se han pronunciado en reiteradas ocasiones, poniendo en evidencia los flancos de las vías judiciales que se han diseñado.

La situación de debilidad del derecho, que es notoria en estos casos, es comprensible en un marco institucional que se ha resistido a la conquista de la publicidad y la transparencia. Ello se corrobora al percatarnos que, incluso a nivel parlamentario, el derecho de acceso a la información pública se diseñó con una óptica limitadora del rol fiscalizador de la Cámara de Diputados. De acuerdo con el artículo 52 N.º 1 letra a) inciso 2 CPR, los diputados sólo pueden «solicitar determinados antecedentes al Gobierno» si cuentan con el apoyo de, por lo menos, un tercio de los miembros presentes de la Cámara. Interpuesta esta petición, surge la obligación del Presidente de la República de contestar fundadamente por intermedio del ministro de Estado que corresponda en un plazo de 30 días. Se espera que el nuevo artículo 8 CPR, situado en el Capítulo de las Bases de la Institucionalidad, también despliegue su influencia hermenéutica sobre el citado precepto.

VII. LOS LÍMITES DE LA PUBLICIDAD

El problema básico del régimen jurídico del principio de publicidad no se encuentra tanto en la determinación de su contenido sino en la fijación de sus límites.

Las razones para reservar la información deben ser claras y específicamente establecidas. Si bien las causales generales están enunciadas en la Constitución, algunos de estos límites poseen fundamento constitucional explícito. Así, entre las causales generales de secreto o reserva se encuentran las enunciadas en el artículo 8 CPR, las cuales tendrán que ser precisadas según lo dispone el propio artículo mediante una ley de quórum calificado. De acuerdo con el artículo 8 CPR, las excepciones se deberán fundar en que la publicidad podría afectar:

- El debido cumplimiento de las funciones de los órganos del Estado. Bajo este supuesto pueden clasificarse las acciones de prevención, investigación y sanción de delitos y otras violaciones de ley; así como aquellos procedimientos o actuaciones preliminares de los órganos del Estado (por ejemplo, en materia de supervigilancia o sancionatoria) mientras tengan ese carácter preparatorio, abriéndose a la publicidad tan pronto se hayan concluido o hayan cesado en su prosecución;

- Los derechos de las personas. Bajo este supuesto pueden establecerse, entre otras, exenciones a la publicidad de los secretos comerciales —el denominado *know how*—, cuya revelación puede afectar la competitividad de la empresa; o finalmente,
- La seguridad de la Nación o el interés nacional. En estos dos casos, la simple invocación de la causal no deberá habilitar la exención de publicidad, siendo de cargo del legislador proporcionar las indicaciones necesarias para que la interpretación de estas causales sea ajustada a la finalidad constitucional.

Ahora bien, algunos límites constitucionales que se inscriben en estas causales tienen fundamento constitucional explícito:

- a) La publicidad de la acción estatal, y en especial de la administrativa (y el correlativo derecho a la información de los ciudadanos: artículo 8 CPR), no puede operar respecto de los datos cuya difusión pudiera dañar el derecho a la protección y respeto de la vida privada de las personas —art. 19 N.º 4 CPR— y, por lo mismo, tampoco vulnerar la honra de la persona y su familia. En tal virtud, quedarían exentas la información sobre *dossier* o expedientes personales, las informaciones médicas, etc.
- b) La seguridad pública o la defensa nacional. Los acuerdos del Consejo de Seguridad Nacional pueden ser calificados como reservados, según lo determine el propio consejo para el caso particular (art. 106 inciso 3 CPR).
- c) Las discusiones y deliberaciones en materia de relaciones internacionales con las potencias extranjeras y organismos internacionales, cuando el Presidente de la República así lo exigiere (artículo 32 N.º 15 CPR).

Los límites a la publicidad no se agotan, sin embargo, en los descritos, hay otros supuestos que son discutibles y han sido impuestos por la propia naturaleza de la materia o la costumbre, los cuales se desarrollan en los siguientes ámbitos:

- a) En materia económica. Es evidente que no puede exigirse, razonablemente, una publicidad completa de las actividades relativas a la política monetaria (v. gr. proyectos de variación del tipo de cambio o del tipo de interés; investigación sobre entidades de crédito, etc.);

- b) En materia industrial y comercial de los entes públicos. Si las empresas del Estado deben competir en igualdad de condiciones con los agentes privados, no hay razón para que secretos o estrategias industriales de estas entidades públicas tengan la carga de la publicidad; o
- c) Las deliberaciones de determinados órganos administrativos (Consejo de Ministros, Comisiones de Investigación, etc.).

Todos los límites, y otros semejantes, extraen su fundamento constitucional del principio de servicialidad que impone la eficacia de la Administración del Estado. Ello permite, válidamente, restringir o excluir la publicidad de determinadas actuaciones o medidas previas cuyo conocimiento anticipado podría enervar su propia virtualidad. No obstante, la simple invocación del principio de eficacia no es suficiente para fundar cualquier limitación: es imprescindible una ponderación matizada de los intereses en juego para concluir, en cada caso, sobre la prevalencia de uno y otro principio. A esta tarea puede contribuir eficaz y oportunamente la creación de un organismo autónomo especializado al que se le atribuya el control de las decisiones administrativas en esta materia.

Alberto Bolívar • Gladys Camacho • Pierre Foy • Sandro Fuentes
Juan Hurtado • César Landa • Jorge Melo Vega • René Ortiz
Anibal Quiroga • Beatriz Ramacciotti • Carmen Robles
Gustavo Romero • Miguel Sáenz • Fernando Zimic

ENSAYOS JURÍDICOS CONTEMPORÁNEOS

Testimonio de una huella académica

• Pierre Foy Valencia
EDITOR



editores

2006