

Luis Cordero Vega*

Efectos de la Reforma Constitucional en materia de Acceso a la Información Pública

Segunda Sección: Comisión de Derecho Administrativo

1. Introducción

El objeto del presente documento es realizar un análisis panorámico de los efectos que en las normas y prácticas vigentes en la Administración Pública ha tenido la reforma constitucional que estableció el principio de publicidad de los actos estatales.

En efecto, es un hecho conocido la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de septiembre de 2006, en el caso *Claude vs Chile*, por medio del cual se condenó al Estado de Chile por impedir el acceso a antecedentes en manos de la Administración. Indica explícitamente que en “una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones”, establecido explícitamente por la ley “de manera que no queden al arbitrio del poder público”¹.

Por otro lado, recientemente el Tribunal de Libre Competencia, en una resolución intermedia pero de gran alcance, interpreta las competencias para calificar de secretos o reservados a determinados antecedentes en manos de la Fiscalía Nacional Económica, pronunciándose sobre la manera de interpretar las normas preconstitucionales en el marco del contenido y redacción del nuevo artículo 8°, se pronuncia. Afirma que la norma legal que faculta a la Fiscalía Nacional Económica para decretar secreta o reservada la investigación administrativa, es una norma legal dictada antes de la reforma constitucional y la única manera de mantener su vigencia es realizando una

* Doctor en Derecho,
Profesor de Derecho
Administrativo,
Facultad
de Derecho,
Universidad de
Chile.

¹ Párrafos 89 a 92.

interpretación compatible con la disposición constitucional cuarta transitoria, es decir, que la norma legal citada si bien puede mantener su vigencia, sólo es posible en la medida que “no sea contraria a la Constitución”².

Estas sentencias y otra serie de actividades acontecidas en el último tiempo exigen preguntarse ya no sólo las razones que se encuentran detrás del acceso a la información pública, sino también cómo debemos enfrentarnos a la estructura normativa vigente para no repetir la ingrata implementación de la “ilusión de la publicidad” bajo el DS N° 26.

2. Los fundamentos tras la publicidad.

Uno de los temas esenciales en el funcionamiento de los sistemas democráticos es el establecimiento de reglas básicas de control institucional, pero también de aquellas que no lo son y que se ubican en el ámbito del escrutinio público que realizan los ciudadanos a sus autoridades.

El acceso a la información administrativa es una de las áreas en donde se ha puesto énfasis, en particular respecto de los procesos de modernización del Estado, pues constituye un poderoso elemento de control y, en términos más amplios, de seguridad jurídica.

Como señala Kant, existe una fórmula trascendental en el Derecho Público que supone la siguiente proposición: Son injustas todas las acciones que se refieren al derecho de otros hombres cuyos principios no soporten ser hechos públicos. Lo anterior supone que no sólo es una mera regla ética, sino que ante todo un mandato jurídico para el Estado³.

Esta forma de concebir la publicidad de la actividad estatal es la única que la hace compatible con la lógica de un Estado democrático que exige de sus autoridades y organismos actuar no sólo de conformidad a la ley, sino que a los programas propuestos por el diseño institucional, de manera que sea posible la deliberación pública

² Resolución Intermedia de 13 de abril de 2006, en el Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Isapre ING S.A y otros, causa Rol N° 77/2005. Disponible en línea www.tdjc.cl/resoluciones_intermedias/detalle.php?id=66

³ Kant, *Hacia la Paz Perpetua. Un esbozo filosófico*. (Edición de Jacobo Muñoz), Biblioteca Nueva, Madrid, 1999, pp. 127 y 128.

Concretamente señala Kant, id., que “Porque una máxima que no se puede manifestar *en alta voz* sin arruinar al mismo tiempo el propio propósito, que debería, por tanto, permanecer *secreta* para poder prosperar y a la que no se puede *reconocer públicamente* sin provocar indefectiblemente la oposición de todos”. Hannah Arendt, *Crisis de la República*. Taurus, Madrid, 1998, p. 12, justifica la necesidad de publicidad como consecuencia de que “[E]l siglo -que diplomáticamente se denomina ‘discreción’, así como los *arcana imperii*, los misterios del Gobierno- y el engaño, la deliberada falsedad y la pura mentira, utilizados como el medio legítimo para el logro de fines políticos, nos han acompañado” desde siempre. “La sinceridad nunca ha figurado entre las virtudes políticas y las mentiras han sido siempre consideradas en los tratos políticos como medios legítimos”.

como espacio de legitimidad y garantía de las competencias públicas y la protección de derechos.⁴

Por otro lado también es cierto que el acceso a la información cumple un rol clave en las decisiones que adoptan los sujetos, de modo que su existencia es una condición elemental para la maximización de beneficios en un horizonte intemporal. En estas circunstancias, es conocido que la carencia de información es un caso típico de fallas de mercado, que trasladadas al estado constituyen evidentemente fallas de estado. Lo anterior se traduce en que los funcionarios estatales pueden fácilmente tomar decisiones oportunistas lesionando indebidamente los derechos de los ciudadanos.

De este modo, la disponibilidad de información no sólo debe considerar los aspectos del escrutinio público al cual están sujetas las autoridades, sino también las condiciones que generan las burocracias, para que los ciudadanos decidan confiadamente sus propios proyectos de vida, sin esperar comportamientos caprichosos⁵.

Por esta razón, es consistente el argumento de que la información pública es un "bien público", es decir, no existe rivalidad ni exclusión, aunque ambas características pueden ser rebatidas en algunas circunstancias. Sin embargo, esta calidad de bien público exige al Estado un rol clave en su provisión aunque no necesariamente debe ser el único.

Pero estas dos características (existencia o inexistencia de falla de mercado/estado; bien público) del acceso a la información suponen límites, que en la teoría económica se traducen en los costos de la información⁶ (información asimétrica) o bien en la cantidad óptima (bien público).

En resumen, si bien el acceso a la información pública es una condición para el funcionamiento eficiente del Estado, su provisión no es infinita y tiene límites: estos vienen de tres condiciones: el costo social de producirla, la cantidad óptima de esa información y que por último esta sea realmente pública, en oposición a la información privada manejada por el Estado.

Si bien el objeto del presente trabajo no es hacerse cargo de estos aspectos, su enunciación es útil para entender que las limitaciones dispuestas en la Constitución a la

⁴ Como termina de señalar Kant, ob. cit., p. 133, existe un principio trascendental positivo del derecho público, cuya fórmula es: "Todas las máximas que *necesitan* de la publicidad (para no fracasar en sus propósitos) concuerdan con el derecho y la política a la vez. Puntualmente indica que "Si únicamente por medio de la publicidad es como se puede lograr su fin, lo es porque se adecuan al fin general del público, y la tarea propia de la política es estar de acuerdo con ese fin (hacer que el público esté contento con su situación). Pero si *sólo* puede lograrse ese fin, mediante la publicidad, esto es, mediante la eliminación de toda desconfianza respecto de las máximas, éstas tienen que estar también en concordancia con el derecho del público, pues sólo en el derecho es posible la unión de los fines de todos".

⁵ Este argumento es el que se encuentra detrás de la existencia de la confianza legítima como límite a las actuaciones estatales.

⁶ En efecto, el argumento es que todas las personas podrían mejorar su situación si reuniesen más información, pero lo clave es saber si valen los costos y el esfuerzo que eso puede significar.

información pública son necesarias, pero se encuentran sometidas a un estricto estándar después de la reforma constitucional.

3. Se supone que sabíamos el carácter excepcional de las limitaciones a la publicidad.

Entre nosotros se ha sostenido que durante muchos años el problema de la publicidad en los actos de Administración del Estado, o los actos administrativos propiamente tales, o en términos más genéricos, el problema de todo tipo de actos estatales, no fue abordado diáfanoamente desde el punto de vista de la publicidad de los mismos. Sin embargo, si para decidir sus proyectos de vida los particulares tienen derecho a saber lo que el Estado hace, y lo que de mayor o menor manera se proyecta a su respecto, ya generándoseles derechos, ya creándoseles obligaciones, es indudable que para que los particulares puedan hacer uso de los derechos que contempla la ley para reclamar de la eventual ilegitimidad de tales actos, en síntesis para que decidan sus proyectos de vida, es necesario que puedan conocerlos en su oportunidad⁷.

Por esta razón existe bastante consenso, pese a nuestra historia reciente, que la reserva y el secreto sólo pueden justificarse cuando razones excepcionalísimas así lo abonan y ello debe ser consecuencia de texto expreso de ley. Por lo tanto, si no hubiera texto de una ley que así lo diga, deberemos llegar a la conclusión de que el acto habrá de remitirse a la norma general, que es la de su publicidad⁸.

Se podía concluir, en consecuencia, que para que se admitiera la posibilidad de reserva o la posibilidad de secreto en el campo de la Administración del Estado, ello había de atribuirse sólo a texto expreso de ley. Se afirmaba “a falta de texto expreso debemos, en consecuencia, sostener la tesis categórica de que prevalece el acto esencialmente público, como una consecuencia de que la Administración del Estado tiene en los términos más absolutos y en las distintas posibilidades de actuar del Estado, tanto en el campo legislativo como el ejecutivo, judicial o en el control, la característica genuina y fundamental de la publicidad. En suma, la excepción de reserva sólo la admitimos a texto expreso de ley”⁹.

4. Breve reseña de la regulación nacional: De lo que hicimos y ahora nos arrepentimos.

En abril del año 1994 el Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle creó la denominada “Comisión Nacional de Ética Pública”¹⁰ con el objeto de constituir una “instancia de

⁷ Por todos Silva Cimma, E., *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Principios fundamentales del Derecho Público y Estado Solidario*, Editorial Jurídica de Chile, 1996, p. 133.

⁸ Idem.

⁹ Idem.

¹⁰ Decreto Supremo N° 423, de 1994, D.O 18.04.1994.

estudio y elaboración de políticas públicas e iniciativas legales que, contribuyendo a perfeccionar la democracia, refuercen los procedimientos e instituciones que cautelan el cumplimiento de los deberes legales y éticos en la actividad pública”. Para ello, tenía facultades de estudiar y proponer normas que regulasen la probidad en el Estado. Dicha comisión convocó a todos los poderes públicos y a destacadas personalidades, para construir un consenso que pudiese implementar regulaciones y políticas de manera adecuada¹¹.

El informe final de la Comisión señaló explícitamente que “la transparencia se aplica a la totalidad de la función pública (...) los fenómenos de corrupción proliferan cuando las funciones públicas no son transparentes y escapan, por lo mismo, al control institucional y ciudadano. Por esta razón, su aplicación debe estar garantizada por (...) la publicidad de los procedimientos de la gestión y actos estatales. Respecto de estos últimos, la regla general debería ser la publicidad de todas las decisiones de los órganos del Estado”¹².

Las recomendaciones de la Comisión se transformaron en un mensaje del Ejecutivo tendiente a reforzar el principio de la probidad administrativa, y en él se incorporaron las normas sobre acceso a la información pública. Dichas normas fueron plasmadas en la Ley N° 19.653, de 1999¹³, y en ella se consagró el derecho de acceso de los ciudadanos a los actos y documentos en manos de la Administración¹⁴.

El proceso de diseño de la publicidad tuvo desde su inicio una gran acogida. La composición de la Comisión de Ética Pública, así como el debate parlamentario, dan cuenta de que la publicidad de la información en manos del Estado resultaba fundamental para llevar a cabo un efectivo control público, y a su vez, que los ciudadanos dispusieran de toda la información que consideraran necesaria para adoptar adecuadamente sus decisiones¹⁵.

¹¹ La Comisión la integraron representantes de los poderes públicos y de la sociedad civil. En la primera categoría se encontraban: Gabriel Valdés (Presidente del Senado), Marcos Aburto (Presidente de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional), Jorge Schaulsohn (Presidente de la Cámara de Diputados), Osvaldo Iturriaga (Contralor General de la República) y Luis Bates (Presidente del Consejo de Defensa del Estado). La segunda categoría la integraban Ricardo Rivadeneira, Guillermo Arthur, Máximo Pacheco, Hernán Vodanovic, Augusto Parra, Eugenio Velasco y Andrea Muñoz.

¹² Comisión Nacional de Ética Pública, “Informe de la Comisión Nacional de Ética Pública sobre la Probidad Pública y la Prevención de la Corrupción”, en *Revista de Ciencia Política* XVIII, N° 1 – 2, Instituto de Ciencia Política, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1996, p. 206. La Comisión estimó que “sólo los ciudadanos debidamente informados acerca de lo que ocurre en al gestión pública pueden ejercer un control activo a su respecto”.

¹³ D.O. 14.12.1999.

¹⁴ Artículo 11 bis, actual artículo 13 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

¹⁵ Vid. Informe Comisión Mixta. Cámara de Diputados, Boletín de Sesiones, Sesión 62 Ordinaria, 11 de mayo de 1999.

Como consecuencia de la regulación legal, el Gobierno dictó el Decreto Supremo N° 26 de 2001¹⁶, el cual reglamentó los casos de secreto y reserva de los actos y documentos, y permitió a los Jefes Superiores de Servicio dictar resoluciones exentas en virtud de las cuales declaraban que actos y documentos debían tener tal calidad y en dicha virtud quedar excluidos de la publicidad.

Sin embargo, la norma fue tempranamente cuestionada pues excedía el ámbito de la competencia legal en la medida que establecía causales nuevas para impedir el acceso a la información más allá de las señaladas por la ley¹⁷.

La práctica confirmó estas aprehensiones. Durante la vigencia del Reglamento los servicios públicos dictaron más de 83 resoluciones exentas¹⁸ que establecieron secreto y reserva sobre un conjunto de actos y procedimientos, lo que finalmente se tradujo en la implementación del secretismo, violentando el objetivo original de la política de transparencia promovida por la Comisión Nacional de Ética Pública y el Parlamento¹⁹.

Dichas resoluciones comenzaron a declarar procedimientos y categorías de actos genéricos como secretos y reservados, focalizándose la mayoría de ellas en procesos de contratación, remuneraciones y procedimientos disciplinarios de diversa índole, cuestiones todas que la Comisión de Ética Pública había puesto como ejemplos de decisiones necesariamente públicas.

En torno a este tema, diversos afectados ejercieron una serie de acciones para invalidar estas decisiones. Es así como se presentó, en septiembre de 2000, el primer recurso de amparo de acceso a la información, luego que la Corporación Nacional Forestal no respondiera a una solicitud de información hecha por la Fundación Terram. Posteriormente, el recurso fue utilizado en contadas ocasiones por particulares y organizaciones ambientalistas con resultados variables. Los organismos requeridos fueron también diversos, contándose entre éstos el Banco Central de Chile, varias superintendencias, ministerios y el Servicio Nacional de Aduanas²⁰.

¹⁶ D.O. 07.05.2001.

¹⁷ Cordero Vega, L., "Los particulares como sujetos de Derecho Administrativo", en *Revista de Derecho Público*, V. 64, 2002; Fernández, M., "El principio de publicidad de los actos estatales y de los documentos y antecedentes en que se fundan", en "Litigio y Políticas Públicas en Derechos Humanos", *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Universidad Diego Portales, N° 14, 2002.

¹⁸ Las razones en virtud de las cuales eran exentas estas resoluciones es consecuencia de la interpretación errónea que tiene el órgano contralor sobre la manera en que la ley permite ejercer esta atribución al Contralor General de la República.

¹⁹ Una buena recopilación de estas resoluciones se puede encontrar en www.bcn.cl, search: acceso; también es posible encontrar en www.proacceso.cl/documentos.html.

²⁰ Un buen registro de estos casos se encuentra en Contesse Singh, J., "La opacidad del administrador: cinco años de jurisprudencia sobre acceso a la información en Chile", en *Libertad de Expresión en Chile*, Universidad Diego Portales, Srgo. 2005.

Por otro lado, los afectados recurrieron a la Contraloría General de la República denunciando los abusos en que había incurrido la Administración en el ejercicio de la competencia de calificación de secreto o reserva de la información²¹.

Frente a esta solicitud, la Contraloría, mediante dictamen N° 49883 de 4 de octubre de 2004, sostuvo en diversas resoluciones que la Administración “se excede [de] la normativa a los efectos de la declaración de secreto o reserva en otros órdenes de materias”, así como “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”, no advirtiéndose en otras “el fundamento preciso para declarar secretos o reservados determinados documentos”. De esta manera, concluye la Contraloría, estas resoluciones deben ser reexaminadas a la brevedad. Esta circunstancia se tradujo en que el órgano contralor decidiera que en adelante las resoluciones que imponían secreto o reserva debían estar sujetas al trámite de toma de razón, de manera de frenar la tendencia a ejercer las competencias públicas en el ámbito del secreto²².

Frente a estas circunstancias, en particular la reacción de los afectados que motivó el dictamen de la Contraloría, el Parlamento decidió intervenir. Una forma de hacerlo fue a través del proyecto de ley de los HH. Senadores Larraín y Gazmuri²³, quienes afirmaron que la práctica en la aplicación del Decreto Supremo N° 26 de 2001, había llevado el ejercicio de las competencias al “mantenimiento de la cultura del secretismo”, lo que exigía necesariamente adoptar una decisión legislativa que corrigiera esta práctica administrativa, de manera de “evitar cualquier posible corrupción”²⁴.

De este modo, el Parlamento consideró adecuado, en el marco del debate sobre reformas constitucionales incorporar el principio de la publicidad y transparencia en la nueva Carta Fundamental con el objeto de evitar en el futuro abusos en la implementación de una política pública no sujeta a evaluación ni control por parte de los órganos de la Administración activa²⁵.

Así, con la entrada en vigencia del nuevo texto constitucional, el Gobierno instruyó a los órganos de la Administración para que revisaran las resoluciones que establecían el secreto o reserva con el objeto de adecuarlas al nuevo escenario²⁶, para luego derogar el Decreto Supremo N° 26/2001, poniendo término así a la práctica del secretismo²⁷.

²¹ Ver www.chiletransparente.cl/secretismo.htm.

²² Resolución N° 621, D.O. 21.10.2004.

²³ Boletín N° 3773-06, actualmente en segundo trámite constitucional en la Cámara de Diputados.

²⁴ Declaraciones de los HH Senadores Larraín y Gazmuri al Diario La Segunda el 16 de diciembre de 2004, p. 47.

²⁵ En este sentido Fernández, M., “El principio de publicidad de los actos estatales en el nuevo artículo 8° inciso 2° de la Constitución”, en *Reforma Constitucional*, Lexis-Nexis Chile, (Coord. Francisco Zuñiga). 2005, pp. 191 y sgts.

²⁶ Oficio N° 925/2005, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

²⁷ Mediante Decreto Supremo N° 134, de 12 de diciembre de 2005, publicado en el D.O. el 05.01.2006.

Buena parte de esta desacertada implementación normativa llevó a la condena del estado Chileno en la Corte Interamericana de Derecho Humanos en el caso Claude Reyes.

5. Características normativas de la reforma constitucional: las restricciones para las restricciones.

De este modo, la publicidad se ha transformado en un imperativo de intervención de la función estatal, materializada hoy en una cláusula explícita de la Carta Fundamental.

Artículo 8º, inciso 2º. 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.

Para poder determinar el sentido adecuado de su contenido y redacción es necesario realizar las siguientes precisiones:

Es un caso de vinculación directa de la Constitución.

El valor normativo de la Constitución supone que la Carta Fundamental es una norma jurídica de aplicación directa e inmediata, de manera que es un instrumento en sí mismo justiciable, en el sentido que puede ser invocado por la autoridad respectiva para resolver una disputa jurídica²⁸. De este modo la Constitución se afirma en sí misma como una efectiva norma jurídica, exigible y exigida.

Lo anterior supone, sustantivamente que el texto constitucional no requiere de la intermediación legal para su aplicación y que los operadores jurídicos pueden invocar su aplicación sea directamente o por vía interpretativa. Así, la Constitución pasa a ser precisamente nuestra norma suprema y no una declaración programática. La Carta Fundamental tendrá ahora reglas de valor normativo inmediato, por ejemplo los artículos 6º, 7º y 8º; y otras de valor normativo modulado, por ejemplo el art. 38, inciso 1º.

Este criterio ha sido aceptado por el Tribunal Constitucional que señala que "estos preceptos no son meramente declarativos sino que constituyen disposiciones expresas que obligan a gobernantes y gobernados tanto en sí mismas, como también, en cuanto normas rectoras y vitales que coadyuvan a desentrañar el verdadero sentido y espíritu del resto de las disposiciones de la Constitución"²⁹.

²⁸ Vid. García De Enterría, E., *El valor normativo de la Constitución de 1978*, Civitas.

²⁹ Sentencia Rol N° 46, C. 21; Rol N° 280, C. 12.

Resulta entonces que el valor vinculante se explica en un doble sentido, en la medida que no sólo determina la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva para el ciudadano. La obligación indicada es a todos los órganos del Estado, por lo menos así lo ha entendido nuestro Tribunal Constitucional, de manera que es exigible al Legislador, el Ejecutivo y los Jueces. En efecto, se ha sostenido en torno al artículo 6° de la Constitución que éste es “base institucional que exige de las autoridades públicas, sin salvedad ni omisión, cumplir lo ordenado en él”³⁰.

El valor normativo de la Constitución supone el compromiso de hacerla prevalecer por encima de cualquier otra prescripción normativa, de modo que el ordenamiento entero debe ser interpretado conforme a la Constitución. De este modo, las normas constitucionales exigibles son las que recoge el texto positivo de la Ley Fundamental y no cualquiera otras situadas fuera de la misma, por mucha tradición y arraigo que tengan.

Lo anterior implica que el texto del artículo 8° de la Carta Fundamental se encuentra plenamente vigente para todos los órganos estatales.

Es una cláusula constitucional que forma parte de las “Bases de la Institucionalidad”.

El Capítulo I de la Constitución, en donde se encuentra el artículo 8°, tiene la cualidad de cimiento o sustento sobre el cual se levanta todo el sistema institucional³¹.

En este sentido el Tribunal Constitucional señala que en este capítulo se articulan las “bases del sistema institucional de Chile, de modo que cuando fluye de ellas se irradia sobre los capítulos siguientes y, con mayor razón aún, al ordenamiento jurídico completo que ha de respetarlas en todo momento, circunstancia, materia y lugar”³², lo que permite afirmar que “si alguna otra norma o principio de la Constitución está en contradicción con cierta disposición del Capítulo [I], entonces debe primar la de este último, por su carácter básico y fundamental”³³.

La norma constitucional establece una reserva legal absoluta para restringir la publicidad.

Es bien conocido por la literatura especializada que la reserva de ley es una técnica que, al atribuir al Poder Legislativo la regulación de determinadas materias, impide que los reglamentos administrativos puedan decidir sobre las mismas y, especialmente, regular

³⁰ Sentencia Rol N° 410, C 23. En este sentido también Rol N° 324, C. 5°.

³¹ Cea, J. L., *Derecho Constitucional Chileno*, I.L., Ediciones Universidad Católica de Chile, 2002, p. 173.

³² Sentencia Rol N° 410, C. 2°. En un sentido semejante se ha pronunciado en las sentencias Rol N° 19, C. 9°; Rol N° 198, C. 10, letra a); Rol N° 389, C. 17.

³³ Cea, ob. cit., p. 173.

o intervenir sobre la propiedad y libertad de los ciudadanos. Esta última justificación, se ha ampliado a otras categorías en la medida que implican imposición de límites al legislador [prohibición de deslegalización] y a la exigencia de que las leyes adopten las decisiones esenciales en todas las materias en que intervienen los poderes públicos, aunque no se trate de limitar o regular derechos y, además, que lo hagan incorporando un contenido normativo suficiente para predeterminar las decisiones de carácter aplicativo y concreto que adoptan los tribunales y la Administración Pública³⁴.

Por su parte el Tribunal Constitucional ha señalado que “la reserva de ley se halla contemplada en disposiciones constitucionales específicas, siendo necesario concluir que en algunas de ellas, la reserva es más absoluta que en otras”³⁵. De este modo, “cuando la Carta Fundamental ha previsto la reserva legal con carácter más absoluto, la regulación del asunto respectivo por el legislador debe ser hecha con la mayor amplitud, profundidad y precisión que resulte compatible con las características de la ley como una categoría, diferenciada e inconfundible, de norma jurídica”³⁶. Así, entonces, “el Poder Constituyente exige el desempeño de la función legislativa con un grado mayor de rigurosidad en la amplitud de la temática regulada, minuciosidad de la normativa que dicta, profundidad o grado de elaboración en los textos preceptivos que aprueba, pronunciamientos sobre conceptos, requisitos, procedimientos y control de las regulaciones acordadas y otras cualidades que obligan a reconocer que, el ámbito de la potestad reglamentaria de ejecución, se halla más restringido o subordinado”³⁷.

En el caso de las restricciones a la publicidad la Constitución ha establecido una reserva de ley de las siguientes características:

- Una de carácter *absoluta*, pues exige a la ley directa y precisamente indicar la “reserva o secreto” de los “actos” o “fundamentos”, de conformidad con causales constitucionales precisas y concretas, lo que obliga a singularizar la excepción, las que, tal como ha señalado el Tribunal Constitucional, sólo pueden ser interpretadas con carácter restringido³⁸.

³⁴ Muñoz Machado, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Justel, Madrid, 2006, p. 876.

³⁵ Sentencia Rol N° 370, C. 15.

Es ilustrativa la sentencia Rol N° 254, C. 26°, en tanto señala que “26°. Que, la Constitución establece que, en ciertos casos, la regulación de algunas materias por parte del legislador no debe tener la misma amplitud y profundidad que otras. Es por ello que hay casos en que la fuerza de la reserva legal puede ser calificada de absoluta o relativa. En este último caso, incumbe un mayor campo de acción a la potestad reglamentaria subordinada, siendo propio de la ley señalar sólo las bases, criterios o parámetros generales que encuadran el ejercicio de aquella potestad. Ello ocurre cada vez que la Constitución emplea expresiones como “con arreglo a la ley”, “de acuerdo con las leyes”, “con sujeción a la ley”, “de acuerdo a lo que determine la ley” o “en conformidad a la ley”, v.g. en los artículos 10, N° 4; 24 inciso segundo; 32, N° 22; 87 y 94 de la Constitución en vigor”.

³⁶ Sentencia Rol N° 370, C.17.

³⁷ Sentencia Rol N° 370, C.18.

³⁸ Criterio deducible de la Sentencia Rol N° 433, C. 35 - 42.

- Es una reserva que exige un *rango* formal determinado, es decir, la excepción a la publicidad sólo es posible de realizar por Ley de Quórum Calificado, lo que supone reconocer que la Constitución considera que debe existir un consenso democrático aceptado más allá de simples mayorías para excluir de la publicidad “actos” estatales y sus “fundamentos”.
- La reserva tiene un *contenido material* de excepción, como veremos a continuación.

De la norma constitucional se deduce hoy que salvo regla legal expresa el objeto de control, el procedimiento, así como los resultados de él son públicos, por lo cual no sólo los órganos institucionales tienen garantía de acceso, sino que también los ciudadanos tienen derecho a conocer y acceder a dicha información.

La norma constitucional limita la libertad del legislador mediante un contenido material.

La norma establece que existen causales tratadas constitucionalmente que permiten restringir la publicidad de los “actos” estatales. Estos límites son: cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento del funcionamiento de dichos órganos (1), los derechos de las personas (2), la seguridad de la nación (3) o el interés nacional (4).

Como ha dicho el Tribunal Constitucional a propósito de otra norma constitucional que impone conceptos indeterminados o cláusulas generales de apoderamiento como los límites a la propiedad por su función social (art. 19 N° 24), éstas se deben interpretar restringidamente y cualquier extensión de dichas causales es inconstitucional, pues no se puede pretender que bajo denominaciones como, por ejemplo, “interés nacional” estas cláusulas se transformen en “pozo sin fondo donde caben todas las restricciones que el legislador desea”³⁹.

De esta manera, los límites a la publicidad se agotan en los descritos. La característica central de todos ellos es que buscan garantizar la eficacia legítima de la intervención estatal que permite restringir o excluir legalmente la publicidad *en actuaciones o medidas determinadas* cuyo conocimiento anticipado podría enervar concretamente el ejercicio de una competencia. Así, hipótesis genéricas, probables o supuestas no son hechos subsumibles en las causales de limitación constitucional. Por el contrario, éstas deben ser precisas, concretas, reales y ciertas.

La Constitución impone una restricción de contenido material también a la Administración.

Sí el legislador tiene un límite tan severo para restringir la publicidad, con mayor razón lo tiene la Administración para aplicar reglas preconstitucionales y previas a la

³⁹ Sentencia Rol N° 334, C. 21 y 22. Este fallo cita en lo que corresponde el criterio sustentado por el Comisionado Evans y reproducido en su obra *Los Derechos constitucionales*, T.II., Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, 1999, p. 318.

reforma constitucional que impliquen interpretar competencias de “reserva” más allá de los ámbitos tolerados por la Constitución.

En este sentido, el propio Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional normas legales que facultan a la Administración a ejercer competencias discrecionales restrictivas de derechos. Afirma que “la potestad discrecional [de la Administración] no puede tener validez alguna cuando sobrepasa o desborda la Constitución Política y ello ocurre cuando la disposición legal que la concede, coloca al funcionario o servicio que puede ejercerla, sin sujeción a control judicial alguno, en posición de que con su actuación, afecte o desconozca las libertades y derechos que la Constitución asegura a todas las personas”⁴⁰.

Con igual criterio sostiene que deben repudiarse cláusulas legales generales cuando señala que “no puede la ley, por ende, reputarse tal en su forma y sustancia si el legislador ha creído haber realizado su función con meros enunciados globales, plasmados en cláusulas abiertas, o a través de fórmulas que se remiten, en blanco, a la potestad reglamentaria, sea aduciendo o no que se trata de asuntos mutables, complejos o circunstanciales. Obrar así implica, en realidad, ampliar el margen limitado que cabe reconocer a la discrecionalidad administrativa, con detrimento ostensible de la seguridad jurídica”⁴¹. Lo anterior, como consecuencia de lo sostenido por este mismo tribunal cuando impone como condición del ejercicio de las potestades administrativas su “especificidad”, es decir, que las medidas concretas a adoptar sean específicamente por medio de la ley⁴².

Las normas preconstitucionales y previas a la reforma constitucional mantienen su vigencia, pero con restricciones (interpretación conforme a la Constitución).

De conformidad a lo establecido en la actual disposición cuarta transitoria (ex quinta) de la Constitución se entiende que “las leyes actualmente en vigor que conforme a esta Constitución deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o aprobadas con quórum calificado, cumplen los requisitos y seguirán aplicándose en lo que no sean contrarias a la Constitución, mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales”.

La finalidad de esta norma es evitar inconstitucionalidades sobrevinientes de la ley como consecuencia de las nuevas regulaciones de la Carta Fundamental, de manera de evitar que colapse el sistema jurídico establecido. Esa fue su finalidad en su establecimiento original y es su objetivo en las consecutivas reformas constitucionales.

Sin embargo, leyes preconstitucionales y previas a una reforma constitucional que regulan materias de Ley Orgánica Constitucional o de Ley de Quórum Calificado

⁴⁰ Sentencia Rol N° 198, C. 10, Ierra a).

⁴¹ Sentencia Rol 370, C. 19.

⁴² Sentencia Rol N° 325, C. 40.

tienen como características que: son transitorias, es decir, mantienen su vigencia mientras no se dicten “los correspondientes cuerpos legales” es decir, los definitivos; en segundo lugar, sólo son válidas si no son “contrarias a la Constitución”, es decir, si las normas preconstitucionales no se ajustan a los contenidos materiales de la Carta Fundamental en la nueva regulación no se puede aplicar la regla de la disposición transitoria en comento.

En el caso que nos ocupa las normas preconstitucionales que regulan el secreto o la reserva de los “actos” estatales y sus fundamentos sólo son legítimas y beneficiadas con la norma transitoria si son compatibles con el contenido material de la nueva norma constitucional.

En el caso de que no sea así, existen dos posibilidades. Por un lado, la natural y evidente, que es la inconstitucionalidad sobreviniente de la norma por no ajustarse a la Constitución. La segunda, que se realice una interpretación conforme a la Constitución con el objeto de evitar la afectación de la seguridad jurídica. Sin embargo, la calificación de “conformidad” que se realiza de la norma para ajustarse a la Constitución impone como condición que el contenido interpretado sea tolerable por la Carta Fundamental, siendo lo demás expulsado del sistema legal⁴³.

La manifestación conocida con el nombre de interpretación conforme a la Constitución puede explicarse del siguiente modo: al ejercitar el denominado derecho de comprobación, el “operador jurídico” suele encontrarse ante el dilema de que la norma analizada es susceptible de interpretaciones diversas; unas, contrarias a la Constitución, y otras, compatibles con ella. Pues bien, la regla de interpretación conforme obliga al operador jurídico a utilizar, en tal caso, la interpretación de la norma que sea ajustada a la Carta Fundamental, excluyendo las que sean contrarias a la misma; de tal forma que la competencia de rechazo sólo deberá ejercerse cuando la norma analizada sea inequívocamente contraria a la norma suprema, esto es, cuando no sea razonablemente posible interpretar su texto, sin forzarlo, de modo que resulte compatible con aquella. El principio de la “interpretación conforme” (que tiene su origen en la jurisprudencia constitucional alemana e italiana, como un medio para minimizar en la medida de lo posible la emisión de sentencias anulatorias de leyes que crean vacíos normativos de consecuencias altamente perturbadoras en el tráfico jurídico) se basa en lo que ha dado en llamarse “presunción de ajuste a la Constitución”, esto es, una suerte de beneficio

⁴³ *Vid.* en este sentido Sentencias del Tribunal Constitucional Rol N° 257, C. 12; Rol N° 259, C. 6; Rol N° 271, C. 7; Rol N° 273, C. 7; Rol N° 293, C. 24; Rol N° 297, C. 13; Rol N° 298, C. 10; Rol N° 299, C. 9; Rol N° 304, C. 18 y 19; Rol N° 320, C. 11; Rol N° 326, C. 14 y 15; Rol N° 349, C. 34; Rol N° 386, C. 7 y 8; Rol N° 417, C. 15, 16 y 17; Rol N° 420, C. 17; Rol N° 424, C. 10; Rol N° 442, C. 22; Rol N° 458, C. 15; Rol N° 463, C. 8, 9 y 10.

de la duda que debe concederse a todo legislador democráticamente elegido, al que se ha de suponer fiel al texto fundamental^{44 45}.

En efecto, la interpretación conforme a la Constitución de toda y cualquier norma del ordenamiento tiene una correlación lógica en la prohibición implícita de cualquier construcción interpretativa o dogmática que concluya en un resultado directa o indirectamente contrario con los valores constitucionales⁴⁶.

Por esta razón, la primera actividad que tiene que realizar el “operador jurídico” para resolver si una norma preconstitucional o previa a una reforma constitucional es legítima con las nuevas condiciones materiales del secreto o reserva de los “actos” estatales es determinar si es posible hacer compatible las competencias legales conferidas por dicha norma legal con las exigencias de la Constitución según el criterio de interpretación conforme, y si lo es, en qué contexto delimitado. Cualquier ejercicio interpretativo al margen de él supondrá una inconstitucionalidad sobreviviente.

Por ejemplo, las causales de denegación de la información administrativa regulada en el artículo 13 inciso 11 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado deben interpretarse de conformidad a este criterio. En dicho caso, la causal que permitía que el reglamento determinara el secreto o la reserva de los actos se hace incompatible con el texto constitucional a todo evento, por lo que dicha norma en ese caso adolece de una inconstitucionalidad sobreviviente.

En suma la Constitución establece como principio matriz la publicidad de los actos estatales y sus fundamentos, es decir, el acceso pleno a los mismos por parte de todos los ciudadanos. Así, la Carta Fundamental impone condiciones limitadas para impedir el acceso a la información, limitaciones que requieren del cumplimiento de exigencias constitucionales que deben ser interpretadas restrictivamente. Si bien es posible que existan normas legales previas a la reforma constitucional que impongan el secreto o reserva de determinados actos estatales, estas normas, para que mantengan su validez,

⁴⁴ Santamaría Pastor, *Principios de Derecho Administrativo General*, T. I., Iustel, 2004, pp. 222 y 223.

⁴⁵ Afirma Ferreres Comella, V., *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 37 y 38, que “Esta doctrina responde al principio general de conservación de los actos jurídicos: es deseable evitar el vacío que supone la expulsión de la ley del ordenamiento, por lo que es preferible interpretar el texto legal de modo que se evite este efecto. Pero si este principio de conservación de los actos rige con una fuerza especial en el caso de la ley, ello se debe a que se considera que ésta tiene una especial dignidad, dados los procesos democráticos que desembocaron en su aprobación. Una estimación adecuada del valor de la democracia, en efecto, debe llevar al juez constitucional a actuar con especial cuidado a la hora de decidir si una ley debe declararse inconstitucional. Debe partir de una actitud de confianza hacia el legislador democrático: debe presumir que éste actuó motivado por los valores constitucionales. En caso de que la ley admita diversas interpretaciones, el juez debe escoger aquella que es acorde con la Constitución, pues hay que presumir que el legislador quiso respetar los límites constitucionales. Sólo cuando no hay duda acerca de cuál es la norma que el legislador quiso expresar en el texto legal (y esta norma es incompatible con la Constitución), puede el juez constitucional emitir una sentencia que declare su invalidez. Por tanto, la dignidad democrática de la ley se traduce en una primera consecuencia: la doctrina de la interpretación de la ley conforme a la Constitución”.

⁴⁶ García De Enterría, E., y Fernández, I.R. *Curso de Derecho Administrativo*, T.I, Civitas, Undécima Edición, 2002, pp. 108 y 109.

deben ser interpretadas conforme a la Constitución y para situaciones precisas y concretas, de manera de impedir que se construyan argumentos hipotéticos que inviertan el mandato constitucional.

6. Conclusiones.

Tal como hemos señalado en otra oportunidad, el derecho al acceso a la información administrativa es un buen ejemplo sobre la manera inadecuada de implementar una regulación legal. En efecto, el diseño propuesto por la Comisión de Ética Pública, así como el remitido por el Gobierno, daban cuenta del objetivo de la publicidad. En este sentido, si bien a la Administración le correspondía llevar a cabo la implementación de acuerdo a estos objetivos, tal como daban cuenta las declaraciones de las autoridades, lo cierto es que en los hechos se impuso el secretismo utilizando el sistema de las resoluciones exentas, permitido por la Contraloría, y así finalmente se invirtió la regla legal. La experiencia del acceso a la información administrativa es el mejor ejemplo de lo que no debemos hacer si queremos que los objetivos legales se cumplan, sobre todo si estos objetivos dependen exclusivamente del propio sujeto fiscalizado: la Administración activa.

Por otro lado, la información pública es un instrumento adecuado para restringir los comportamientos oportunistas de la Administración y sus funcionarios. La existencia de información incompleta no sólo afecta la calidad del escrutinio que exige el sistema democrático, sino que también las decisiones que las personas legítimamente pueden adoptar y que en variadas ocasiones dependen de la actividad e información proporcionada por el Estado.

Los límites constitucionales a la publicidad, son evidentemente restricciones a la información que aceptamos por diversas razones, pero sus reglas son y deben ser de interpretación restrictiva, ya que aplicarla en otras hipótesis afectará seriamente la eficiencia y calidad de la convivencia social.

No se debe olvidar que la Administración del Estado gestiona intereses ajenos, por lo tanto sus competencias son fiduciarias y sujetas a rendición pública en su calidad de "agente", de modo que la existencia de adecuada información permite neutralizar las decisiones que afecten a sus "principales": los ciudadanos.

La calidad del sistema democrático y el disfrute del sistema derechos, depende de cómo resolvemos precisamente esa relación.

