

Sobre la transparencia, el derecho de acceso a la información pública y los deberes de publicidad. Su diferencia conceptual y práctica

*On Transparency, the Right of Access to Public Information and the Duties of Publicity.
Your conceptual and practical difference*

Gladys Camacho Cepeda

Universidad de Chile

RESUMEN La transparencia pública se erige como un mecanismo de control social que cobra cada vez más relevancia. La cláusula de Estado democrático y participativo que reconoce nuestra Constitución da sustento al derecho de acceso a la información, derecho que se relaciona y se confunde con la noción de transparencia. No se distingue en forma sistemática la diferencia categorial, conceptual y práctica que hay entre publicidad, transparencia y acceso a la información. A fin de comprender el sistema de control social que se va afianzando como componente esencial de nuestro marco institucional y coadyuvar a su perfeccionamiento es necesario distinguir las distintas nociones que este sistema relaciona estrechamente.

PALABRAS CLAVE Transparencia, Derecho de acceso a la información pública, Publicidad.

ABSTRACT Public transparency stands as a mechanism of social control that becomes increasingly relevant. The clause of democratic and participatory State that our Constitution recognizes gives sustenance to the right of access to the information, a right that is related and confused with the notion of transparency. The categorial, conceptual and practical difference between advertising, transparency and access to information is not systematically distinguished. In order to understand the system of social control that is being strengthened as an essential component of our institutional framework and to contribute to its improvement, it is necessary to distinguish the different notions that this system closely relates.

KEYWORDS Transparency, Right of access to public information, publicity.

Giges, rey de Lidia, tiene un anillo mágico que hace invisible a la persona que lo lleva con solo girarlo. Cuando lo rota de nuevo se hace otra vez visible. Esta persona podría matar, robar y violar las leyes con toda impunidad porque nadie la ve. [...] La sensación de impunidad es el anillo de Giges, que hoy en día toma formas muy diversas. Puede ser el intercambio de favores con los que tienen el poder de castigar para que miren hacia otro lado o deriven el asunto a complicados entramados, de los que los ciudadanos no entienden nada. Puede ser la economía financiera que, por opaca e incontrolable, impide descubrir a los responsables [...] El anillo también puede tomar otra forma muy curiosa, y es la de quienes calculan lo que les va a costar la multa por dañar a otros si les descubren o el tiempo de cárcel, y piensan que les tiene cuenta hacerlo, porque todavía salen ganando dinero para disfrutarlo una vez en libertad. (Cortina, 2014)

Introducción¹

En el actual contexto político, social y económico de nuestro país es necesario reforzar la transparencia pública, el acceso a la información y la publicidad de los actos de los órganos del Estado que si bien no son la panacea sí son eficaces herramientas para defender el Estado de Derecho y Democrático contenido en nuestra Carta Política. En este trabajo analizaremos estas tres nociones a fin de encontrar qué es lo que las hace reconocible a cada una de ellas, así como en qué elementos reposa su diferenciación, todo ello con el fin de coadyuvar al buen funcionamiento del sistema dispuesto para asegurar la transparencia de la función pública.

Desde la reforma constitucional del 2005, que introdujo el nuevo artículo 8° de la Constitución Política (CPR), nuestro país ha venido teniendo un recorrido intenso relacionado con el principio de probidad en la función pública y los márgenes de transparencia, lo que ha sido consecuencia no de una política previsora sino más bien de la necesidad de reaccionar frente a la severa crisis de confianza por la que atraviesa el país. Atendiendo a lo que estamos presenciando podemos concluir que los poderes públicos estuvieron mucho tiempo en posesión del mítico «anillo de Giges» y, aprovechando esa invisibilidad, ocurrieron una cantidad de casos de corrupción, prevaricación e incumplimiento de las leyes que han dañado no sólo patrimonialmente al Estado sino moralmente a la ciudadanía que se ha visto conmocionada por escándalos que involucran a políticos de todos los sectores, ministros, altos cargos y diversos poderes públicos.²

1. Siglas empleadas: BCN: Biblioteca del Congreso Nacional; CPR: Constitución Política de la República; CGR: Contraloría General de la República; DAIP: derecho de acceso a la información pública; LT: Ley de Transparencia 20.285; LAIP: Ley de Acceso a la Información Pública 20.285; LOCBGAE: Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado 18.575; LBPA: Ley 19.880 Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado.

2. Desde hace buen tiempo, sin mediar pausas, vienen saliendo a la luz tal cantidad de casos que demuestran el ocultamiento eficaz que aquellos habían logrado. Los hechos indican que ni se han iniciado recién-

No obstante, el balance desde la entrada en vigencia del nuevo régimen de acceso a la información pública que sancionó la Ley 20.285 ha sido positivo. Así, se ha producido la afirmación del derecho de acceso a la información y se han introducido innovaciones legales orientadas a cuidar el actuar ético de las más altas magistraturas y los directivos públicos de los órganos del Estado. Nuestro marco normativo se ha enriquecido con la introducción de una serie de disposiciones legales y reglamentarias que han elevado a mandato jurídico una serie de exigencias que buscan ordenar la función pública y el ejercicio del poder político y económico, con arreglo a ciertos mínimos éticos aceptados por todos. Entre las modificaciones del Ordenamiento jurídico destacan, la Ley 20.285, de Acceso a la Información Pública y, en especial, la Ley 20.880, que principalmente regula las declaraciones de intereses y de patrimonio integrándolas en un solo instrumento ocupando un rol central para la prevención de los conflictos de interés.³

Lo señalado si bien va en la línea de garantizar el principio de probidad se inscribe en un objetivo último que los guía y orienta, cual es, afianzar el Estado Democrático y el Estado de Derecho, finalidad que nos demanda un esfuerzo permanente para perfeccionar y profundizar los mecanismos de control del poder. En este marco, la eficacia de los controles será gravitante para la efectividad de la Constitución misma. Los controles que se instituyen no son aislados, sino que expresan el proyecto constitucional de la sociedad, de ahí su importancia. Sin embargo, por importantes que sean los controles éstos no son un remedio capaz de solventarlo todo y los problemas a los que ha de hacerse frente en el control del poder, requieren de soluciones complejas dada la multicausalidad de los mismos.⁴ En este caso, se abordarán la transparencia, el acceso a la información pública y la publicidad como categorías conceptuales que apuntalan el sistema de control social que puede coadyuvar eficazmente a disminuir el distanciamiento entre los ciudadanos y sus gobernantes, a la par que permite construir ciudadanía.

El legislador se ha visto impulsado a regular nuevos instrumentos de control del actuar ético en la función pública. A emprender esta tarea han empujado la severa crisis de confianza en la política y en las instituciones suscitada por casos de corrupción pública y privada de gran impacto público (Valadés, 2006).⁵ Esta situación llevó a la Presidenta

temente ni son tan raros como solíamos pensar. Para muestra, sólo unos cuantos botones por sus nombres de fantasía: «Paco Gate», «Milico Gate», «Caso Penta o Pentagate», «Caso SQM», «Caso Caval», «Caso Corpesca», «Pensiones millonarias en Gendarmería», «Caso Basura», «Fraude en tribunal de Puente Alto», etc.

3. Otras normas que recientemente han sido dictadas en cumplimiento de la Agenda de Probidad y Transparencia del Gobierno son: Ley 20.900, para el fortalecimiento y transparencia de la democracia; la Ley 20.911, Crea el plan de formación ciudadana para los establecimientos educacionales; la Ley 20.915, Fortalece el carácter público y democrático de los partidos políticos y facilita su modernización; y la Ley 20.922, modifica disposiciones aplicables a los funcionarios municipales y entrega nuevas competencias a la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo.

4. Valadés en su obra profundiza sobre las complejidades del control del poder.

5. Importantes casos de corrupción ocurridos en el sector privado, son los denominados como: «Caso Cascadas», «Caso La Polar», «Multiestafas» (Rafael Garay y Alberto Chang), entre otros. En el ámbito público a los ya señalados en nota al pie núm. 2 se deben añadir los célebres casos conocidos como:

de la República a constituir un Consejo que evalúe y proponga medidas anticorrupción. El resultado fueron 260 medidas concretas para los 21 temas clasificados en cinco capítulos que contuvo el informe. Todo lo ocurrido ha hecho más notoria la evidente preocupación por evitar los excesos del poder, ejercer una mejor supervisión del mismo y restringirlo, cuidando la legitimidad que el poder debe guardar con celo. En definitiva, manteniendo el poder dentro de sus márgenes institucionales lo que se persigue es la supervivencia de la libertad, ello por cuanto, en un sistema democrático, según lo advierte Valadés: «Tanto mayor sea la órbita de influencia del poder, tanto más restringida será la de las libertades individual y colectiva, y viceversa» (Valadés, 2006: 2).

Ahora bien, la construcción más sólida que tenemos para este objetivo es el Estado de Derecho que proviene de la dogmática alemana que básicamente se sustenta sobre los principios de legalidad, responsabilidad y el control judicial de la acción administrativa, institutos con los que se ha hecho frente a los excesos del poder público. Sin embargo, el auge de las TIC's, la globalización y las redes sociales han reforzado la participación de los ciudadanos, facilitando que ésta se torne más activa y más directa y, en consecuencia, también más incidente o con mayor capacidad de intervención e influencia en la toma de decisiones de carácter público, características de la *democracia participativa* en contraposición o más bien, buscando superar cualitativamente la *democracia representativa*. Vinculados al modelo de democracia participativa se puede reconocer la Ley 20.500 que introduce la participación ciudadana en la gestión pública,⁶ pero también se encuentra el derecho de acceso a la información (DAIP) en torno al cual se viene afianzando un poderoso sistema de control. Sin embargo, el DAIP por sí solo no es un instrumento omnímodo que pueda neutralizar los riesgos de corrupción. En consecuencia, en aras de potenciar la eficacia del derecho de acceso a la información éste debe actuar en el marco de una mayor transparencia, junto a otros instrumentos de control como la rendición de cuentas y el instituto de la responsabilidad.

Las clasificaciones de los controles son muy diversas y atendiendo a distintos criterios, así desde la perspectiva del ámbito de actuación, Loewenstein habla de controles verticales y horizontales, estos últimos que operan dentro del aparato estatal pueden ser intra o interorgánicos y pueden denominarse más simplificadaamente controles internos o externos. Los controles verticales «operan entre todos los detentadores constitucionales del poder y las fuerzas sociopolíticas de la sociedad estatal» (Huerta, 2010: 108), por lo que el acceso a la información pública se debe observar como un control vertical del poder.

El acceso a la información pública se erige no solo como un derecho sino como un mecanismo de control social que cobra cada vez más relevancia pues permite canalizar

«MOP GATE»; «Caso Coimas»; «Caso Inverlink-Banco Central»; «Caso Sobresueldos»; «Caso Inverlink-CORFO», etc.

6. Por esta ley se obliga a los órganos de la Administración del Estado a establecer las modalidades formales y específicas de participación que tendrán las personas y organizaciones sociales en el ámbito de su competencia.

esa preocupación ciudadana por conocer y observar con luminosidad los entresijos del ejercicio del poder. La cláusula de Estado democrático y participativo que reconoce nuestra Constitución Política hace necesario el derecho de acceso a la información, derecho que se relaciona y se confunde con la noción de transparencia y con el principio de publicidad. A fin de comprender el nuevo derecho en su dimensión de mecanismo de control que desde hace algunos años (menos de una década) se ha ido perfilando en nuestro sistema y coadyuvar a su perfeccionamiento, es necesario distinguir adentrarnos a diferenciar entre transparencia, derecho de acceso a la información pública y publicidad como categorías y conceptos diferentes, así como señalar cómo se proyecta esta distinción en la práctica.

El derecho de acceso a la información pública, la publicidad y la transparencia de la función pública, nociones diferentes pero complementarias e interdependientes

En muy común en nuestro medio emplear las expresiones «derecho de acceso a la información pública», «transparencia» y «publicidad» como sinónimos, es decir, confiéndoles el mismo significado. Esta confusión trae causa reciente de la Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública (LAIP) que en su artículo primero sanciona la Ley de Transparencia (LT), un texto que asocia naturalmente los tres conceptos a los que se dedicará este apartado. De este modo, la Ley de Transparencia aprobada por el artículo primero de la Ley 20.285, señala que su finalidad es regular:

- El principio de *transparencia* de la función pública;
- El *derecho de acceso a la información* de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo; y
- Las excepciones a la *publicidad* de la información (Ley 20.285, 2008: Art. 1°)

De estos enunciados podemos desprender que la transparencia y acceso a la información no son la misma cosa, aunque sí están muy relacionadas y una implica a la otra. Este dato lo tuvo muy claro el legislador de 1.999, en la Ley de Probidad Administrativa 19.653. La transparencia se predica en general de la función pública, refiriéndose más bien a una forma de ejercer esa función pública, vale decir, a «*un modo de hacer las cosas*» que «*deje ver*» o «*traslucir*» para poder ser observados por la ciudadanía (Delpiazzo, 2003: 46)⁷, de modo que esa forma de actuar permita conocer y comprender con diafanidad el actuar material y formal de todo aquel que desempeña una función pública (autoridades, funcionarios, agentes públicos, etc.). A ello se refería el antiguo

7. Delpiazzo distingue entre la transparencia y la publicidad, no obstante reconocer su complementariedad en un sistema republicano y democrático, de este modo afirma que: «el principio de transparencia supone algo más... se quiere dar un paso más respecto a la publicidad... como que la publicidad implica mostrar, pero la transparencia implica algo más que mostrar, implica dejar ver; simplemente que el actuar de la Administración se deje ver como a través de un cristal.»

inciso 2º del artículo 11 bis introducido por la Ley 19.653, de Probidad Administrativa, en la Ley 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado, cuando ordenaba que la «función pública se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella» (Ley 18.575, 1986: Art. 11 bis, inc. 2º)⁸. Por lo que respecta a la actuación formal de la Administración, la transparencia debe expresarse en la motivación del decreto o resolución, esto es, en la justificación adecuada de las decisiones administrativas que la ley (Ley 18.575, 1986: Arts. 11 y 41 inc. 4º) ha convertido en un deber jurídico (Dictamen 14.000; 2017)⁹ surgiendo como contrapartida un derecho del ciudadano para reclamar la fundamentación de las decisiones administrativas amparado en los principios de juridicidad, probidad e imparcialidad. Por su parte, la transparencia de la actuación material que despliega la Administración para el cumplimiento del interés general se debe expresar en toda la actividad que desarrolla la organización administrativa, demandando de las magistraturas y funcionarios una forma de actuar que destile nitidez y evite los dobleces no solo en su actuación externa, sino también en la interna que es donde se forjan las decisiones.

En seguida, es fácil constatar que la transparencia es más amplia que el derecho de acceso a la información pública, la precede y la favorece de modo directamente proporcional por lo que a mayores niveles de transparencia habrá más acceso a la información pública. Esta forma de entender el principio de transparencia permite –como lo señala Carbonell- reconocer que la transparencia al mismo tiempo es una política pública adoptada por el Estado en todos sus niveles de gobierno para que éste sea una casa de cristal de modo que todos, desde la sociedad civil, puedan observar exactamente qué es lo que está pasando dentro de esa casa de cristal (Carbonell, 2009). De este modo, la transparencia se convierte en una aliada de la regeneración de la vida pública y la recuperación del prestigio de las instituciones.

Por su parte, la publicidad es otra noción que se complementa con el principio de transparencia y con el derecho de acceso a la información. Mientras que la publicidad se entiende referida a notificar o publicar;¹⁰ es decir, dar a conocer o comunicar, la transparencia se refiere a que el actuar público se realice de tal modo que permita dejar

8. Transparente según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua evoca un adjetivo «dicho de un cuerpo: a través del cual pueden verse los objetos claramente».

9. Recientemente por el dictamen citado, el Órgano Contralor hace hincapié que, aún en el ejercicio de potestades discrecionales, las decisiones administrativas deben adoptarse sustentadas en los antecedentes recabados con criterios de objetividad que las legitimen: «[...] pese a tratarse de una atribución discrecional del Director del SII, resulta indispensable que las decisiones que adopte en la materia tengan un fundamento racional, ya que, conforme al principio de juridicidad, es importante que estas no obedezcan al mero capricho de la autoridad, sino a criterios objetivos que le otorguen legitimidad, por lo que lo que resuelva sobre el particular requiere tener un sustento en los antecedentes recabados al efecto».

10. De ahí que el Capítulo III de la Ley 19.880, Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, al regular la publicidad de los mismos se refiere a la notificación y publicación de los actos administrativos.

pasar la luz para observar nítidamente lo que ocurre dentro. Así, lo explicó el profesor Pantoja, en la tramitación de la Ley 20.050 de Reforma Constitucional, cuando se discutía el tenor del nuevo artículo 8° CPR, manifestando que respecto de la publicidad:

A nivel constitucional se entiende que es una norma implícita dentro de la Carta Fundamental. El hecho de que Chile sea una República democrática implica que las autoridades públicas responden a la sociedad; por lo tanto, tiene a disposición de los ciudadanos los actos y da cuenta de ellos. Sólo excepcionalmente la Constitución establece el secreto. Ello ocurre tratándose de las discusiones o deliberaciones de tratados internacionales –cuando así lo exija el Primer Mandatario– y de la correspondencia privada (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2008: 143).

Además, explicó que si bien la ley de probidad administrativa había ampliado el sentido de la publicidad comprendiendo dentro de ésta el dar a conocer y tener siempre a disposición de la ciudadanía los actos de la Administración se entiende que ésta está referida estrictamente a los actos formales de la Administración (Ley 18.575, 1986: Art. 11 bis, inc. 3°),¹¹ lo que nos permite distinguir los distintos niveles en que operan la publicidad y la transparencia, el primero en la actividad formal y la segunda en una esfera más amplia que incluye la actividad material.

Como las exigencias del principio de transparencia son más amplias que las que conlleva la noción de publicidad, la interpretación del artículo 5° de la Ley de Transparencia (Ley 20.285, 2008: Art. 5°)¹² debe considerar esta particularidad sin hacerlos equivalentes, pues ello tendría un efecto de tornar inoperativa una de las nociones. El deber de publicidad que recae sobre los actos administrativos y los procedimientos que se empleen para su aprobación, incluyendo los fundamentos y los documentos que en ellos consten, sólo se refiere a una parcela de lo comprendido por el principio de transparencia de modo que hacerlo equivalente a ésta reduciría la transparencia al ámbito de la actuación formal (procedimental y decisional).

La transparencia es una noción en permanente conquista de los espacios en donde la suerte del interés público está comprometida por lo que si bien su *vis* es amplia es siempre saludable que permanentemente continúe en crecimiento mientras los pasillos silenciosos del Estado vayan disminuyendo. La vastedad del campo conquistado por la transparencia ha sido reconocida en la práctica por el legislador al aprobar algunas de las medidas que integran la Agenda de Probidad y Transparencia impulsada por el Gobierno con el objetivo de «mejorar de manera sustancial la calidad de la política y el ejercicio de la actividad pública» (Gobierno de Chile, 2017). En cumplimiento de

11. En el sentido mencionado el artículo citado, introducido por la Ley 19.653, de Probidad Administrativa en la Ley 18.575, preceptuaba: «Son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial».

12. El citado precepto dispone: «en virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece la ley...».

esta Agenda se han sancionado leyes que apuntan a fijar normativas que se conectan con los principios de probidad y transparencia que garanticen un financiamiento de la política más transparente (Ley 20.900, 2016)¹³, resguarden la transparencia de las elecciones (Ley 20.860, 2015),¹⁴ revitalicen los partidos políticos (Ley 20.915, 2016)¹⁵ y coadyuven a recuperar la confianza ciudadana en sus representantes (Ley 20.870, 2015)¹⁶ (Ley 20.880, 2016)¹⁷ y en los servidores públicos (Ley 20.922, 2016)¹⁸ (Ley 20.955, 2016).¹⁹

Respecto del derecho de acceso a la información pública éste ha sido configurado como un derecho. No obstante, a raíz de los pronunciamientos más recientes del Tribunal Constitucional en materia de inaplicabilidad, dado que no está expresamente aludido en el artículo 8° CPR, lo que está en discusión es si se trata de un derecho de rango constitucional o legal (Camacho, 2014: 149-157) (Zambrano, 2015: 871-922) (Zambrano, 2016)²⁰ además del ámbito que comprende su ejercicio. La implicancia de esta definición no es menor por cuanto, como ya sosteníamos antes, «el reconocer el derecho de acceso a la información como un derecho fundamental constituye un instrumento de protección del derecho mismo» (Camacho, 2014: 152), ello por cuanto, siguiendo a Ferrajoli (Ferrajoli, 2009: 19-56), si es un derecho constitucional la Constitución misma se erige como garante de este derecho. En definitiva, el derecho de acceso a la información pública que es una subespecie del derecho general a recibir información, si bien no está aludido expresamente en nuestra Constitución Política está implícitamente reconocido no en declaraciones generales como la que define a Chile como una república democrática (Constitución Política de la República, 1980: Art. 4°) sino más específicamente en el reconocimiento constitucional a «la libertad de emitir opinión y la de informar» (Constitución Política de la República, 1980: Art. 19 núm. 12 CPR). Esta disposición constitucional instituye la «libertad de palabra», rasgo definidor de la democracia liberal sin la cual difícilmente se puede reconocer un sistema como democrático, pues envuelve la libertad de pensamiento base fundante de la ciudadanía. Lo afirmado está en conso-

13. Llamada «de Fortalecimiento y Transparencia de la Democracia», cambia las reglas más controvertidas en materia de financiamiento de las campañas electorales.

14. Ésta fue una reforma constitucional que otorgó autonomía constitucional al Servicio Electoral.

15. También conocida como la «Nueva ley de Partidos Políticos».

16. Apuntando a esta finalidad, esta ley la cesación en los cargos de Parlamentario, Alcalde, Consejero Regional y Concejal, por infracción grave a las normas sobre Transparencia, Límites y Control del Gasto Electoral.

17. Esta ley, centrada en la probidad en la función pública, principalmente aumenta las obligaciones de transparencia en las declaraciones de intereses y de patrimonio de las magistraturas y altos cargos públicos.

18. Esta nueva normativa entrega nuevas competencias para el fortalecimiento de los municipios a fin de que ello les permita avanzar en la profesionalización de sus funcionarios

19. Llamada de «Fortalecimiento de la Alta Dirección Pública» que, entre otras, le permite a la Dirección Nacional de Servicio Civil impulsar la aprobación de Códigos de Ética en los servicios públicos.

20. El primer texto citado hace referencia a la compleja situación que han originado las más recientes sentencias del Tribunal Constitucional; el segundo, a los fundamentos del derecho de acceso a la información pública en los tratados internacionales y el tercero trata sobre el reconocimiento como derecho fundamental al derecho de acceso:

nancia con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que en esta materia aceptó la doctrina de los derechos implícitos sosteniendo que: «aun cuando en el texto definitivo de la Constitución no fue enunciado directamente el derecho a recibir información, éste forma parte natural y se encuentra implícito en las libertades de opinión e información, porque de nada sirven estas libertades si no tienen destinatarios reales».²¹ Ello permite comprender que para el Tribunal Constitucional el derecho de acceso a la información pública «más bien, se encuentra reconocido implícitamente en el artículo 19 12 de la Constitución» (Sentencia del Tribunal Constitucional, rol 634-06, 2007, considerando 9°) (Sentencia del Tribunal Constitucional, rol 2153-11, 2011: considerando 15°).²²

Más aún, el derecho de acceso a la información también se refuerza en lo ordenado por el inciso 2° del artículo 8° CPR. Hay elementos de contexto, por todos conocidos, que explican el interés de los parlamentarios de las bancadas oficialistas y de la oposición por introducir el citado precepto en nuestra Carta Política²³. Es claro que el constituyente al aprobar la reforma constitucional, en 2005, buscó corregir la situación crítica que se había configurado en relación con el derecho de acceso (caracterizada porque el secreto se tornó en la regla) (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2008),²⁴ a través del reconocimiento de un vasto ámbito de transparencia y publicidad. A este objetivo se aplicó el segundo inciso del nuevo artículo 8° CPR que finalmente se aprobó. Cabe destacar que respecto de este artículo hubo dos mociones en el Senado de dos grupos de senadores pertenecientes a una de las dos coaliciones más importantes de aquella época (la Concertación (Senado de la República de Chile, 2000)²⁵ y Alianza por Chile (Senado de la República de Chile, 2000)²⁶). Desde la perspectiva de la publi-

21. Control preventivo de constitucionalidad de proyecto de ley referente a la libertad de expresión, información y ejercicio del periodismo.

22. En este fallo, «Casas Cordero con el Director Nacional de Aduanas», el Tribunal Constitucional declaró qué: «es posible afirmar que el derecho de acceso a la información pública se encuentra reconocido en la Carta Fundamental –aunque no en forma explícita– como un mecanismo esencial para la vigencia plena del régimen democrático y de la indispensable asunción de responsabilidades unida a la consiguiente rendición de cuentas que éste supone por parte de los órganos del Estado hacia la ciudadanía»

23. Se ha de destacar la afectación de la imagen internacional a raíz de la condena de la Corte Interamericana en el caso Claude y otros vs. Chile por violación al derecho a la información contenido en el artículo 13 del Pacto San José de Costa Rica; y la reacción que produjo la reducción a mínimos caricaturescos del principio de publicidad, situación generada bajo el amparado del D.S. 026/MINSEGPRES/2001, Reglamento sobre Secreto y Reserva de actos y documentos de la Administración.

24. Esto lo demuestran las dos mociones presentadas de las alianzas políticas más importantes de aquel entonces en el Congreso Nacional que apuntan a introducir un nuevo artículo 8 en la Constitución. De acuerdo a la Historia de la tramitación del proyecto de ley de reforma constitucional, el Senado por acuerdo en Sala decide refundir los boletines 2.534-07 y 2.526-07 para iniciar el primer trámite constitucional.

25. La moción en este caso (Boletín 2534-07) fue suscrita por los señores senadores: José Antonio Viera Gallo Quesney, Enrique Silva Cimma, Juan Patricio José Hamilton Depassier y Sergio Bitar Chacra.

26. En este caso presentaron la moción (Boletín 2526-07) los señores senadores: Hernán Larraín Fernández, Sergio Eduardo de Praga Diez Urzúa, Sergio Romero Pizarro y Andrés Pío Bernardino Chadwick Piñera.

cidad, la moción de ley de la Concertación era más limitada²⁷ que aquella presentada por la Alianza por Chile,²⁸ mereciendo destacarse que esta última se refiriese a que son públicos «*las actuaciones de los órganos del Estado*» y a «*los documentos que obren en su poder*». Con esta fórmula se refería tanto a la actuación material como formal de los órganos del Estado y no lo vinculaba a la actuación formal decisional contenida en una resolución. Dada la coincidencia en el objetivo la Sala del Senado acordó refundir los boletines en el primer trámite constitucional.

Durante la tramitación en el Senado se presentaron indicaciones (Senado de la República de Chile, 2002), entre las que destacan las presentadas por el Presidente de la República, en el sentido de sugerir la sustitución del inciso segundo del artículo 8 por el siguiente: «*Son públicos los actos administrativos de los órganos del Estado...*», quedando claro que esa redacción indiscutiblemente circunscribiría la publicidad a la actuación formal expresada a través de actos administrativos, y sólo por excepción expresa la indicación proponía que se extendiese «también [a] los informes y antecedentes que las empresas privadas que presten servicios de utilidad pública proporcionen a las entidades estatales encargadas de su fiscalización» siempre y cuando «sean de interés público». Si bien el empleo de la categoría «acto administrativo» no quedó la redacción en este trámite acogió la idea de fondo sustituyéndola por «resolución». Otras indicaciones se orientaron a ligar el ejercicio de la función pública con la transparencia (senador Espina), a referir que son «públicas las actuaciones o resoluciones» (senador Urenda), pero ninguna de ellas fue acogida.

La Comisión de Constitución en el Primer Trámite Constitucional, acordó recomendar la modificación de la Carta Política en términos bastante parecidos a los que finalmente se sancionó en la Ley 20.050,²⁹ solo que en esa oportunidad el inciso se-

27. La moción de los senadores Bitar, Hamilton, Silva y Viera-Gallo rezaba así: «Artículo 8°. Toda función pública deberá desempeñarse de modo intachable, dando preeminencia al interés general sobre el particular, y de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella.

Le corresponderá a la ley señalar la forma en que se cautelará la probidad de quienes representen a órganos públicos en cualquier empresa del Estado u organismo que esté sometido, total o parcialmente, a la legislación común aplicable a los particulares, o tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.» (Boletín 2534-07).

28. La moción de los senadores Larraín, Chadwick, Romero y Diez, proponía el siguiente texto: «Artículo 8°. Las personas que ejerzan una función pública de cualquier naturaleza o representen al Estado en cualquier empresa o institución deberán conservar estrictamente el principio de probidad que exige un desempeño honesto, con prescindencia de cualquier interés ajeno al interés público.

Las actuaciones de los órganos del Estado y los documentos que obren en su poder son públicos, sin perjuicio de la reserva o secreto que se establezca con arreglo a la ley en casos en que la publicidad afecte al debido cumplimiento de las funciones de tales órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

La ley determinará la forma de garantizar el cumplimiento de este artículo y regulará las responsabilidades por infracción a sus normas.»

29. Finalizado el debate, por unanimidad, la Comisión acordó recomendar la aprobación de la siguiente

gundo predicaba la publicidad exclusivamente de «las resoluciones de los órganos del Estado»,³⁰ dato no menor. De haber quedado en esos términos el actual texto constitucional no se hubiera producido mucha diferencia con el régimen vigente en aquel entonces que se había demostrado totalmente insuficiente. La Ley de Probidad Administrativa 19.653 limitaba la publicidad a la expresión formal de potestades de los órganos administrativos que toman la forma de actos administrativos.

Sin embargo, el constituyente quiso -y así lo estatuyó- un régimen más extenso de publicidad con la fórmula «*Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado*». Al revisar la redacción actual del artículo 8 CPR se deduce que el constituyente entiende que la noción «actos» no es coincidente con la noción «resoluciones» de lo contrario hubiera empleado la disyunción «o» y no la conjunción «y». Se puede criticar la fórmula empleada pero no se puede pasar por alto lo que señala el texto constitucional (Camacho, 2010: 59-60). Como es aceptado por los parlamentarios «la Constitución Política utiliza las palabras en el sentido natural del lenguaje proporcionado por el diccionario de la lengua castellana» (Senado de la República de Chile, 2001), por lo que es razonable señalar que el término «acto» debe entenderse en el sentido que señala el Diccionario de la Real Academia Española que lo define como «acción» con dos acepciones: *ejercicio de la posibilidad de hacer*, así como *resultado de hacer*. Ambos significados nos remiten a la actuación sustancial de los órganos del Estado. En el caso particular de la Administración esta fórmula permite abarcar las diversas formas de la actividad administrativa, tanto la actuación jurídica o formal (actos administrativos y contratos) como la actuación sustancial o material, «comprendiendo dentro de ésta aquellas actuaciones que se reconocen como hechos administrativos a través de los cuales se hace efectivo el comportamiento material o actividad física de los órganos administrativos» (Camacho, 2010: 84).

El enunciado del artículo 8 CPR, a su vez, permite un extenso ámbito para el ejercicio del derecho de acceso a la información pública. Por cierto, mucho más amplio que el que se había reconocido por el artículo 11 bis de la LOCBGAE fue introducido, en 1999, por la Ley de Probidad Administrativa 19.653 (Dictamen 35.259, 2000) (Dictamen 4.228, 2002)³¹. Ello fue la tónica de las intervenciones producidas durante los debates de

modificación a la Carta Fundamental:

Incorporar el siguiente artículo 8.º, nuevo:

«Artículo 8º - El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al deber de probidad en las actuaciones en que les corresponda intervenir.

Son públicas las resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, la ley podrá establecer la reserva o secreto de aquéllas o de éstos, cuando se afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.»

30. Otro añadido importante que en la tramitación también se realizó fue remitir a la ley de quórum calificado y no a la ley común para el establecimiento de la reserva o secreto.

31. La Ley de Probidad Administrativa había circunscrito el deber de publicidad a los «actos administrativos y sus fundamentos y complementos directos y esenciales»; por consiguiente, el derecho de acceso

la tramitación del proyecto (Senado de la República de Chile, 2001)³² y también de representantes del Gobierno en aquella época reconocieron que la referencia en el artículo 8 CPR a «los actos y resoluciones» (Constitución Política de la República, 1980: Art. 8°), claramente suponía ampliar los márgenes de publicidad a la que estaban obligados los órganos del Estado³³, afirmando que:

La expresión «actos» utilizada por el texto constitucional no es equivalente a «acto administrativo» en los términos que define la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, sino que abarca todo tipo de actuaciones, sean o no de las que ponen término a un procedimiento, sean o no de aquellas que contienen una decisión final. De este modo, ya no resulta procedente denegar el acceso porque la información solicitada no corresponda a un acto administrativo terminal ni a documentos que le sirvan de complemento directo o esencial (Ministerio Secretaría General de la Presidencia, 2006).

a la información pública se hacía posible exclusivamente respecto de la actividad formal de los órganos administrativos. Así fue interpretado por la Contraloría General de la República para la cual el derecho de acceso no surgía si no existía acto administrativo (decreto, resolución o dictamen). En esta línea de interpretación se expresó en el primer Dictamen citado, que subrayaba: [...] resulta evidente que una petición de dictamen a este órgano de Control, o una solicitud de reconsideración de su jurisprudencia vigente, no constituyen actos administrativos decisoriales en los términos que lo previene la norma que se analiza, al no contener en sí mismas una resolución sobre alguna materia determinada, de modo tal que, conforme lo señala esa Subsecretaría, la regulación del artículo 11 bis de Ley 18.575 no ampara al recurrente para los efectos de obtener copia del documento que le interesa». Criterio enfatizado por el Dictamen 4.228/2002, que en relación con el deber de publicidad de los actos administrativos contenido en el artículo 13 (ex artículo 11 bis) inciso 3° de la LOCBGAE, sanciona: «la jurisprudencia administrativa -mediante Dictamen 35.259, de 2000- ha manifestado que [...] la norma referida sólo regula los actos administrativos decisoriales...».

32. Durante la tramitación de la reforma constitucional sólo hubo una intervención que receló de la amplitud de la transparencia y publicidad, esta fue la alocución del senador Viera-Gallo, quien recordó el proyecto presentado por el ex Presidente Frei Ruiz-Tagle, que fracasó a su juicio «porque se consideró que extremaba el principio de transparencia y publicidad». Según el parlamentario «acorde con nuestra idiosincrasia, es menester preservar un equilibrio entre lo que las personas tienen derecho a saber y los documentos o debates internos de los órganos del Estado que no es conveniente que trasciendan a la opinión pública». En consideración a lo cual presentó la alternativa de facultar que «cada organismo pudiera determinar en forma autónoma los casos en que la actuación o documento debe mantenerse en reserva» porque según continuó «llega[ríamos] a un grado de transparencia completa de los órganos del Estado, para lo cual, en su opinión, nuestro país no está preparado», reiterando que «la transparencia absoluta podría traer consecuencias indeseables para el funcionamiento del Estado, de manera que insistió en buscar el necesario punto de equilibrio en esta materia».

33. Cabe recordar las «Orientaciones en materia de transparencia y publicidad de los actos de la Administración» que, mediante Oficio 72, de 2006, el Ministerio Secretaría General de la Presidencia envió, entre otros, a todos los Ministerios, Subsecretarios, Intendentes Regionales, así como a través de ellos a los servicios dependientes y relacionados con cada una de esas carteras o reparticiones. En estas orientaciones se señala: «El derecho de acceso a la información de la Administración puede ejercerse, en principio, respecto de todo acto o resolución de los organismos públicos, conceptos que por la reforma constitucional resultan más amplios que los consagrados en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado».

Con esta interpretación se comprende por qué no es necesaria la expresa alusión de que puede accederse a los documentos que la Administración reciba de los particulares (salvo, claro está, que concurra una causal de reserva) ni puede justificarse su reserva en que dicha información no constituye fundamento ni complemento de un acto administrativo. Es bastante común que la Administración reciba información suministrada por los particulares, pues éstos deben cumplir con deberes de informar a la autoridad (Sentencia del Tribunal Constitucional, sentencia rol 2505-13, 2014) (Sentencia del Tribunal Constitucional, sentencia rol 2558-15, 2015)³⁴. En estos casos, la Administración está ejerciendo una potestad (de ordenación) sobre los particulares, constituyendo una de las formas de actuación sustancial de este poder público. Si entendemos que bajo el sustantivo *acto* del artículo 8 CPR se están comprendiendo las diversas formas de actuación sustancial no se puede sostener que la actividad que desarrolla la Administración al recibir información por parte de los particulares fiscalizados no está comprendida por los deberes de publicidad³⁵. De esta forma si la actuación material de recibir información (en ejercicio de las funciones que el órgano debe cumplir) está comprendida en la alusión «son públicos los actos» no es necesario que el constituyente manifieste esta prevención expresamente (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 2558-15, 2015: considerando 9^o)³⁶.

34. Así lo entendió el Tribunal Constitucional en la primera sentencia citada, bajo la presidencia de la Ministra Marisol Peña. En esta sentencia el voto de mayoría se fundó en lo expresado en la tramitación de la Ley 20.285, por el diputado Bustos en el sentido que «... ahora cualquier persona puede pedir a la Administración Pública la información que estime necesaria o que crea conveniente» y en lo expresado por el Ministro de la Secretaría General de la Presidencia, J.A. Viera-Gallo que «... la norma es la publicidad; la excepción, la reserva. Y así se busca un equilibrio entre transparencia del Estado frente a los ciudadanos y un ámbito de toma de decisiones que sea autónomo de la autoridad, que asume la decisión, pero una vez asumida ésta es pública» (Considerando Vigésimo). La frágil coherencia de la jurisprudencia constitucional debido a los cambios en la correlación de la composición de sus ministros, explican que pocos meses después, en la segunda sentencia citada, la que fuera voto en minoría en la citada sentencia rol 2.505 pasara a ser voto en mayoría bajo la presidencia del ministro C. Carmona dando un vuelco a la definición de si la información proporcionada por las empresas privadas a los entes fiscalizadores era o no alcanzada por el derecho de acceso a la información pública.

35. Incluso en el régimen que introdujo la Ley de Probidad, se comprendía que la publicidad también se extendía «a los informes y antecedentes que las empresas privadas que presten servicios de utilidad pública y las empresas a que se refieren los incisos tercero y quinto del artículo 37 de la Ley 18.046, sobre Sociedades Anónimas, proporcionen a las entidades estatales encargadas de su fiscalización, en la medida que sean de interés público, que su difusión no afecte el debido funcionamiento de la empresa y que el titular de dicha información no haga uso de su derecho a denegar el acceso a la misma, conforme a lo establecido en los incisos siguientes».

36. Lamentablemente el Tribunal Constitucional en la sentencia citada, emanada el 15 de enero de 2015, se aparta de este criterio (contenido en la Sentencia rol 2.505), excluyendo del DAIP los informes que entregan las empresas privadas a sus fiscalizadores. De este modo, según el Tribunal Constitucional «nuestra primera ley de acceso a la información [...] establecía el acceso a la información de los informes y antecedentes de empresas privadas, si éstos debían ser proporcionados a las entidades encargadas de su fiscalización, en la medida que fueran de interés público. Esta norma desapareció de la Ley 20.285» (Con-

Ciertamente, como señala el Tribunal Constitucional la expresión «*actos y resoluciones*» es «suficientemente amplia como para comprender, de manera genérica, la forma en que los órganos del Estado expresan su voluntad... pues caben aquí las leyes» (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 1990-11, 2012: considerando 21°), pero la reducción que hace del término en el caso de las dimensiones de la actuación de la Administración que son comprendidas en la publicidad limitando sólo a la actuación formal: acto administrativo (decreto, resolución o dictamen) y sus fundamentos, nos reconduce en la práctica al sistema superado de la Ley de Probidad Administrativa de 1999 e incluso lo configura más limitado pues rompe la relación natural entre «*publicidad*» e «*información*». Así el Tribunal ha sentenciado que «el acceso a la información no recae sobre todo lo que hace o tienen los órganos del Estado, sino que sólo sobre sus actos y resoluciones, sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. La Constitución no habla de información» (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 2153-12, 2013: considerando 10°). Más aún, para el Tribunal Constitucional la información que obra en poder de los órganos de la Administración *no tiene que ver con lo que dice el artículo 8° CPR* (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 2153-12, 2013: considerando 64°)³⁷. En consecuencia, lo dispuesto en el artículo 5 inciso segundo de la Ley de Transparencia, excede lo previsto en la Carta Constitucional y pugna con ella, pues «va más allá de lo que el constituyente estimó debe publicarse» (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 2153-12, 2012: considerando 66°).

Si embargo, la Constitución Política cuando se refiere a «actos» de la Administración o del Gobierno no se está refiriendo exclusivamente a la actuación formal contenida en un decreto o resolución (y por ampliación al dictamen). Esto es lo que, sin duda, sucede con el artículo 52 CPR que confiere potestad fiscalizadora a la Cámara de Diputados sobre «*los actos del Gobierno*» comprendiendo dentro de esta expresión a toda la actuación que éste desarrolla, así como la que ejecuta la organización administrativa dispuesta para el cumplimiento de las funciones de gobierno y de administración del Presidente de la República. Más aún, una de las principales formas de fiscalización que la Cámara lleva a cabo es mediante las solicitudes de información al Gobierno. Recurso

siderando Noveno). Más aún, el Tribunal Constitucional abunda en que: «durante la tramitación de la reforma constitucional que dio origen al actual artículo 8° de la Constitución, se rechazó una indicación del Ejecutivo que hacía públicos «los informes y antecedentes que las empresas privadas que presten servicios de utilidad pública, proporcionen a las entidades estatales encargadas de su fiscalización y que sean de interés público». Concluyendo que «la historia fidedigna de los preceptos apunta a restringir el acceso a la información que las empresas privadas sujetas a fiscalización entreguen a las entidades que las controlan» (Considerando Noveno). Como se advierte, el Tribunal Constitucional aplica el método de interpretación a contrario sin atender a la amplitud de la noción «acto» del artículo 8 CPR lo que lleva a que esta regla no sea susceptible de ser empleada en este caso.

37. El Tribunal considera: «Que el artículo 8 de la Constitución razona sobre la base de decisiones. Por eso habla de actos y resoluciones. Y de lo que accede a éstas: «sus fundamentos» y «los procedimientos que utilicen» [...] En cambio, información elaborada con presupuesto público o información que obre en poder de los órganos de la Administración, no necesariamente tiene que ver con eso».

que la reforma constitucional de 2005 buscó garantizar, pues se consideró que la obtención de la necesaria información es indispensable para el ejercicio cabal de la función de control de la Cámara. De esta forma, si los deberes de publicidad que estatuye el artículo 8 CPR comprenden los «*actos*» –entendida como el conjunto de actuaciones sustanciales- no hay razón para excluir la información asociada a éstos, salvo que ellas estén incursas en una causal de secreto o reserva porque la regla es la publicidad. Este es el sentido de que en el segundo trámite constitucional en la Cámara de Diputados se haya modificado el proyecto que salió del Senado para sustituir la redacción «Son públicas las resoluciones...» por «Son públicos los actos y resoluciones...», fórmula que finalmente permaneció y se concretó en el actual artículo 8 CPR (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2005).³⁸

Como señala el Tribunal Constitucional, si bien el citado precepto «no consagra un derecho de acceso a la información» (Sentencia del Tribunal Constitucional, rol 2153-11, 2011: considerando 15º) ni habla de transparencia, sino que contiene *un mandato de publicidad* la formulación de este mandato fortalece el derecho de acceso a la información pública contenido en el artículo 19 núm. 2. Ello es así, por cuanto al establecer deberes jurídicos de publicidad para los órganos del Estado tiene la virtud de crear una base mínima del derecho. En el inciso 2º del artículo 8 CPR, no solo debemos reconocer que incorpora el principio de publicidad en las Bases de la Institucionalidad, sino que el constituyente al sancionar mandatos expresos va más allá para asegurar una aplicación amplia del principio.

El acceso a la información pública es un derecho universal comprendido en la libertad de expresión. Libertad que está consagrada en los tratados internacionales y conlleva: el derecho a buscar (investigar), recibir y difundir información, opiniones e ideas por cualquier medio. En este sentido, tienen especial valor los Tratados de Derechos Humanos vigentes en Chile (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969: art. 13, sobre Libertad de Pensamiento y de Expresión) (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948: Art. 18), que en virtud del artículo 5 CPR, limitan la soberanía nacional y obligan al Estado a respetarlos y promoverlos por considerarlos como derechos esenciales que emanan de la persona humana.

38. En el segundo trámite constitucional de las reformas a la Constitución Política que se aprobaron por Ley 20.050, el segundo informe de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados de 18 de mayo de 2005, señaló, tal como se observa en el Informe de Comisión de Constitución en Sesión 79. Legislatura 352.: «[...] Por las razones expuestas y por las que señalará oportunamente el señor Diputado Informante, esta Comisión recomienda aprobar el proyecto de conformidad al siguiente texto: [...] 4.- Incorporarse el siguiente artículo 8º, nuevo:

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

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

El constituyente tomó la precaución de fijar las únicas excepciones que podrían exceptuar de la publicidad, pues como resolvió el órgano custodio de la Constitución:

Acorde a la naturaleza del derecho reconocido por la Constitución que tiene el acceso a la información pública, aunque lo sea de forma implícita, la propia Carta Fundamental ha reservado a la ley y, específicamente, a una ley de quórum calificado, el establecimiento de las causales de secreto o de reserva que haciendo excepción a la vigencia irrestricta del principio de publicidad en la actuación de los órganos del Estado, permiten limitarlo vedando, consecuentemente, el acceso a la información requerida (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 634-06, 2006: considerando 10°).

Por ello, no es errado que el legislador al regular el derecho de acceso a la información, específicamente al referido al acceso de la información de la Administración del Estado tome como punto de partida estos deberes jurídicos como contenido mínimo del derecho y amplíe su contenido preceptuando: «El acceso a la información comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones» (Ley 20.285, 2008: Art. 10, inciso 2°) para enseguida añadir que también abarca las «actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales» (Ley 20.285, 2008: Art. 10, inciso 2°). Todo ello está en consonancia con la declaración de que «es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración» (Ley 20.285, 2008: Art. 5°, inciso 2°). De este modo, no se contraponen los mandatos de publicidad del artículo 8 CPR con la extensión del derecho de acceso a la información pública fundado en el artículo 19 núm. 12 CPR que el legislador regula en la Ley de Transparencia, respetando las excepciones fundadas en las causales constitucionales. Sin embargo, como se ha señalado preocupa que en algunas sentencias de inaplicabilidad que si bien tienen efectos exclusivamente particulares (Rupano, 1997: 107-112), el Tribunal opte por una interpretación restrictiva del derecho de acceso a la información pública confundiéndolo con los mandatos de publicidad, así sostiene que «el acceso a la información no recae sobre todo lo que hacen o tienen los órganos del Estado, sino sólo sobre sus actos y resoluciones, sus fundamentos y los procedimientos que utilicen» (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 2246-12, 2013: considerando 22°) (Sentencia del Tribunal Constitucional, rol 2153-11, 2012: considerando 15°). Por un lado, no se comprende que el Tribunal Constitucional reconozca que el derecho de acceso a la información se encuentra reconocido (implícitamente) en el artículo 19 núm. 12 CPR y no en el artículo 8 CPR (que ni habla de acceso ni de información) y luego, limita el ámbito del ejercicio del derecho a lo señalado en los mandatos de publicidad del artículo 8 CPR. Con ello, subordina el derecho constitucional de recibir información pública al principio de publicidad tornándolo dependiente de éste. Por ello, para no incurrir en esta confusión se hace necesario distinguir en forma sistemática la diferencia categorial, conceptual y práctica que hay entre publicidad, derecho de acceso a la información pública y transparencia, objetivo que ha guiado el presente apartado.

En suma, las nociones técnico-jurídicas como transparencia, derecho de acceso a la información pública y publicidad tienen un sentido y alcance no coincidente pues tienen finalidades diferentes, pero al mismo tiempo son conceptos que sí son complementarios y sobre todo interdependientes. Si pudiéramos graficarlos en círculos concéntricos el núcleo lo constituiría la publicidad que expresa el deber de comunicar, dar a conocer y notificar los actos de la autoridad, sus procedimientos y fundamentos. El siguiente círculo sería el derecho de acceso a la información (dirigido a obtener aquella información que no se dispone públicamente y que no está sujeto a reserva). Finalmente, ambos -publicidad y derecho de acceso- se nos presentan circundados por la transparencia de la actuación de los órganos del Estado que alude a la expansión de la luminosidad a toda la actuación estatal a fin de propiciar que pueda ser observada con la nitidez de la «casa de cristal», y también más allá de las estructuras públicas la transparencia tiende a extenderse a todo lo que afecte el interés general.³⁹

En definitiva, de todo lo expuesto se puede concluir que la transparencia es la noción más amplia, si empleamos la analogía podría decirse que la transparencia es el ambiente adecuado en el que deben desarrollarse tanto la publicidad como el derecho de acceso a la información. Mientras más amplio y profundo sea el alcance de la transparencia mayor propensión habrá para la publicidad y para favorecer el acceso a la información pública.

Conclusiones

La diferencia entre transparencia, derecho de acceso a la información y deber de publicidad nos permite avizorar un poderoso sistema de control social participativo fundado en la transparencia que mejora la calidad democrática y afianza el Estado de Derecho.

Las tres nociones que se han confrontado conllevan distintas modalidades de control del poder diferenciadas más bien por el grado o intensidad que cada una conlleva. De este modo, se potencia que los ciudadanos puedan ejercer un eficaz control sobre los gobernantes, funcionarios y los poderes públicos, todo lo cual coadyuva al mejoramiento del desempeño del gobierno y los resultados de los esfuerzos anticorrupción que se vienen haciendo en el país.

La transparencia, el derecho de acceso a la información y los deberes de publicidad constituyen vehículos para hacer efectivo las limitaciones del poder, lograr que el conjunto de acciones que ejecutan los órganos del Estado se mantengan fieles a su finalidad servicial y el respeto de los derechos fundamentales.

39. Por ejemplo, los partidos políticos que no son estructuras estatales, sin embargo, por ley tienen obligaciones de transparencia pública por la importancia que tienen en el funcionamiento del sistema democrático. También, los agentes del mercado financiero, por la relevancia de este sistema, tienen intensas obligaciones de informar y de actuar con transparencia.

Referencias

- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2005). Historia de la Ley de Reforma Constitucional 20.050. Disponible en: <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6131/>
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2008). Historia fidedigna de la Ley 20.285», Disponible en: <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5215/>
- CAMACHO, Gladys (2010). «Algunas Precisiones sobre el Concepto de Información Pública». En Raúl Letelier y Enrique Rajevic (Coordinadores), *Transparencia en la Administración Pública*, Santiago de Chile: AbeledoPerrot-Legal Publishing.
- CAMACHO, Gladys (2010). «La Actividad Sustancial de la Administración». En Rolando Pantoja (compilador), *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo IV*. Santiago de Chile: AbeledoPerrot-Legal Publishing.
- CAMACHO, Gladys (2014). «Constitución y Transparencia». *Revista de Derecho Público*, Edición Especial, 149-157.
- CARBONELL, Miguel (2009). Conferencia en el marco de la Cuarta Semana de la Transparencia organizada por la Comisión para el Acceso a la Información Pública de Puebla (CAIP), 21 de octubre de 2009. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=ehFE3PBB8QU>
- CORTINA, Adela (2014). El anillo de Giges. El País de España, Disponible en: <http://smoda.elpais.com/placeres/el-anillo-de-giges-por-adela-cortina/>
- DELPIAZZO, Carlos (2003). «Control social de la administración y transparencia». *Ius Publicum*, 11, 43-52.
- FERRAJOLI, Luigi (2009). «Derechos Fundamentales». en Antonio De Cabo y Gerardo Pisarello (Editores) *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Editorial Trotta.
- GOBIERNO DE CHILE (2017). *Agenda de Probidad y Transparencia*. Disponible en: www.lasnuevasreglas.gob.cl
- HUERTA, Carla (2010). «Teoría del Control». En Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM (Editor). *Mecanismos Constitucionales para el Control del Poder Político*. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2749/7.pdf>.
- MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA (2006). Oficio núm. 72. Orientaciones en materia de transparencia y publicidad de los actos de la Administración.
- RUPANO, Marida (1997) «Valor Jurídico de las Sentencias sobre Inaplicabilidad de las Leyes». *Revista de Derecho*, VIII, pp. 107-112.
- SENADO DE LA REPÚBLICA DE CHILE (2000) Boletín 2.534-07. Reforma constitucional sobre elecciones de Diputados y Senadores, composición del Senado, integración y atribuciones del Tribunal Constitucional, Fuerzas Armadas, Consejo de Seguridad Nacional, Plebiscito y otras materias que indica. (Véase tramitación en Boletín 2526-07). Disponible en: http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=2534-07

- SENADO DE LA REPÚBLICA DE CHILE (2000). Boletín 2.526-07. Modifica la composición y atribuciones del Congreso Nacional, la aprobación de los tratados internacionales, la integración y funciones del Tribunal Constitucional y otras materias que indica. Disponible en: http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=2526-07
- SENADO DE LA REPÚBLICA DE CHILE (2001). Primer Informe de la Comisión de Constitución del Senado de 6 de noviembre de 2001. Primer Trámite Constitucional de la Ley 20.050 de reforma constitucional.
- SENADO DE LA REPÚBLICA DE CHILE (2002). Boletín de Indicaciones. Primer Trámite Constitucional. Ley 20.050 de reforma constitucional.
- VALADÉS, Diego (2006). El control del poder. México D.F.: UNAM.
- ZAMBRANO, Francisco (2015) «El derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental en el derecho internacional». En Manuel Antonio Núñez Poblete (Editor) La Internacionalización del Derecho Público. Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- ZAMBRANO, Francisco (2016). El derecho de acceso a la información pública en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Balance crítico, Memoria de prueba para optar el Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Normas citadas

- CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, suscrita el 22 de noviembre de 1969 y aprobada en Chile el 5 de abril de 1991.
- DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, adoptada el 10 de diciembre de 1948.
- LEY 18.575, «de Bases Generales de la Administración del Estado», publicada el 05 de diciembre de 1986.
- LEY 20.285, «sobre Acceso a la Información Pública», publicada el 20 de agosto de 2008.
- LEY 20.860, «Reforma Constitucional que otorga autonomía constitucional al Servicio Electoral», publicada el 20 de octubre de 2015.
- LEY 20.870, «establece la Cesación en los cargos de Parlamentario, Alcalde, Consejero Regional y Concejal, por infracción grave a las normas sobre Transparencia, Límites y Control del Gasto Electoral», publicada el 15 de noviembre de 2015.
- LEY 20.880, «sobre Probidad en la función pública que principalmente aumenta las obligaciones de transparencia en las declaraciones de intereses y de patrimonio de las magistraturas y altos cargos públicos», publicada el 05 de enero de 2016.
- LEY 20.900, «para el Fortalecimiento y Transparencia de la Democracia», publicada el 14 de abril de 2016.
- LEY 20.915, «Fortalece el carácter público y democrático de los partidos políticos y facilita su modernización», publicada el 15 de abril de 2016.

LEY 20.922, «Entrega nuevas Competencias para el fortalecimiento de los municipios a fin de que ello les permita avanzar en la profesionalización de sus funcionarios», publicada el 25 de mayo de 2016.

LEY 20.955, «Perfecciona el Sistema de Alta Dirección Pública y fortalece la Dirección Nacional del Servicio Civil», publicada el 20 de octubre de 2016.

Jurisprudencia citada

DICTAMEN DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA 35.259, de 2000.

DICTAMEN DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA 4.228, de 2002

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, sentencia rol 634-06, «Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 13 de la Ley 18.575, presentado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso en la causa caratulada «Lean Casas Cordero, Carlos Eric con Director Nacional de Aduanas», rol 2336-06, seguida ante ese mismo Tribunal.», de 09 de agosto de 2007.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, sentencia rol 1990-11, «Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Pablo Coloma Correa respecto de los artículos 5º, inciso 2º y 21 núm. 1º, letra b; de la Ley 20.285, en los autos rol 541-2011, sobre reclamo de ilegalidad, caratulados «Dirección Nacional del Servicio Civil con Consejo para la Transparencia», del que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago», de 05 de junio de 2012.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, sentencia rol 2153-11, «Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Rodrigo Ubilla Mackenney, Subsecretario del Interior, respecto del inciso segundo, del artículo 5º de la Ley 20.285, de 2008, sobre Acceso a la Información Pública, en la parte que señala «y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento», en los autos sobre reclamo de ilegalidad caratulados «Subsecretaría Interior con Consejo para la Transparencia», de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el rol 6704-2011.», de 11 de septiembre de 2012.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, sentencia rol 2246-12, «Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Claudio Alvarado Andrade, Subsecretario General de la Presidencia, en representación del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, y Cristián Larroulet Vignau, Ministro Secretario General de la Presidencia, por sí, respecto del inciso segundo del artículo 5º de la Ley 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, en la parte que dice «y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento», en autos sobre reclamo de ilegalidad caratulados «Subsecretaría General de la Presidencia con Consejo para la Transparencia», de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el rol 2496-2012», de 31 de enero de 2013.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, sentencia rol 2505-13, «Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Asociación de Bancos e Instituciones Financieras respecto de los incisos primero y segundo del artículo 5° de la Ley 20.285, en las partes que indica, en los autos sobre recurso de queja caratulados «Díaz Anderson Víctor con Consejo para la Transparencia», de que conoce la Corte Suprema, bajo el rol 4.638-2013.», de 10 de agosto de 2016.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, sentencia rol 2558-13, «Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras respecto del artículo 5° de la Ley 20.285 sobre acceso a la información pública y del artículo 7° de la Ley General de Bancos, en los autos sobre recurso de queja, caratulados «Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras con Consejo para la Transparencia», de que conoce la Corte Suprema bajo el rol 13.182-2013.», de 15 de enero de 2015.

Sobre la autora

Gladys Camacho Cepeda es Profesora Asociada de Derecho Administrativo y responsable de la Cátedra OCDE-Ministerio Relaciones Exteriores «Probidad y Transparencia Públicas». Es asimismo Coordinadora del Área de Derecho Administrativo del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid y Magister en Administración Pública por la Universidad de Alcalá (Madrid). Es miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo.