

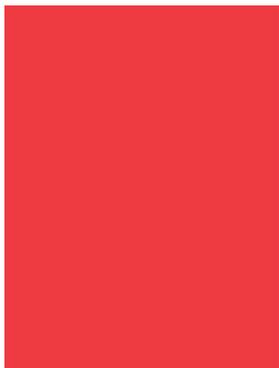


PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE
VICERRECTORÍA DE COMUNICACIONES
Y ASUNTOS PÚBLICOS

TEMAS DE LA AGENDA PÚBLICA

Ley de Transparencia: desafíos en su aplicación

SEBASTIÁN SOTO VELASCO
Facultad de Derecho



TEMAS DE LA AGENDA PÚBLICA

Ley de Transparencia: desafíos en su aplicación

SEBASTIÁN SOTO VELASCO

Facultad de Derecho

Ley de Transparencia: desafíos en su aplicación

SEBASTIÁN SOTO VELASCO*

Facultad de Derecho

Introducción

Hace algunos meses entró en vigencia la Ley de Acceso a la Información Pública que a juicio de muchos, promete remecer las bases de la administración del Estado a través de una nueva cultura de la transparencia y la apertura. Los efectos concretos de esta reforma en nuestro país deberán estudiarse en el tiempo. Con todo, sabemos lo importante que es promover la transparencia para el ejercicio de los derechos de las personas para la modernización del Estado y, en definitiva, para el perfeccionamiento de la democracia (Bermudez y Mirosevic, 2008; Díaz de Valdés, 2009; Larraín, 2008). Como se verá en estas páginas, el legislador y otros actores estuvieron siempre conscientes de esto y por eso aspiraron a abrir los espacios públicos al escrutinio ciudadano.

Sin embargo, sabemos que la realidad muchas veces se impone sobre la letra y el espíritu de los cuerpos legales. Los intentos de abrir la administración del Estado al escrutinio público no son inocuos y por ello no sería de extrañar que las intenciones de transparencia se enfrenten a una oposición solapada o a una imposibilidad de asumir todas las exigencias que impone la ley, que nos lleven finalmente a seguir haciendo las cosas del modo como se han hecho hasta ahora. Conciente de ello, el legislador creó una institución nueva, sin pasado ni costumbres que pudieran contaminar el modo de aproximarse a las contiendas. Sobre esta institucionalidad —el Consejo para la Transparencia— recae en gran medida la responsabilidad de dar las señales adecuadas para aplicar la ley desde el primer momento en forma efectiva.

El estudio que se desarrolla a continuación pretende plantear algunos desafíos que probablemente enfrentará el Consejo para la Transparencia al momento de aplicar la ley. Como todo cuerpo normativo, la Ley de Acceso a la Información Pública tiene espacios que pueden llegar a hacer difícil alcanzar la transparencia, ya sea por interpretaciones inadecuadas de las causales de excepción o por falta de capacidad de los organismos públicos para procesar y entregar la información. La correcta interpretación de las disposiciones en juego permitirá avanzar hacia una transparencia efectiva. Es eso lo que se explora en estas páginas, principalmente a la luz de la experiencia de Estados Unidos que ya ha recorrido este camino en el pasado.

Para ello, el próximo capítulo plantea someramente el contexto normativo y jurisprudencial en que se inicia la aplicación de la ley; luego se analiza brevemente la historia del proyecto de ley y su contenido, para pasar finalmente a exponer los desafíos más importantes en su aplicación.

El contexto: algunos hitos

La Ley de Acceso a la Información Pública ha entrado en vigencia en un contexto normativo y jurisprudencial que le ha ido preparando el camino desde hace años (Rehren, 2008). Sólo a modo muy general y sin ánimo de ser exhaustivo, se analizarán algunos hitos relevantes.

* Profesor de Derecho UC y Director del Programa Legislativo de Libertad y Desarrollo. El autor agradece los comentarios efectuados por la Dirección de Asuntos Públicos, especialmente M. Ángeles Morandé; por José Manuel Díaz de Valdés y Jorge Jaraquemada. También los comentarios y aportes recibidos en la mesa de discusión realizada en julio de 2009 por parte de Felipe del Solar y Alejandro Ferreiro.

a) Ley de Probidad¹: la Ley de Probidad Administrativa fue una de las consecuencias del funcionamiento y conclusiones de la Comisión de Ética Pública conformada en 1994. Como recuerda Rajevic (2009), ese año fue especialmente intenso en cuestionamientos a la ética pública. La Comisión emitió su informe con diversas propuestas, algunas de las cuales se han ido concretando en el tiempo. Una de estas iniciativas fue la Ley de Probidad, que en lo que interesa incorporó a la Ley de Bases de la Administración del Estado el principio de transparencia y lo que es más relevante, un procedimiento administrativo de acceso a la información pública con reclamo ante tribunales. Este procedimiento es el antecedente más próximo de la Ley de Acceso a la Información Pública.

b) Hacer de la reserva la regla general: un segundo elemento que permite configurar un contexto pro transparencia es el debate generado a propósito de una disposición de la misma Ley de Probidad, que autorizaba a los distintos servicios públicos a determinar la reserva o secreto de ciertas actuaciones por la vía de simples decretos². Como era de suponer, dicha excepción se transformó en la regla general pues las diversas reparticiones públicas fueron determinando libremente las materias y actos reservados. De hecho, el año 2005 la Contraloría General de la República informaba la existencia de al menos 101 resoluciones declarando la reserva o el secreto de diversos actos administrativos (Contraloría General de la República, 2005). Todo ello ya había sido motivo de preocupación de la prensa, el Congreso Nacional y de la misma Contraloría³. En definitiva, el excesivo uso de la excepción de reserva que contemplaba la Ley de Probidad por parte de los órganos de la administración del Estado, ayudó a configurar un ambiente propicio para reformas pro transparencia.

c) La Reforma Constitucional de 2005: el año 2005 el país fue testigo de una importante y amplia reforma a la Constitución en diversos aspectos de relevancia para nuestra institucionalidad (Zuñiga, 2005). La modificación incorporó un nuevo artículo 8° consagrando como base de la institucionalidad los principios de transpa-

rencia y probidad (Fernández, 2005; Garay, 2005; Ramírez, 2005). Junto con establecer la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos de la administración del Estado, así como sus fundamentos y procedimientos, el nuevo texto constitucional señala algunas causales de reserva o secreto si la publicidad afecta el debido cumplimiento de las funciones de los órganos del Estado, la seguridad de la Nación o el interés nacional. Con todo, la reserva o el secreto debe ser establecida ya no en una resolución, sino en una ley que además debe ser aprobada con quórum calificado. La reforma fue un antecedente normativo importante para fundamentar la ley que se analiza.

d) Los tribunales: las decisiones de diversos tribunales de justicia también contribuyeron a sentar las bases de una política más general de transparencia en la función pública (Allesch y Obando, 2005). Como se dijo, la Ley de Probidad contemplaba un reclamo ante los tribunales en caso de que el órgano público se negara a entregar la información. En el ejercicio de esta atribución, las cortes han conocido de algunos casos con variados resultados, aun cuando sin establecer criterios de interpretación o estándares replicables⁴.

Más relevante desde la perspectiva dogmática es la sentencia del Tribunal Constitucional que interpretó el nuevo artículo 8° de la Carta Fundamental y el fallo de la Corte Americana de Derechos Humanos sobre acceso a la información pública. No es éste el momento para analizar en detalle ambas decisiones, y ya otros lo han hecho cabalmente. Sólo basta señalar que en el caso del Tribunal Constitucional y como señala Díaz de Valdés (2008), se desarrolla una adecuada argumentación que ratifica la existencia de un derecho constitucional de acceso a la información pública y la relevancia de éste en una sociedad democrática. Por su parte, el caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituyó un hito no sólo para nuestro país, sino también en el desarrollo del derecho por tribunales internacionales. El 19 de septiembre de 2006 la Corte Interamericana acogió la demanda presentada contra el Estado de Chile

1 Ley N° 19.653, Diario Oficial del 14 de diciembre de 1999.

2 El reglamento de la ley —ya derogado— especificaba 14 circunstancias en las que debía declararse el secreto, ampliando de un modo considerable la excepción de publicidad que establecía la ley (ver artículo 8° y 9° del Reglamento sobre el secreto y reserva de los actos de la administración del Estado. Decreto N° 26, de la SEGPRES, Diario Oficial del 7 de mayo de 2001).

3 En los primeros años, las resoluciones que declaraban el secreto o la reserva estaban exentas del trámite de toma de razón, es decir, no eran revisadas por la Contraloría. A partir de octubre de 2004, la Contraloría exigió la toma de razón de estas resoluciones generando así un relativo control (resolución N° 621, Diario Oficial del 21 de octubre de 2004. Ver también dictamen N° 49.883 de 2004).

4 Algunos ejemplos pueden verse en www.proacceso.cl

por negar el acceso a la información en relación con los participantes de un proyecto de inversión. La Corte desarrolló, entre otras cosas, el contenido del derecho, los principios en juego y otra serie de aspectos jurídicos e institucionales de relevancia. Una de sus recomendaciones fue efectuar modificaciones legales y tomar otra serie de medidas que garanticen un eficaz acceso a la información pública (Olmedo, 2008).

Proyecto de ley: su paso por el Congreso Nacional

A inicios del año 2005, a pocas semanas del término de sus mandatos como presidente y vicepresidente del Senado, los senadores Hernán Larraín y Jaime Gazmuri presentaron la moción que dio origen a esta ley. En el Senado la discusión y aprobación del proyecto tardó poco y generó un amplio consenso. En su esencia, el proyecto aprobado por el Senado es muy similar al original. Tal vez el cambio más importante es que se incorporó un artículo nuevo a la Ley de Bases de la Administración del Estado con normas de transparencia activa que es muy similar al artículo 7° del proyecto despachado por el Congreso.

En la Cámara de Diputados el proyecto tuvo una tramitación más larga y sufrió mayores transformaciones, siendo la principal la creación del Consejo para la Transparencia. Si bien ésta era una aspiración de los autores de la moción, no fue incluida originalmente por corresponder a una materia de iniciativa exclusiva del Presidente de la República⁵. En la Cámara de Diputados en cambio, el Ejecutivo decidió modificar algunos elementos al proyecto y crear una nueva institucionalidad que hiciera más efectivo el principio de transparencia⁶. Finalmente la Comisión Mixta volvió a analizar todo el proyecto, dándole una última revisión y sistematización.

Contenido general de la ley

La Ley N° 20.285 contiene en su artículo primero la denominada Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado. En cerca de 50 artículos se regula el acceso a la información pública y la transparencia de la función pública. Es aquí donde está la esencia de la ley con aspectos como los siguientes:

- a. Consejo para la Transparencia: órgano autónomo compuesto de cuatro miembros designados por el Presidente de la República previa aprobación de una mayoría calificada del Senado. Sobre el Consejo recae la función de aplicar la ley, exigir el cumplimiento de las normas de transparencia activa, resolver los reclamos cuando se niegue el acceso a la información, aplicar sanciones, y en general, interpretar las demás disposiciones. La ley regula la estructura, nombramiento y remoción, inhabilidades de los consejeros y política de personal (artículos 31 a 44).
- b. Normas de transparencia activa: la información que diversos órganos de la administración del Estado deben mantener a disposición permanente en los sitios web. Se crea además una acción pública para exigir el cumplimiento de estas normas (artículos 7 a 9).
- c. Los principios y procedimientos para ejercer el derecho de acceso a la información pública tanto en sede administrativa como judicial, las causales de reserva, las normas de desclasificación y las sanciones que pueden imponerse (artículos 10 a 30 y 45 a 49).

Los artículos siguientes extienden y especifican en ciertos casos las regulaciones de transparencia y acceso a la información a otra serie de órganos del Estado como la Contraloría General de la República, el Congreso Nacional, el Banco Central, los Tribunales de Justicia, el Ministerio Público y las empresas públicas.

Algunos desafíos

A continuación, el análisis se centrará en los que con probabilidad serán algunos desafíos que presenta la ley, tanto para el Consejo para la Transparencia como para el resto de los órganos de la administración del Estado. Como se dijo, la letra y el espíritu de la ley están contruidos para incentivar la apertura y la transparencia en el ejercicio de la función pública. Sin embargo, puede no ser fácil superar prácticas y costumbres enraizadas que miran con desconfianza el escrutinio ciudadano y la rendición de cuentas. Es posible que por la vía de interpretaciones o extendiendo más allá de lo razonable una serie de excepciones que autoriza la ley, se intente mantener el *statu quo*. Con miras a evitar que ello ocurra, se

5. Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 20.285, página 53.

6. Ibid, página 147.

plantean a continuación diversos desafíos al momento de aplicar la ley.

a) Interpretación de las causales de reserva: la necesidad de acotarlas

La ley establece en su artículo 21 diversas causales de reserva en virtud de las cuales cierto tipo de información no puede ser dada a conocer al público (Fernández, 2008; Díaz de Valdés, 2009). Es tal vez en la interpretación de estas normas donde el Consejo deberá poner mayor atención para ir generando una jurisprudencia estable y conocida, que facilite la decisión de aquellos a quienes se les solicita la información. No por nada es la interpretación de las causales de reserva el asunto más controvertido, por ejemplo, en Estados Unidos, donde esta materia es la principal fuente de litigios (Strauss *et.al*, 2003).

a.1 ¿Causales generales o específicas? En los debates en el Congreso Nacional, especialmente aquellos llevados a cabo en la Comisión Mixta, se discutió si convenía generar una norma amplia que replicara las causales de reserva que autoriza la Constitución y se limitara a señalar algunos ejemplos, o si era mejor promover un detalle más pormenorizado de dichas causales. Si bien hubo propuestas en ambos sentidos, finalmente primó generar estándares de reserva más generales que fueran siendo acotados por la vía de la interpretación⁷. Lo único que se incluyó fueron algunas especificaciones a modo ejemplar, que con todo, no exigen que la causal genérica se aplique sólo a esos casos sino que, simplemente, presenta criterios más certeros al momento de aplicar la norma.

De este modo, por ejemplo, cuando la ley –recogiendo el texto constitucional– admite la reserva en caso que la publicidad afecte el interés nacional, señala que esto último podría ocurrir “*en especial si se refieren a la salud*

pública o a las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país”⁸. El intérprete tiene en consecuencia, algunos criterios para juzgar cuándo el interés nacional podría estar en riesgo. Sin embargo, el modo como está redactada la norma no cierra la opción para que el mismo intérprete intente probar que también se afecta el interés nacional cuando, por ejemplo, está comprometida la política exterior del país. Similar cuestión ocurre cuando se especifican casos en los que la publicidad podría afectar la seguridad de la Nación⁹ o los derechos de las personas¹⁰.

La decisión del legislador de optar por causales genéricas especificándolas sólo en casos muy precisos parece acertada. Si se hubiera seguido la otra opción, esto es, causales genéricas de reserva con numerosos ejemplos o especificaciones, se corría el riesgo de aumentar, en los hechos, los espacios de reserva entregándole a los operadores ya no sólo las causales genéricas que contempla la Constitución, sino que otras tan diversas como ambiguas en sus límites. Imaginemos, por ejemplo, que hubiera sido aprobada la indicación discutida, que al especificar una de las causales de reserva señalaba que no debía publicarse aquella información que pudiera afectar “*el acuerdo entre instituciones de Chile y otro país*”. En los hechos esta frase hubiera operado como una nueva causal de reserva lo suficientemente ambigua como para extender el secreto más allá de lo razonable. Por esto, es adecuado que finalmente se haya optado por causales genéricas que deberán ser acotadas en la aplicación y por algunas especificaciones precisas y limitadas.

Por último, cabe señalar que estas especificaciones o ejemplos en que se concretan cada una de las causales genéricas, no deben interpretarse como causales de reserva autónomas que operan independientemente de la causal genérica. Ello sería vulnerar la Constitución al invocar e incorporar nuevas causales que no están

7. Si se mira el texto despachado por la Cámara de Diputados en el segundo trámite constitucional y, en especial, la indicación presentada por el gobierno en la Comisión Mixta el 29 de octubre de 2007 (N° 898-355) puede apreciarse que en un principio se prefirió el detalle pormenorizado de las causales de reserva. Así se decía que era secreto aquello que pudiera afectar ya no sólo la defensa nacional –como menciona hoy la ley– sino que también la planificación militar o estratégica o la integridad territorial. La indicación del Ejecutivo también especificaba que sería secreto aquello que afectara “*la interpretación o el cumplimiento de un tratado internacional (...), el acuerdo entre instituciones de Chile y otro país, la defensa internacional de los derechos de Chile o la política exterior del país*”. En el curso de la discusión estas disposiciones, así como otras aprobadas por la Cámara de Diputados, fueron rechazadas o acotadas.

8. Artículo 21, N° 4.

9. La publicidad afecta la seguridad de la Nación, nos dice la ley, “*particularmente si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública*”. Artículo 21, N° 3.

10. En este caso, la publicidad afecta 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*”. Artículo 21, N° 2.

incluidas en la Carta Fundamental. Por esta razón, lo adecuado es interpretar la causal genérica y la especificación en forma conjunta. De este modo, cuando se dice que son reservados los antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política; no puede interpretarse que los procesos deliberativos son secretos a todo evento. Para que dichas deliberaciones sean reservadas, su publicidad debe afectar el debido cumplimiento de las funciones del órgano en cuestión, asunto a determinar en cada caso concreto. Si ello no logra probarse, los procesos deliberativos deberían ser también públicos. Lo mismo se aplica al resto de las especificaciones contempladas en la ley y aquellas que menciona el reglamento.

a.2 Algunos criterios de interpretación. Así las cosas, ante las causales de reserva nos enfrentamos a diversos escenarios y desafíos. En cualquiera de ellos, el Consejo está llamado a acotar por la vía interpretativa las causales genéricas y a evitar que los ejemplos o especificaciones se transformen por sí mismos en causales de reserva autónomas.

En este sentido, el Consejo debería procurar que no baste con una simple posibilidad de afectar de algún modo los derechos de terceros o el interés nacional, pues siempre podrá argumentarse que dar a conocer cierta información puede llegar a afectar aquellos bienes jurídicos, aunque sea de un modo leve. Lo que se requiere es que la afectación de estos bienes jurídicos sea muy probable, directa y además grave.

Para argumentar lo dicho debe considerarse, entre otras cosas, que la negación de información debe fundarse en la ponderación que haga el intérprete de los derechos en juego. Uno de ellos es el derecho de acceso a la información pública del solicitante, que aun cuando no es absoluto, sí es un derecho que necesariamente debe ponderarse con los otros en juego (vida privada, derecho a emprender, etc.). En esta ponderación, no puede bastar para preferir el derecho de quien alega la reserva, que exista un lejano riesgo de afectar en algo uno de los derechos en juego. Como siempre que hay derechos en conflicto, lo razonable es que si finalmente no se ampara el derecho a la información, ello se haga porque existen argumentos suficientemente sólidos para proteger el otro derecho que también está en juego. Una forma de

hacerlo es exigir que la afectación de los bienes jurídicos que autorizan la reserva sea probable, directa y grave.

Similar desafío tiene el Consejo cuando se argumente que la solicitud de información es de carácter genérico o distrae indebidamente a los funcionarios del cumplimiento de sus labores. La evidente amplitud de la causal, debiera acotarse aún más por la vía de exigir criterios objetivos y pruebas concretas para aplicarla. Una forma de objetivar la causal es acercarse hacia un análisis costo-beneficio, donde los costos deberá entregarlos la institución pública que invoca la causal y los beneficios deberán ser invocados por quien solicita la información. En ocasiones habrá mayores opciones de cuantificar unos y otros. En otras, será un análisis más teórico sobre la base de principios y valores en juego. En todo caso, esta aproximación contribuiría a una mayor certeza en la aplicación de la causal, pues de lo contrario, podría ser invocada recurrentemente por la administración¹¹.

Finalmente, el Consejo también requerirá de un criterio de interpretación diverso cuando se enfrente a argumentos en los que se invoquen como causales de reserva especificaciones no contempladas en la ley. En otras palabras, un escenario posible es que la publicidad afecte alguno de los bienes protegidos por la Constitución —interés nacional, seguridad de la Nación, derecho de las personas y debido cumplimiento de las funciones— y, más concretamente, lo haga dañando alguno de los bienes especificados explícitamente en la ley —salud pública, intereses económicos del país, la vida privada, etc.—. En este escenario el Consejo debe ser riguroso en la aplicación de los estándares que vaya elaborando según ya se ha señalado.

Pero hay un segundo escenario posible, aquel en que la publicidad afecta alguno de los bienes genéricos protegidos en la Constitución, pero lo hace dañando alguno de los bienes no especificados en la ley. Por ejemplo, si algún servicio alega que la publicidad afecta el debido cumplimiento de sus funciones, pero no porque se esté afectando su habilidad para perseguir o investigar un crimen o los procesos de deliberación previos a la toma de decisiones —causales éstas explícitamente desarrolladas en la ley—, sino que en razón de afectar las metas o índices establecidos por algún órgano público externo o los estándares internacionales comunes a ese tipo de

11. El Consejo resolvió acertadamente un caso en que se había invocado esta causal señalando que no bastaba alegar la concurrencia de la causal, sino que también era necesario probarlo. Decisión Amparo N° A 39-09 de 19 de junio de 2009.

servicios. Dado que estas dos argumentaciones constituyen nuevas especificaciones no contempladas en la ley, el Consejo debe aplicar un escrutinio mucho mayor al que utilizaría si la especificación estuviera explícitamente recogida en la legislación. Ello en razón de un principio básico de deferencia al legislador, que si contempló algunas especificaciones y no otras, no fue por un mero capricho sino porque consideró necesario poner especial atención en las especificaciones señaladas y no en otras que deben ser consideradas como menos pertinentes.

a.3 Acceso del Consejo a la información reservada. Por último, cabe señalar que a raíz de una interpretación del Tribunal Constitucional (TC), el Consejo podría ver amenazada su capacidad de analizar las contiendas en profundidad. En efecto, el artículo 34 de la ley dispone que para el ejercicio de sus funciones el Consejo podrá “obtener todas las informaciones y documentos necesarios para el examen de las situaciones comprendidas en el ámbito de su competencia”. Sin embargo, el TC al analizar esta norma la declaró constitucional en el entendido que “el ejercicio de dicha potestad del Consejo para la Transparencia reconoce como límite las excepciones a la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado que determine el legislador” (c. 32). Como explica Zapata (2008), más allá de lo dudoso que resulta que estas interpretaciones vinculen efectivamente a los operadores —pues ni siquiera aparecen incluidas en los textos oficiales de la ley—, todo indica que la interpretación que hace el Tribunal no es acertada, pues pareciera que el legislador quiso levantar la reserva justamente para permitir que el Consejo tuviera acceso a toda la información y decidir así con pleno conocimiento. Pero aún acogiendo la interpretación que hace el Tribunal, el Consejo siempre tendrá la opción de solicitar el acceso a la información calificada como reservada si es que resulta necesario para resolver la contienda. Ante una petición como ésta, los servicios públicos tendrán escasos incentivos a oponerse, pues en última instancia, el Consejo siempre podría acoger el reclamo y decretar la entrega de la información a quien la solicita, no teniendo entonces el servicio otra alternativa que transparentarla. En este escenario posible, es razonable que los servicios entreguen al Consejo la información que no quieren entregar al solicitante para persuadirlo de rechazar la solicitud de acceso a la información.

b) La oposición de terceros

El artículo 20 de la ley regula la oposición que terceros interesados pueden hacer a la entrega de información que poseen los órganos del Estado. Al respecto señala que “cuando la solicitud de acceso se refiera a documentos o antecedentes que contengan información que pueda afectar los derechos de terceros” el jefe superior del servicio u órgano que la recibe debe notificar por carta certificada “a la o las personas a que se refiere o afecta la información correspondiente”. Los terceros afectados pueden ejercer su derecho de oposición, caso en el cual el órgano requerido no puede entregar la información, salvo resolución en contrario del Consejo.

La posibilidad que terceros se opongan a la entrega de información es un aspecto esencial del sistema y garantiza su legitimidad. Los terceros tienen derecho a oponerse a que se publiciten algunos antecedentes que puedan afectarlos, no sólo en aspectos de su vida privada, sino que también en su capacidad de manejar información estratégica que le permita competir en un mercado determinado. En efecto, si empezara a divulgarse información que está en poder de órganos de la administración del Estado, pero que pertenecen a esta amplia esfera de privacidad de las personas, todo el sistema terminaría por deslegitimarse al perder su razón de origen —facilitar el control que el ciudadano puede hacer del Estado— y pasar a ser una forma de acceso a la información privada para los más variados fines. Por eso, el derecho de oposición de los terceros afectados al igual que la causal de reserva que permite negar total o parcialmente el acceso a la 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”¹² son herramientas de gran relevancia¹³.

b.1 Desafíos. Con todo, el derecho de oposición presenta algunos desafíos que en el futuro debieran considerarse para evitar que por esta vía se dañe, ya sea la legitimidad del sistema, como su efectividad. El primero de ellos es lograr incorporar y coordinar adecuadamente el acervo jurídico existente a la fecha en los operadores, producto de la aplicación de la Ley N°19.628 sobre Protección de la Vida Privada. Esta ley, que lleva ya diez años de vigen-

12. Artículo 21, N° 2.

13. La Decisión Reclamo N° A 7-09 analiza por primera vez el alcance de la oposición de terceros.

cia, se refiere al manejo de datos personales tanto por órganos públicos como por registros privados. Contiene diversos derechos y definiciones utilizables en el contexto de la ley que se analiza. Lo que es más interesante, es que tanto en la aplicación de esta ley como en decisiones emanadas de recursos de protección anteriores a su entrada en vigencia, las cortes han ido generando criterios jurisprudenciales en torno al derecho a la honra y a la vida privada (Anguita, 2006 y 2007). Es recomendable que el Consejo ponga especial atención a esta jurisprudencia con el objeto de consolidar criterios ya usados que al estar en línea con las decisiones de los tribunales, disminuyen los riesgos de revocaciones.

Hay algunos aspectos más orgánicos en los que se debe poner atención. Por ejemplo, debe advertirse el relativo desamparo en que queda el funcionario que recibe la solicitud. Será éste quien deba determinar cuándo cierta petición se refiere a documentos que contienen información que puede afectar los derechos de terceros y luego determinar quiénes serían esos posibles terceros afectados para proceder a notificarlos. En ambas decisiones entran en juego diversos derechos no siempre fáciles de ponderar.

Los incentivos en juego no permiten adelantar con facilidad cuál será la probable actitud de la autoridad o jefe superior del órgano o servicio de la administración del Estado requerido. Por una parte, podría pensarse que intentará notificar a la mayor cantidad de terceros posible involucrados, para resguardar sus derechos y disminuir posibles reclamos posteriores por entrega de información sensible, y además, porque al aumentar el número de terceros que pueden ejercer su derecho a oposición aumenta la probabilidad que alguno de ellos se oponga y el caso pase directamente a manos del Consejo. En este panorama, disminuye la responsabilidad del funcionario que ahora no debe decidir si entrega o no cierta información, sino que simplemente debe esperar la decisión del Consejo. Que ello ocurra no es particularmente grave, sobre todo en los inicios, pues abre un espacio al Consejo para la elaboración de estándares y jurisprudencia que luego puede servir a los demás órganos de la administración del Estado. Con todo, si este modo de actuar se masificara, el Consejo aumentaría considerablemente su trabajo poniendo en riesgo la calidad del mismo.

Por otra parte, el mismo funcionario también podría tener incentivos igualmente poderosos para no notificar a los terceros o al menos no hacerlo con todos los que

podrían sentirse afectados. Esto, por cuanto determinar quiénes son los terceros ya requiere un análisis de la solicitud y de la información que se entregará, que no siempre es una cuestión sencilla. Más aún si la ley le concede al funcionario dos días hábiles para notificar. En plazo tan breve no parece posible captar en profundidad quiénes son los terceros realmente afectados. Así, con ningún o pocos terceros involucrados, el funcionario puede entregar en corto tiempo la información al solicitante. Este escenario es especialmente complejo para los terceros que quedan sin resguardo efectivo a su privacidad, pues la información ya está en manos del requirente y no hay opciones especiales de sanción al funcionario que obró de ese modo. Esto último dado que la ley sólo las contempla cuando los funcionarios niegan infundadamente el acceso a la información, con lo que en consecuencia, sólo quedarían en pie otras vías de reclamo, ya sea para hacer efectiva la responsabilidad administrativa o eventualmente solicitar algún tipo de indemnización por daños.

Un tercer escenario es aquel en que el funcionario niega la información invocando la protección de los derechos de las personas no obstante no haber oposición de terceros. La pregunta en este caso es si puede la administración invocar dicha causal en forma autónoma. Una interpretación finalista de las normas en juego nos conduce a una respuesta afirmativa, pues el objetivo último de la ley es dar acceso a la información pública salvo cuando hacerlo implica dañar, en la forma que ya se ha señalado, otros bienes jurídicos susceptibles de protección, como son por ejemplo los derechos de las personas. Así las cosas, siempre debiera permitirse que el funcionario en cuestión pondere los bienes jurídicos en juego, sin importar si los terceros eventualmente involucrados ejercieron o no su derecho de oposición. Negárselo implica en los hechos impedir que la autoridad aplique la norma constitucional, pues subordina a la oposición de terceros la opción de invocar la protección de los derechos de las personas como causal de reserva.

Todo esto muestra en definitiva, que el Consejo tiene enormes desafíos en esta materia para ir sentando estándares que guíen a los funcionarios en la aplicación de las normas que comprometen los derechos de terceros.

b.2 La experiencia de Estados Unidos. Una vez más la experiencia de Estados Unidos es interesante. Con el curso de los años y tras diversos casos que han sentado jurisprudencia, las cortes han ido generando criterios para determinar cuándo cierta información es sensible

comercialmente y por tanto, no puede ser entregada. En *National Parks and Conservation Ass'n v. Morton* (498 F.2d 765 D.C.Cir.1974) la Corte de Apelaciones Federal del Distrito de Columbia formuló un test de dos partes en virtud del cual sería calificado como confidencial cualquier información financiera o comercial cuya entrega pudiera probablemente afectar la capacidad del gobierno de obtener información necesaria en el futuro, o causar un daño substancial a la posición competitiva de la persona que entregó la información. Luego en *Critical Mass Energy Project v. Nuclear Regulatory Commission* (975 F.2d 871 D.C.Cir. 1992), la misma Corte precisó que donde la información solicitada fue entregada voluntariamente al gobierno o a alguno de sus órganos, la información deberá ser tratada como confidencial y, por lo tanto, no puede ser entregada al público. En este mismo sentido, el año 1987 el Presidente Reagan dictó la *Executive Order* N° 12.600 creando diversos procedimientos para que aquellos que presentaban o enviaban documentos a la administración pudieran ser informados si el órgano público que los tenía en su poder recibía una solicitud de información que involucraba dichos documentos (Strauss *et.al*, 2003).

Otros casos se vinculan más con aspectos de la vida privada de las personas, distintos a los meramente comerciales. La *Freedom of Information Act* en Estados Unidos contempla algunas excepciones que pretenden resguardar ciertos ámbitos de la privacidad; como el acceso a archivos médicos, personales o antecedentes penales cuya publicidad “constituiría una invasión, claramente no garantizada, de la privacidad de la persona”. En uno de esos casos, *United States Department of Justice v. Reporters Committee for Freedom of the Press* (489 U.S. 749, 774, 780 1989), en el que una ONG solicitó al FBI los antecedentes criminales de una determinada persona, la Corte Suprema de Estados Unidos señaló que “*el propósito central de la Freedom of Information Act es asegurar que las actividades gubernamentales estén abiertas al escrutinio público y no que la información sobre ciudadanos comunes (private citizens) que supuestamente está en algún depósito del gobierno sea publicitada*”. Luego agrega que “*la solicitud que haga un tercero de antecedentes criminales (law-enforcement records) o de otra información sobre un ciudadano común puede razonablemente esperarse que invada la privacidad de ese ciudadano, y que cuando el so-*

licitante no busca ‘información oficial’ sobre un órgano de gobierno, sino que simplemente antecedentes que supuestamente están almacenados”, la invasión a la privacidad no estaría permitida. Todos estos son criterios que pueden replicarse en nuestro país.

b.3 Quién, para qué y qué es lo que se pide. Todo lo que se ha dicho no debe hacernos olvidar un aspecto de vital importancia para la aplicación de la ley. El análisis que debe hacer la institución que recibe la solicitud de acceso a la información o el que hará luego el Consejo, no puede cuestionar ni el para qué se está pidiendo dicha información, ni tampoco quién lo está haciendo. De lo contrario se abre una puerta a la discrecionalidad y al análisis de mérito que no corresponde. Al servicio que tiene la información sólo le debe importar qué es lo que se pide y si se aplica o no alguna causal de reserva. Si respecto de lo que se pide no aplica ninguna causal de reserva, la entrega debe hacerse efectiva y sin condiciones¹⁴. Es cierto que no es completamente posible abstraerse de la pregunta respecto a quién pide la información o para qué lo está haciendo, más todavía si quien recibe el requerimiento tiene que ponderar los posibles derechos de terceros involucrados. Probablemente el escrutinio será más acabado si quien solicita la información es una empresa de la competencia.

En definitiva, el desafío para el Consejo en este caso es generar criterios y mecanismos que puedan ser utilizados por los diversos órganos de la administración del Estado para proteger la privacidad de terceros. La experiencia de Estados Unidos que se ha presentado brevemente entrega antecedentes que podrían ser invocados en su momento.

c) Costos

El actual juez de la Corte Suprema de Estados Unidos, Antonin Scalia, comentando hace ya varios años sobre la que constituye el símil americano de nuestra Ley de Acceso a la Información Pública, señaló que ésta era “*el Taj Mahal de la no anticipación a las consecuencias de una ley; la Capilla Sixtina de la ignorancia del análisis costo beneficio*” (Cato Institute, 1982). La razón que justificó esta crítica y que sigue hoy en pie en Estados Unidos, es el enorme costo que ha implicado para ese país la dictación de la ley. Algunos datos lo ejemplifican bien. El

14. El artículo 19 de la ley es claro en señalar que no pueden imponerse condiciones de uso o restricciones al empleo de la información entregada. Esto ya ha sido aplicado por el Consejo. Decisión Reclamo N° A 8-09 de 9 de junio de 2009.

año 2007, el Departamento de Salud tramitó 290.715 solicitudes de información a un costo total de US\$ 22,3 millones. Para eso, dicha repartición pública requirió 170 personas dedicadas exclusivamente a atender estos requerimientos¹⁵. Así también, en el Departamento de Seguridad Nacional ocupan 221 personas para atender 135.297 solicitudes a un costo US\$ 23.1 millones¹⁶.

En Inglaterra, por ejemplo, donde una regulación similar está vigente desde hace menos de una década, las cifras también nos invitan a reflexionar. En el informe destinado a analizar la aplicación de la ley, se calcula que el costo para el gobierno central se acerca anualmente a los US\$ 40 millones. Para los gobiernos locales, el número de solicitudes asciende a 60.000 anuales a un costo de US\$ 8 millones¹⁷.

Tal vez con esto en mente, la ley chilena incorporó la causal de excepción que autoriza a excepcionarse de la entrega de los documentos cuando se trata 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*”¹⁸. En la misma línea, el artículo 17 dispone que “*la información solicitada se entregará en la forma y por el medio que el requirente haya señalado, siempre que ello no importe un costo excesivo o un gasto no previsto en el presupuesto institucional, casos en que la entrega se hará en la forma y a través de los medios disponibles*”. Como ya se ha señalado, la redacción amplia y abierta de las normas es un nuevo desafío para el Consejo al momento de aplicarlas y dejar criterios de interpretación a los operadores.

El segundo artículo citado no es del todo claro en dilucidar cómo se entregará la información. Según puede leerse, la forma de entrega la determinaría el solicitante siempre y cuando esa modalidad “*no importe un costo excesivo o un gasto no previsto*”. Si ocurre esto último, y aquí es donde surgen dudas, la entrega se hará de todos modos, pero en la forma y a través de los “*medios disponibles*”. Si pueden o no estos medios disponibles afectar

la esencia del derecho, será cuestión a determinar en la aplicación de la ley. Tanto en este como en los otros casos, puede ser una forma para que la administración se excuse de cumplir su obligación en forma eficaz.

Más complejo se torna el panorama si se llegara a interpretar que la norma permite que la institución pública se excuse de entregar información, argumentando que ello implica un gasto no previsto o un costo excesivo. En efecto, como es de presumir que toda solicitud implicará un costo —no sólo los de reproducción sino que también los necesarios para reunir la información—, siempre podría argumentarse que la solicitud importa un gasto no previsto. Cualquier interpretación en esta línea debiera ser desechada de plano para así evitar que este artículo se transforme en una nueva causal de reserva o secreto. Pareciera que la interpretación correcta debiera llevar a entender que la información debe ser siempre entregada de un modo costo-eficiente, es decir, al menor costo posible garantizando al mismo tiempo la entrega efectiva de la información. Si esto se logra informando por el medio que el requirente haya señalado o por otro medio disponible, ya es una cuestión que deberá definirse en cada caso.

Otro tema de interés serán los costos traspasados al solicitante. El artículo 18 dispone que sólo podrá exigirse “*el pago de los costos directos de reproducción y de los demás valores que una ley expresamente autorice cobrar por la entrega de la información solicitada*”. Con esto se evita traspasar al solicitante los costos de recopilación y de revisión de la información que serían propiamente costos indirectos. En otras palabras, el personal que deba dedicarse a buscar la información y a decidir si se aplica o no una causal de reserva, no puede ser financiado por los solicitantes sino que debiera serlo propiamente con cargo al presupuesto de la Nación. A quien solicita la información sólo puede cobrarse los costos directos de reproducción¹⁹.

El asunto no es menor pues de no limitarse los cobros puede, en la práctica, afectarse esencialmente el ejer-

15. <http://www.hhs.gov/foia/reports/07anlrpt.html>

16. http://www.dhs.gov/xlibrary/assets/foia/privacy_rpt_foia_2007.pdf Información de las demás reparticiones públicas en <http://www.usdoj.gov/oip/fy07.html>

17. Independent Review of the Impact of the Freedom of Information Act, October 2006. Frontier Economics. En <http://www.foi.gov.uk/reference/foi-independent-review.pdf>

18. Artículo 21, N° 1c.

19. En julio de 2009 MINSEGPRES instruyó a los diversos órganos públicos para que fijen los costos de reproducción de la información requerida. A la fecha algunos servicios ya lo han hecho, dejando ver variaciones significativas en los montos cobrados según cada institución.

cicio del derecho. Un reciente caso en Estados Unidos puede servir de antecedente. Una ONG —*People for the American Way Foundation*— solicitó diversa información al Departamento de Justicia en relación a ciertos procesos vinculados con inmigrantes. La entidad pública informó que previo a tramitar la solicitud, los requirentes debían pagar US\$ 400.000, pues “*los cobros se fundan en cuanto trabajo se requiere para reunir la información*”²⁰.

La experiencia de Estados Unidos y las normas contempladas en la ley chilena permiten visualizar un nuevo desafío que enfrentará el Consejo. En efecto, sería adecuado que pueda ir generando criterios que eviten costos excesivos, pero que al mismo tiempo, impidan que sean los costos la excusa para no dar un acceso efectivo a la información pública. Promover en los servicios la implementación de mecanismos de análisis de costos sería un buen aporte para medir efectivamente el costo de la aplicación de la ley, y al mismo tiempo, para objetivar cuándo estamos ante costos excesivos y no previstos.

d) Artículo 1° transitorio: ¿todo sigue igual?

El artículo 1° transitorio de la Ley de Acceso a la Información Pública mantiene en vigencia las leyes anteriores que establecen el secreto o reserva de determinados actos o documentos si dicho secreto o reserva se funda en las causales que establece la Constitución²¹.

La pura existencia de la disposición ya constituye un desafío para el Consejo para la Transparencia. Ante todo, llama la atención que ni el Congreso Nacional ni la opinión pública conocen qué normas son las que permanecerán vigentes. Sólo se sabe que el secreto o reserva contemplados en diversas leyes anteriores a la reforma constitucional seguirán rigiendo. ¿Qué dicen exactamente esas leyes? ¿Cuáles causales dentro de esas leyes son contrarias a la Constitución y cuáles no lo son? ¿Cuáles podrían ser interpretadas en uno u otro sentido? Todo eso se desconoce y será tarea del Consejo para la Transparencia acotar la amplitud de esta norma y generar criterios claros para evitar interpretaciones dispares. De lo contrario, es probable que estas leyes sean constantemente invocadas por los servicios de la administración

pública para mantener el *statu quo* y en consecuencia, seguir calificando como reservado aquello que lo era antes de la dictación de la ley.

El Consejo deberá ser especialmente riguroso al momento de interpretar las causales de reserva que se funden en la legislación anterior a la reforma constitucional del 2005 y a la Ley de Acceso a la Información Pública. Para ello no sólo deberá estudiar si las causales de las leyes antiguas están acorde con la norma constitucional, o si por el contrario, no se aplican por inconstitucionales, sino que también intentar que estas normas antiguas no generen jurisprudencia especial o incorporen en los hechos nuevas causales de reserva distintas a las existentes que puedan romper la coherencia de la jurisprudencia del Consejo.

e) La ley y los órganos autónomos

La ley también se refiere a diversos órganos de la administración del Estado que gozan de autonomía, sea ésta constitucional o simplemente legal. Los regímenes especiales de acceso a la información pública más completos son los que rigen a la Contraloría General de la República (artículo quinto), al Banco Central (artículo séptimo) y al Ministerio Público (artículo noveno). Todos ellos están sometidos a similares obligaciones de transparencia que el resto de los órganos de la administración del Estado, pero no quedan sometidos a la tutela del Consejo para la Transparencia. Así las cosas, quien conoce de los reclamos a negaciones de acceso a la información pública no es este órgano administrativo, sino directamente la Corte de Apelaciones.

El Congreso Nacional por su parte (artículo sexto), está sometido a menos obligaciones en este ámbito y simplemente se deja a la decisión de cada cámara la dictación de las normas que rigen el acceso a la información pública. No hay razón aparente que justifique este trato especial, y como consigna el voto de minoría de la sentencia del Tribunal Constitucional que conoció del proyecto, “*la legislación deliberativa está lejos de permitir una explicación del trato diverso entre el Congreso Nacional y el resto de los órganos constitucionalmente autónomos. Si la intención legislativa se orientó a dar el mismo tratamiento a todos ellos (...) el resultado fue incongruente con*

20. Freedom of Information Comes at a \$372.799 Cost, Dan Christensen, Daily Business Review, 31-01-2005, en <http://www.law.com/jsp/article.jsp?id=1106573749323>

21. Éstas son que la publicidad afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

esa intención”²². Con todo, el Congreso Nacional ha tomado ya medidas radicales en materia de transparencia y está efectuando reformas reglamentarias y legales que harán efectivos los nuevos estándares de transparencia.

Finalmente, se regula de un modo especial la obligación de transparencia y acceso a la información de las empresas públicas (artículo décimo) y de los Tribunales de Justicia (artículo octavo).

El caso de las empresas públicas es interesante, pues el Consejo vino a resolver tempranamente una discrepancia que se sabía vendría. Señaló que esa instancia carecía de atribuciones para aplicar las normas de transparencia pasiva a las empresas públicas. En otras palabras, el Consejo no puede conocer de casos en los que particulares reclamen que una determinada empresa pública no le ha entregado la información que solicitó. Para el caso de éstas, dice el Consejo, lo único que correspondería es exigir el cumplimiento de ciertas normas de transparencia activa, es decir, de aquella información que las empresas públicas estarían obligadas a publicitar²³.

El fallo se funda en la letra de la ley. En efecto, el artículo 2° de la Ley de Transparencia dispone que “*se aplicarán las disposiciones que esta ley expresamente señale a las empresas públicas*”. Pues bien, la ley no vuelve a mencionar expresamente a ninguna empresa pública en el contexto de la transparencia pasiva.

La decisión deja dos desafíos. El primero es para el Congreso Nacional que debiera modificar la norma de la ley que por la ambigüedad y modo en que está redactada, se presta para interpretaciones restrictivas, las que finalmente impiden a los ciudadanos fiscalizar a las empresas públicas. El segundo desafío es para el propio Consejo para la Transparencia que debe ser particularmente riguroso con las empresas públicas para exigirles el cumplimiento de las normas de transparencia activa. De lo contrario, las empresas públicas se transformarán en verdaderos espacios de impunidad, opacos e imposibles de fiscalizar por parte del ciudadano. En definitiva, las normas de transparencia activa son la forma que nos queda a los ciudadanos para la fiscalización de las empresas públicas. Es necesario que el Consejo las proteja con especial celo.

Finalmente, la sentencia del Tribunal Constitucional vino a agregar nuevos elementos que deben considerarse. En primer lugar, desarrolla declaraciones de constitucionalidad en el entendido que el propio Tribunal indica, o en otras palabras, la interpretación de la ley que el propio TC determina para efectos de acotar el rango de una norma que admite otra interpretación que sería inconstitucional (Zapata, 2008). De este modo, se señala que la disposición del artículo 8° del Título III de la Ley de Transparencia, que concede acción pública para reclamar ante el Consejo para la Transparencia si alguno de los organismos de la administración no cumplen las disposiciones de transparencia activa que determina la ley, no se aplica a la Contraloría General de la República, al Banco Central, al Ministerio Público, al Tribunal Constitucional ni al Tribunal Calificador de Elecciones. Ello por cuanto la autonomía que la Constitución les concede a estos órganos, “*no puede estar supeditada, en su ejercicio, a órganos que se relacionen, aunque sea en forma indirecta, con las labores de gobierno y administración propias de la función ejecutiva*” (c. 37, c. 41 y c. 44). De este modo, si bien las normas de transparencia activa se aplican a estos órganos constitucionales, no es posible hacerlas exigibles por la vía del recurso administrativo al Consejo de la Transparencia.

Más compleja se torna la exigibilidad de las normas de transparencia para algunos de estos órganos cuando el TC interpreta que no es aplicable al Tribunal Constitucional ni a la Justicia Electoral el reclamo ante la Corte de Apelaciones que establece el artículo noveno y que permite al requirente solicitar ante la Corte de Apelaciones la entrega de la información requerida. En esto el TC se ubica a sí mismo en una situación superior a la de los demás órganos reconocidos en la Constitución, y contra los cuales sí es posible recurrir ante la Corte de Apelaciones para que entreguen la información solicitada. Argumenta el TC que la norma no es aplicable: “*toda vez que dichos órganos jurisdiccionales especializados se rigen por sus propios estatutos constitucionales, contenidos en los capítulos VIII y IX de la Constitución, respectivamente, por lo cual, de acuerdo a lo previsto en el artículo 82 de la Carta Fundamental, están al margen de la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema. Por consiguiente, no resultaría constitucionalmente admi-*

22. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1051, de 10 de julio de 2008. Considerando 3 del voto de minoría de los ministros Bertelsen y Correa Sutil.

23. Decisión Reclamo N° A 4-09 de 9 de junio de 2009. En la misma línea, Decisión Reclamo N° A 69-09; N° A 106-09 y N° A 113-09.

ble que sus resoluciones o determinaciones queden sujetas al escrutinio de un tribunal ordinario de justicia, subalterno de la Corte Suprema, como es una Corte de Apelaciones”.

No explica el TC por qué la acción ante la Corte de Apelaciones sí es aplicable, en cambio, para reclamar de una decisión del Banco Central, de la Contraloría General de la República ó del Ministerio Público, todos estos órganos son igualmente autónomos. En otras palabras, la decisión pareciera insinuar que no es posible que un tribunal de justicia conozca asuntos en los que esté involucrado el TC pues éste gozaría de un privilegio especial, una autonomía absoluta aun en materias que no son de su competencia. Así las cosas, si el día de mañana se plantea un conflicto laboral, civil, de policía local o cualquier otro en el que esté involucrado el TC, pareciera que es este mismo tribunal el llamado a resolverlo. Como señalan los únicos dos disidentes en este punto, los ministros Vodanovic y Correa, *“ninguno de estos órganos constitucionalmente autónomos verá afectada su autonomía para resolver en las materias de su exclusiva competencia por la instauración de un control heterónomo en materia de publicidad de sus actos”.* En definitiva, estos planteamientos, que no sólo hacen imposible la exigibilidad de una norma especial de transparencia, son también negativos para el Estado de Derecho.

f) Municipalidades

Tal vez el desafío de más largo plazo para el Consejo será hacer efectiva e incentivar la aplicación de la ley en los municipios. Estas instancias presentan habitualmente dificultades en el cumplimiento de leyes como las que se analizan, como da cuenta un estudio de Libertad y Desarrollo realizado en 2008. En éste se señala que *“en el caso de los 34 municipios del Gran Santiago, sólo uno cumple en un 100% con las exigencias relativas a la información que debe estar a disposición del público. Respecto a la información entregada a través de medios electrónicos, sólo el 10% de los 345 municipios cumplen con lo estipulado”* (Horst, 2008). Esta realidad, que suele combinar una deficiencia institucional con un desinterés político y ciudadano, requerirá atención permanente del Consejo para evitar que los municipios queden en la práctica, fuera de la aplicación de esta ley.

La ley vigente hace efectiva las normas de transparencia activa a los municipios. A ellas deben sumarse otras normas específicas contenidas en el artículo cuarto, que dicen relación con la publicidad de resoluciones, actas y votaciones. En virtud de estas disposiciones, los municipios

deben informar diversas materias entre las que se incluyen aspectos orgánicos, de personal y otros presupuestarios.

Especialmente relevante resulta la información que deben hacer de las nóminas de beneficiarios de los programas sociales en ejecución, los montos involucrados y las transferencias de fondos públicos a personas naturales o jurídicas. En ocasiones esta información deberá ponderar los derechos de terceros en juego, pues si bien hay un evidente interés público en saber quién recibe beneficios municipales —con el objeto de escrutar por ejemplo cuan focalizados están siendo distribuidos dichos beneficios—, también puede entrar en juego la privacidad, como cuando se trata de subsidios vinculados a prestaciones de salud. También podría cuestionarse si la obligación de informar la planta de personal, el personal a contrata y honorarios con las correspondientes remuneraciones, incluye al personal docente y a los funcionarios de las corporaciones municipales. Una interpretación armónica debiera llevarnos a una respuesta afirmativa, pues se trata de instancias que operan al amparo de los municipios con funcionarios generalmente asimilados a grado, que administran y reciben recursos públicos.

En relación a las normas de transparencia pasiva, los municipios están sometidos a las mismas reglas que el resto de la administración del Estado. En los dos primeros meses de funcionamiento del sistema, ya se habían iniciado más de 20 procesos de amparo al derecho de acceso a la información dirigidos contra municipios. Si bien, en materia municipal la diversidad de realidades impide soluciones estandarizadas, pareciera razonable que cada municipio designe encargados del conocimiento de estas solicitudes a fin de ir generando espacios precisos de responsabilidad y un necesario aprendizaje en la materia. Si la tarea recae en un funcionario o en una oficina, con o sin dedicación exclusiva en la materia, dependerá de la realidad de cada municipio. El puro hecho que haya un encargado permitirá un diálogo más fructífero y tenderá a aumentar la eficiencia.

También puede ser un aporte que el Consejo u otros organismos de la sociedad civil destaquen experiencias municipales exitosas en materia de transparencia que puedan ser replicadas por otros, en la medida que se adecúen a los requerimientos del municipio. No sería de extrañar que con el tiempo se perciba que las falencias municipales en el cumplimiento de la ley comparten aspectos comunes. Si así ocurre, las soluciones también debieran avanzar por caminos similares.

Conclusiones

Tras una breve mirada al camino que recorrió la nueva Ley de Transparencia, se han presentado algunos probables desafíos que deberá enfrentar su aplicación. Entre aquellos más relevantes, se han planteado algunos aspectos que surgirán al momento de interpretar las causales de reserva que autoriza la ley proponiendo diversos criterios de interpretación. También se analiza la oposición que terceros pueden hacer a la entrega de información cuando sus derechos estén comprometidos y los eventuales costos que la aplicación de la ley podría generar. Finalmente, se estudian los efectos de la aplicación de este cuerpo legal en los organismos constitucionalmente autónomos como el Congreso Nacional y los municipios, entre otros.

En este escenario, es el Consejo para la Transparencia el llamado a jugar un importante rol en la interpretación y aplicación de la ley para así generar las bases de una cada vez más extendida cultura de la apertura y la transparencia.

Referencias

- Allesch, J. y Obando, I.**, 2005. El amparo del derecho de acceso a la información pública. *Revista Ius et Praxis*, 11 (2).
- Anguita, P.**, 2006. Jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la propia imagen y a la vida privada en Chile (1981-2004): un intento de sistematización. En: González, F. *Libertad de expresión en Chile*. Facultad de Derecho Universidad Diego Portales.
- Anguita, P.**, 2007. *La protección de datos personales y el derecho a la vida privada*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Bermúdez, J. y Mirosevic C.**, 2008. El acceso a la información pública como base para el control social y la protección del patrimonio público. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 30 (2).
- Biblioteca del Congreso Nacional**, 2008. Historia de la Ley N° 20.285.
- CATO Institute**, 1982. *The freedom of information act has no clothes regulation*.
- Contraloría General de la República**, 2005. Dictamen N° 29.239.
- Díaz de Valdés, J.M.**, 2008. El derecho de acceso a la información pública: su reconocimiento por el Tribunal Constitucional. En: Fermandois, A. ed. *Sentencias Destacadas 2007*. Libertad y Desarrollo.
- Díaz de Valdés, J.M.**, 2009. Una visión del combate a la corrupción centrada en los derechos fundamentales: el derecho de acceso a la información pública y su nueva regulación legal. En: Romero, J.J., Rodríguez, N. y Olivares, J.M., eds. *Buen gobierno y corrupción: algunas perspectivas*. Universidad Católica de Chile, Universidad de Salamanca y AECID.
- Fernández, M.A.**, 2008. Causales de secreto o reserva como excepción al principio de publicidad en el ordenamiento jurídico chileno. Ponencia presentada en Seminario sobre la Ley de Acceso a la Información Pública. Libertad y Desarrollo y Facultad de Derecho de la Universidad Andrés Bello, 14 de abril de 2008.
- Fernández, M.A.**, 2005. El principio de publicidad de los actos estatales en el nuevo artículo 8°, inc. 2° de la Constitución. En: Zúñiga, F. ed. *Reforma Constitucional*. Lexis Nexis.
- Garay, O.**, 2005. Reformas constitucionales para la administración. En: Zúñiga, F. ed. *Reforma Constitucional*. Lexis Nexis.
- Horst, B.**, 2008. Cumplimiento de normas de transparencia en municipios y gobiernos regionales. *Serie Informe Económico N° 198*, Libertad y Desarrollo.
- Larrain, H. ed.**, 2008. *Transparencia y acceso a la información pública en Chile: la modernización que faltaba*. Editorial JGE.
- Olmedo, J.P.**, 2008. Claude Reyes, Marcel y otros contra Chile. Los efectos de un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: Larrain, H., ed. *Transparencia y acceso a la información pública en Chile: la modernización que faltaba*. Editorial JGE.
- Rajevic, E.**, 2009. Las agendas de probidad y modernización del Estado: reactivas y con inestable prioridad. En: Romero, J.J., Rodríguez, N. y Olivares, J.M., eds. *Buen gobierno y corrupción: algunas perspectivas*. Universidad Católica de Chile, Universidad de Salamanca y AECID.
- Ramírez, J.A.**, 2005. Principio de probidad y transparencia en el ejercicio de las funciones públicas: alcances de la nueva Constitución de 2005. En: Zúñiga, F. ed. *Reforma Constitucional*. Lexis Nexis.
- Rehren, A.** 2008. La evolución de la agenda de transparencia en los gobiernos de la concertación. *Temas de la Agenda Pública*, 3 (18). Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Strauss, P., Rakoff, T. y Farina, C.**, 2003. *Administrative law, cases and comments*. 10th edition. Foundation Press.
- Zapata, P.**, 2008. *Justicia constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado*. Editorial Jurídica de Chile.
- Zúñiga, F. ed.**, 2005. *Reforma constitucional*. Lexis Nexis.



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE CHILE



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE CHILE

VICERRECTORÍA DE COMUNICACIONES Y ASUNTOS PÚBLICOS
DIRECCIÓN DE ASUNTOS PÚBLICOS

Alameda 340, 3^{er} piso. Teléfono: 354 6637. Email: asuntospublicos@uc.cl www.uc.cl