

Ley de transparencia: verdades y desafíos

Una mirada crítica a la Ley N°20.285 sobre Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado

Por Leonardo Castillo Cárdenas

Serie Documentos Electrónicos N° 2, agosto 2009
Programa Gerencia Social y Políticas Públicas



FLACSO
CHILE

Ley de transparencia: verdades y desafíos

Una mirada crítica a la Ley N°20.285 sobre Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado

■ Por Leonardo Castillo Cárdenas¹, agosto 2009

“El secreto ocupa la misma médula del poder”²
Elías Canetti, *Masa y poder*.

Hoy por hoy nadie discute que la corrupción se erige como uno de los principales riesgos para la estabilidad y legitimidad de las instituciones democráticas. Su tratamiento, a pesar de la aparente novedad que lo reviste, ha sido abordado desde hace largo tiempo por la filosofía y la ciencia política.

Norberto Bobbio (2003) nos recuerda que el “recurso al secreto” ha sido considerado durante siglos la esencia del arte de gobernar. Uno de los capítulos que no podía faltar en los tratados de política en un período que duró un largo tiempo —de Maquiavelo a Hegel— que se suele llamar de la Razón de Estado, versaba sobre las circunstancias y las razones del ocultamiento³. El poder —prosigue el profesor italiano— siempre ha sido concebido a imagen y semejanza de Dios, que es Omnipotente precisamente porque es el Omnividente invisible.

Al respecto, es imposible no relacionar dicha idea con el panóptico de Bentham que Foucault (2002) definió como una máquina para disociar el binomio *ver-ser visto*: “El panóptico es una máquina de disociar la pareja *ver-ser visto*: en el anillo periférico, se es totalmente visto, sin ver jamás; en la torre central, se ve todo, sin ser jamás visto”⁴. El propio Bentham consideraba que este modelo arquitectónico, ideado para

las cárceles, podría ser extendido a otras instituciones. El modelo sería llevado al Imperio del Gran Hermano, descrito por Orwell (2005)⁵, donde los súbditos están permanentemente bajo la mirada de un personaje del que no saben nada, ni siquiera si existe. La literatura nos plantea, también, el poder que se ejerce precisamente mediante dicha disociación *ver-ser visto* en el proceso de Kafka (1985)⁶ donde Joseph K no ve al magistrado sino de manera borrosa en una ventana del tribunal. Es en dicho caso precisamente donde la “falta de transparencia” hace patente el miedo que genera el secreto y el poder al que está coligado.

Immanuel Kant (1999), por su parte, en un apéndice al *Ensayo la paz perpetua*, plantea la cuestión de la posible convergencia entre la política y la moral. Sostiene que la única manera de garantizar que ello suceda es la condena del secreto de los actos de gobierno y la institucionalización de su publicidad, o sea, una serie de reglas que obliguen a los Estados a rendir cuentas de sus decisiones al público y, de esta manera, se haga imposible la práctica de los *arcana imperii*, los secretos del poder, que caracterizan a los Estados despóticos. “Las acciones referentes al derecho de otros hombres son injustas si su máxima no admite publicidad. En efecto, una máxima que no puedo manifestar

1. Licenciado en Ciencias Jurídicas. Diplomado en Teoría Política y Gestión Pública. Alumno del Magíster en Política y Gobierno, FLACSO-Chile. Becario Becas Chile Phd en *Political Science* 2010-1014.

2. Canetti, Elías (1994) *Masa y poder*. Muchnik. España. pág. 304.

3. Bobbio, Norberto (2003) *Teoría General de la política*. Trotta. España. pág. 431.

4. Foucault, Michel (2002) *Vigilar y castigar. Siglo XXI*. Argentina. pág. 205.

5. Orwell, George (2005) *1984*. Editorial Zigzag. Chile.

6. Kafka, Franz (1985) *El proceso*. Editorial Seix Barral. Chile.

en alta voz, que ha de permanecer secreta, so pena de hacer fracasar mi propósito; una máxima que no puedo reconocer públicamente sin provocar en el acto la oposición de todos a mi proyecto; una máxima que de ser conocida suscitaría contra mi una enemistad necesaria y universal porque encierra una amenaza injusta al derecho de los demás”⁷. El presupuesto de este discurso kantiano está claro: el mantener en secreto un propósito o un pacto o, si fuese posible, cualquier disposición pública es ya de por sí una muestra de su ilegalidad.

Max Weber (1996) se refirió a la conexión entre la democratización de la sociedad y la burocratización: “Cada burocracia busca incrementar aún más la superioridad del oficial profesional por medio de mantener secreto su conocimiento e intenciones. La administración burocrática siempre tiende a excluir al público, a ocultar de la crítica su conocimiento y acción tanto como pueda. Esta tendencia hacia el secreto es una consecuencia de su naturaleza objetiva en ciertos ámbitos administrativos: esto es, dondequiera que los intereses de poder de la estructura dada de dominación hacia el exterior están en cuestión, ya sea el caso de competidores económicos de una empresa privada o el de gobiernos extranjeros potencialmente hostiles en el campo público. Sin embargo, los puros intereses de poder de la burocracia ejercen sus efectos mucho más allá de estas áreas de secreto funcionalmente justificadas. El concepto de “secreto oficial” es la invención específica de la burocracia y pocas cosas son defendidas tan fanáticamente por ella como esta actitud, la cual, fuera de las áreas específicas mencionadas, no puede ser justificada con argumentos puramente funcionales. Al enfrentar un parlamento, la burocracia, a partir de un instinto seguro por el poder, pelea cada intento de esa institución por ganar a través de sus propios medios un conocimiento experto para las partes

interesadas. La burocracia naturalmente prefiere un parlamento pobremente informado y por ende sin poder al menos en cuanto esta ignorancia sea compatible con los propios intereses de la burocracia”⁸.

La revalorización de la libertad, así como del mercado y los movimientos de reforma del Estado⁹, han traído a colación la necesidad de transparentar la forma de tomar las decisiones, así como los resultados y efectos provocados por dichas decisiones. Hoy, el concepto de transparencia constituye casi un lugar común, el cual es necesario comprender a cabalidad a fin de entender sus alcances y los desafíos que implica.

Del concepto de transparencia

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia, se dice que algo es transparente —en una de las acepciones—, cuando es “claro, evidente, que se comprende sin duda ni ambigüedad”¹⁰. Trasladando al ámbito de lo público, podríamos señalar que lo que se persigue es que se permita a la ciudadanía conocer por qué y cómo actúa, y qué decisiones adopta. Así, se podrá evaluar y fiscalizar directamente si se respeta el principio de probidad y, además, participar de la gestión pública. Por otra parte, la publicidad que permite la transparencia inhibe las conductas contrarias a la probidad, pues los servidores públicos no querrán verse expuestos a las posibles sanciones y a la censura social que generará la difusión de tales conductas.

La transparencia puede además ser clasificada en activa y pasiva. Por *transparencia activa* podríamos entender la difusión periódica y sistemática de información acerca de la gestión estatal. De esta manera sería una obligación impuesta a los órganos del Estado para que

7. Kant, Immanuel (1999) *Hacia la paz perpetua*. Editorial biblioteca nueva. España. Pag. 78.

8. Weber, Max (1996) *Economía y Sociedad*. Fondo de Cultura Económica. México. Pag. 992 y ss.

9. Un interesante artículo es el de Cunill, Nuria (2006) “La transparencia en la gestión pública ¿Cómo construirle viabilidad?”. En *Estado Gobierno, Gestión pública*. Revista Chilena de Administración pública. Año 2006. N° 8. pp 22-44.

10. http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=transparente

—con la periodicidad que la norma le señale— publique todos los datos que sean necesarios para una evaluación social de su desempeño. Respecto a la *transparencia pasiva*, se entiende como aquella obligación a que debe someterse el Estado para conceder a todo aquel que lo requiera, el acceso oportuno a la información que obre en poder de los órganos públicos, salvo que medie razón legalmente establecida e imparcialmente acreditada en la especie para justificar la reserva o secreto de determinado tipo de información, tales como derechos de terceros o seguridad nacional, por ejemplo.

Combatir la corrupción: las distintas opciones

El logro de un justo equilibrio entre la omisión y sobre reacción —la cual puede ser tanto o más perniciosa como los controles excesivos, las sanciones sobredimensionadas y, en definitiva, el clima de desconfianza hacia el funcionario público— constituye sin dudas una difícil decisión que debe adoptar la autoridad. Y no es menor, por cuanto la medida que en definitiva se acuerde repercutirá en temas fundamentales para la sociedad como son la gobernabilidad y la democracia. Al respecto, Ferreiro (1996) afirma que “Con sobrada razón, no son pocos los que ligan el futuro de la democracia y la gobernabilidad en Chile y en el mundo a una adecuada y eficaz política de prevención de la corrupción”¹¹.

Respecto a la ruta a seguir, hay bastantes caminos; y algunos bastante mejores que otros. Ferreiro (2000)¹² señala distintas opciones y sus implicancias. De esa forma, se puede adoptar el facilismo que implica el establecer nuevos tipos penales —lo que constituye una medida más efectista que efectiva—. Otra vía es la de hacer patente las debilidades de los adversarios:

si al señor A del partido Z se le acusa de una conducta N; entonces, sus adversarios del partido B procurarán medidas que sancionen de manera ejemplar la conducta N, de modo que el reproche social sea mayúsculo, dañando de paso la imagen del señor A y de todo el partido Z. Lo más obvio en el caso de los gobernantes, es buscar sancionar las conductas calumniosas y en el de los opositores, aumentar las facultades fiscalizadoras del parlamento.

Otra fórmula estaría en aplicar mayores controles que permitieran detectar la corrupción, que si bien puede combatir de manera eficaz dicho fenómeno, no es menos cierto que termina pagándose altos costos en eficiencia. Por otra parte, no son enteramente inocuos, pues no suele justificar el costo de la paralización administrativa. No siempre los controles adicionales ni un aumento de contralores reducen la corrupción.

Finalmente, hay quienes ven en el problema de la corrupción una justificación para sostener la reducción del aparato estatal, señalando la máxima “mientras menos Estado menos corrupción”. Además es necesario señalar que, por lo general, un Estado más pequeño es aquel que ha delegado parte de la gestión de actividades a los privados, sin que ello conlleve a la eliminación de toda función estatal al respecto. El Estado empresario que es reemplazado por el Estado regulador no es menos vulnerable a la tentación de la corrupción. Por ello, privatizar no es el mejor antídoto a este mal.

La experiencia comparada señala diferentes medios para el combate de la corrupción. Dentro de estas destacan la figura del Ombudsman, quien canaliza las denuncias formuladas por particulares y se preocupa y responsabiliza de que la investigación judicial llegue a puerto, protegiendo la identidad del

11. Ferreiro, Alejandro (1996) *La lucha contra la corrupción: la opción de la transparencia*. Material de discusión N° 11 (Oct. 1996) Instituto de Ciencia Política Universidad de Chile.

12. Ferreiro, Alejandro (2000) "Diplomado en Teoría Política y Gestión Pública", apuntes. ODCA- KAS.

denunciante. Otra experiencia interesante es la de los “whistleblowers”¹³ y su protección a través de una ley federal¹⁴.

Dentro de todas las hipótesis de solución –donde no debemos considerar a estas alturas la negación del problema–, definitivamente es la transparencia el método más eficaz democrático y eficiente para combatir la corrupción¹⁵.

La transparencia se constituye en un efectivo inhibidor a la posible comisión de irregularidades, ello por la posibilidad cierta de quedar expuestos al escrutinio de la sociedad.

La transparencia es también fuente de control social, pues supone hacer ésta visible a los ojos de los ciudadanos. Supone entender que la principal función de contraloría y supervigilancia le corresponde a la sociedad toda y que tal función solo nace y se ejerce a plenitud cuando las personas dispone de información suficiente acerca de lo que ocurre en el Estado. Se produce una multiplicación *ad infinitum* de los contralores.

La transparencia de la función pública es un elemento sustancial del ejercicio de la democracia, ello pues hoy en día es indudable que el poder está en la información. Por ende, solo quienes acceden al conocimiento cabal y oportuno, son capaces de adoptar decisiones correctas, lo cual incide directamente en el ejercicio de sus derechos ciudadanos.

La transparencia es un instrumento que puede ser de gran utilidad en la tarea de la modernización, mejorando el servicio a las personas.

La transparencia y la modernización del Estado

La transparencia no obstaculiza la necesaria agilidad de los procedimientos administrativos. No todos los sistemas de control son compatibles con un Estado ágil y moderno. Muchas de las críticas generadas a las políticas anticorrupción apuntan a la aparente contradicción con los imperativos de la modernización del Estado, como el entramamiento y la falta de eficiencia. La transparencia no tiene ninguno de estos defectos ya que conlleva formas de control coetáneas al acto mismo.

La transparencia requiere de mandatos legales que la hagan exigible y que traduzcan ese concepto en un claro derecho ciudadano y en el correlato de la obligación estatal.

La Ley N° 20.285 sobre acceso a la información pública

Fuentes mediatas del derecho a la información: derechos fundamentales

Dentro de las fuentes de origen internacional, podemos señalar que, en lo pertinente: El Artículo 19 de la Declaración de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948 que dispone: “*Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye (...) el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión*”.

13. La traducción sería “el que hace sonar el silbato”. Hace referencia a los árbitros quienes como en el fútbol acusan la infracción de esta manera. Los Wistleblowers son funcionarios quienes denuncian determinadas conductas criminales o de corrupción.

14. <http://www.osha.gov/dep/oia/whistleblower/index.html>

15. Para mayor profundidad remitirse a Ferreiro, Alejandro (1996) *La lucha contra la corrupción*. Op. cit.

El Artículo 19, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, consagra el derecho de toda persona a la libertad de expresión, el cual *“comprende la libertad de buscar, recibir informaciones e ideas de toda índole”*; y el párrafo 3 del mismo prescribe que el ejercicio de este derecho puede estar sujeto a ciertas restricciones, de carácter expreso y de origen legal, que sean necesarias para *“b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”*.

El Artículo 13, inciso 1, de la Convención Americana de Derechos Humanos, al reconocer el derecho de toda persona a la libertad de pensamiento y de expresión, el cual comprende *“la libertad de buscar, recibir informaciones e ideas de toda índole”*, agregando su inciso 2 que el ejercicio de este derecho puede estar sujeto a responsabilidades ulteriores, expresas, legales y necesarias, para *“b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”* y su inciso 3 que *“no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos”* incluidos aquellos medios *“encaminados a impedir la comunicación y la circulación de las ideas”*.

Los derechos fundamentales previamente señalados forman parte de las facultades esenciales que emanan de la naturaleza humana y, en cuanto tales, se encuentran incorporados a nuestro ordenamiento constitucional en razón de lo prescrito en el artículo 5, inciso 2, de la Carta Constitucional; teniendo nuestro Estado el deber de respetarlos y promoverlos.

Así, el derecho de acceso a la información administrativa constituye un medio establecido por el ordenamiento jurídico para el legítimo ejercicio de los derechos relativos a la libertad de expresión, asegurados tanto en los instrumentos jurídicos internacionales indicados

—como en el artículo 19 N° 12 de la Constitución— participando, en consecuencia, de las características de aquéllos; en especial de su irreversibilidad, progresividad y posición preferente, como asimismo de las garantías establecidas a su respecto —en especial de aquellas específicas internas, como son los principios de reserva legal y de respeto del contenido esencial de los derechos por el legislador—.

Fuente inmediata: el Artículo 8° de la Constitución Política¹⁶

Uno de los principales fundamentos de la Ley sobre transparencia y acceso a la información se encuentra en la última reforma constitucional, Ley N° 20.050 de la Constitución. En virtud de dicha modificación, se consagró el principio de que los actos de los órganos del Estado son públicos. Al respecto, cabe destacar el hecho de haber elevado esta disposición al rango constitucional. Anteriormente se habían insertado disposiciones en normas legales; tales como las relativas a la probidad administrativa, que se incorporaron como Título III a la Ley Orgánica de Bases Generales de la Administración del Estado. Del mismo modo, más recientemente en el artículo 16 de la Ley N° 19.880, que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado, en que se hace extensivo el concepto de publicidad a los actos procedimentales y a sus antecedentes.

No es menor el hecho de que el legislador haya querido elevar la materia de la transparencia y publicidad a la más alta jerarquía jurídica y, en seguida, la circunstancia de que tal texto, por su contenido y enunciado, permite sostener que las disposiciones de publicidad de los actos y

¹⁶ El artículo 8 de la Constitución Política prescribe: *“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 solo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de estos, 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”*.

resoluciones del Estado rige “*in actum*”, por el solo ministerio de la norma y sin dilaciones de ninguna especie. Con ello, nuestra Constitución no hace sino reconocer el criterio dominante en la doctrina constitucional, en el sentido de que las disposiciones de la Carta Fundamental rigen por sí mismas, sin que se trate simplemente de preceptivas programáticas, como antaño se disponía con frecuencia en las Constituciones.

Por ello, es dable señalar que la aplicación de la Ley sobre Transparencia materializa el artículo 8 de la Constitución Política que ordena dar publicidad a los actos y resoluciones de los órganos del Estado; y el Consejo para la Transparencia será el órgano autónomo que fiscalizará el cumplimiento de la nueva normativa.

Legislación comparada

Inglaterra:

La normativa más importante en esta materia se encuentra contenida en el **Acta de Libertad de Información** (*Freedom of information Act*)¹⁷, publicada en 2000 y vigente a partir de 2005, disposición que contiene un anexo con el listado de las instituciones públicas obligadas por sus disposiciones, sea que formen parte del gobierno central, servicios públicos, escuelas y consejos comunales. Existen tres instituciones en el país que tienen competencia en materia de acceso a la gestión administrativa de la información pública en poder de los servicios: la Oficina del Comisionado de Información, el Archivo Nacional y la Oficina de Información del Sector Público.

México:

La **Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental**¹⁸, publicada en junio de 2002, da nacimiento al Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, el que se caracteriza por ser un órgano

de la Administración Pública Federal que goza de autonomía operativa, presupuestaria y de decisión. Corresponde especialmente a dicho instituto promover el ejercicio del derecho de acceso a la información, resolver sobre la negativa a las solicitudes de acceso que las dependencias o entidades del gobierno federal hayan formulado y proteger los datos personales en poder de las dependencias y entidades del gobierno federal.

Aportes de la ley de transparencia

La Ley de Transparencia está basada en el inciso 2 del artículo 8° de la Constitución Política y regula distintas materias entre las que destacan: publicidad de la administración pública; transparencia activa; derecho de acceso a la información pública; Consejo para la Transparencia e infracciones y sanciones¹⁹.

El objetivo de esta ley 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.

La Ley de Transparencia señala una serie de principios, dentro de los cuales destacan:

- a) **relevancia:** que presume relevante toda información que posean los órganos de la administración del Estado, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento;
- b) **libertad de información:** toda persona goza del derecho a acceder a la información que obre en poder de los órganos de la administración del Estado, solo con excepciones o limitaciones establecidas por leyes de quórum calificado;

17. <http://www.foi.gov.uk/>

18. <http://www.ifai.org.mx/transparencia/LFTAIPG.pdf>

19. El texto completo de la ley esta disponible en www.bcn.cl/leyes/pdf/actualizado/276363.pdf

- c) **apertura o transparencia:** toda la información en poder de los órganos de la administración del Estado se presume pública, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas;
- d) **máxima divulgación:** los órganos de la administración del Estado deben proporcionar información en los términos más amplios posibles, excluyendo solo aquello que esté sujeto a las excepciones constitucionales o legales;
- e) **oportunidad:** los órganos de la administración del Estado deben proporcionar respuesta a las solicitudes de información dentro de los plazos legales, con la máxima celeridad posible y evitando todo tipo de trámites dilatorios; y
- f) **gratuidad:** el acceso a la información de los órganos de la administración es gratuito, sin perjuicio de lo establecido en esta ley.

Esta normativa se le aplica a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones, los gobiernos regionales, las municipalidades, las fuerzas armadas, de orden y seguridad pública, y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa. También se aplicarán las disposiciones que esta ley expresamente señale a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio.

En el caso del Congreso Nacional, se aplican solo las reglas de transparencia activa (en lo pertinente), y además deberán publicar la asistencia de los parlamentarios a las sesiones de sala y de comisiones, las votaciones y elecciones a las que concurran y las dietas y demás asignaciones que perciban.

En cuanto al Consejo de Transparencia, este es una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio. Su objeto es promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la administración del Estado, y garantizar el derecho de acceso a

la información. Podemos destacar entre sus funciones y atribuciones: a) fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones de la ley y aplicar las sanciones en caso de infracción a ellas; b) resolver, fundadamente, los reclamos por denegación de acceso a la información que le sean formulados de conformidad a esta ley; c) promover la transparencia de la función pública, la publicidad de la información de los órganos de la administración del Estado, y el derecho de acceso a la información, por cualquier medio de publicación; y d) realizar actividades de difusión e información al público sobre las materias de su competencia.

Finalmente, respecto a las sanciones, se establece como regla general que la autoridad, jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la administración del Estado requerido, que hubiere denegado infundadamente el acceso a la información, contraviniendo así lo dispuesto en el artículo 16, será sancionado con multa de 20% a 50% de su remuneración.

La ley también regula las causales de reserva, es decir aquellas que justifican no dar acceso.

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

- seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico.
3. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden o la seguridad pública.
 4. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el interés nacional, en especial si se refieren a la salud pública o las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país.
 5. Cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8° de la Constitución Política.

Las leyes dictadas con anterioridad a la vigencia del mencionado artículo 8°, que establecen casos específicos de secreto o reserva de actos y documentos de la administración, deben entenderse vigentes aún cuando no hubieren sido aprobadas con quórum calificado, al amparo de la disposición 4ª Transitoria de la Constitución.

Si bien la Ley de Transparencia es un importante avance al respecto, no es menos cierto que es necesario perfeccionar algunos temas pendientes.

A modo de conclusión: los temas pendientes

Aun cuando se reconoce un gran avance en la aprobación de esta nueva ley, quedan algunos aspectos pendientes que podrían ser mejorados. Podemos rebatir que el Estado no es capaz de mejorar su gestión, incentivar la responsabilidad

en la asignación y manejo de recursos, mejorar los procesos de provisión de bienes y servicios públicos, sin una ciudadanía que –manteniendo un respeto por el desenvolvimiento institucional– no se comporte en forma exigente con el accionar de las instituciones, los mecanismos usados, así como de quienes son los tomadores de decisiones. De esta manera, el desarrollo e implementación de la agenda de probidad y transparencia reconoce que un Estado moderno y democrático ha de garantizar la probidad y la transparencia como condición *sine qua non* a fin de desarrollar políticas públicas eficientes y de calidad, que tengan como centro de su diseño e implementación a las personas y sus derechos, necesidades y problemas.

En dicho sentido, cobra especial relevancia el mandato de que prevenir la corrupción es defender a nuestra democracia de aquellos que no desean someterse a la idea universal de igualdad, diversidad y transparencia. Es protegerla de los grupos de presión, del tráfico de influencias, de los intereses particulares –muchas veces poderosos– que suelen contraponerse a los de la mayoría de los ciudadanos.

Un Estado al servicio de los ciudadanos necesita un personal permanentemente capacitado, pero no sólo en las destrezas técnicas de su profesión u oficio. También debe ser formado en la cultura del servicio público, que no es otra que atender y satisfacer permanentemente las necesidades colectivas con calidad y honestidad. No obstante, aun quedan temas pendientes:

- a. No reconoce el acceso a la información pública como un derecho fundamental del ser humano. Tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁰, como el Tribunal

20. Así se establece en el fallo de la Corte Interamericana de Derechos humanos en el caso Marcel Claude con Estado de Chile de fecha 19 de septiembre de 2006, en cuya virtud el Estado chileno fue sancionado por la no entrega por parte del Comité de Inversiones Extranjeras de la información en el caso del proyecto Trillium. De hecho, se considera a dicho fallo como una de las causales inmediatas de la dictación de esta ley, por cuanto entraña el cumplimiento de una obligación del Estado chileno. Al respecto, el Considerando 163 señala. “Sin embargo, el Tribunal considera necesario reiterar que el deber general comprendido en el artículo 2 de la Convención implica la supresión tanto de las normas como de las prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violaciones a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías (*supra* párr. 64). Por ello, Chile debe adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección al derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, dentro de las cuales debe garantizar la efectividad de un procedimiento administrativo adecuado para la tramitación y resolución de las solicitudes de información, que fije plazos para resolver y entregar la información, y que se encuentre bajo la responsabilidad de funcionarios debidamente capacitados”.

- Constitucional²¹ así lo han declarado. Lamentablemente, el nuevo estatuto de acceso a información pública omite tal declaración y, al parecer, se privilegian aspectos del derecho vinculados a la probidad administrativa en desmedro de su naturaleza humana. Esto a diferencia de otros países como México²² o Brasil²³.
- b. Respecto a las causales de reserva dispuestas, éstas son muy amplias, lo cual dificulta el acceso a la información, pudiendo ser fácilmente esgrimidas por organismos estatales que quisiesen negar los datos requeridos. Basta señalar dentro de dichas causales el que una información solicitada pudiera afectar la investigación de un crimen o la vida privada de una persona, perjudicar la seguridad o la defensa nacional y alterar el orden o la seguridad pública. También se contemplan el que se afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido o que implique distraer a los funcionarios de sus labores habituales, conceptos por sí mismos bastante latos. En declaraciones de Davor Harasic, presidente de Chile Transparente, “internacionalmente ésta ha demostrado ser en ocasiones una herramienta demasiado ambigua para establecer la reserva de información y que permite abusos”²⁴. Resultará vital, entonces, la interpretación que haga el Consejo de estas excepciones.
- c. Respecto a la transparencia activa; esto es, entre otras cosas, que los actos y documentos que han sido objeto de publicación en el Diario Oficial y aquellos que digan relación con las funciones, competencias y responsabilidades de los órganos de la administración del Estado, deben estar a disposición permanente del público y en el sitio web del servicio respectivo, se deberá llevar un registro actualizado en las oficinas de información y atención del público (OIRS). Ello implicará, en la práctica, que los servicios públicos sean capaces de enfrentar un proceso que involucre el diseño de sistemas de información, manejo y control documental. Al mismo tiempo, conlleva la puesta en funcionamiento del manejo logístico de documentación que involucre desde la identificación, rotulación, control de seguimiento y/o despacho, disposición, conservación y su posterior almacenaje y resguardo. De esta manera –y tal como lo señala el artículo N° 7 el cual establece que la información debe estar disponible en el sitio web de cada servicio– dicha información debe incorporarse en forma completa. Esto requiere el diseño de aplicaciones informáticas de sitios web y del personal apropiado para su puesta en funcionamiento, mantención y actualización. No obstante los costos asociados para desarrollar el proyecto tendrían un valor bastante alto, el que se vería incrementado en el caso de que los servicios públicos desconozcan la información y los flujos de ésta al interior de las áreas que proveen servicios. Aún es muy prematuro conocer a cabalidad la realidad con que cada servicio está manejando este proceso; pero es importante

21. En sentencia del nueve de agosto de 2007 se señala: “De esta manera, 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”. Pág. 28. Disponible en http://www.proacceso.cl/prensa/tribunal_constitucional_falla_favor_del_acceso_la_informacion

22. La Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental en su Artículo 6. dispone: “En la interpretación de esta Ley y de su Reglamento, así como de las normas de carácter general a las que se refiere el Artículo 61, se deberá favorecer el principio de máxima publicidad y disponibilidad de la información en posesión de los sujetos obligados.

El derecho de acceso a la información pública se interpretará conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, y demás instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Estado Mexicano y la interpretación que de los mismos hayan realizado los órganos internacionales especializados”. <http://www.ifai.org.mx/transparencia/LFTAIPG.pdf>

23. La Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988 dispone en el Título II “De los derechos y garantías fundamentales” Capítulo I “De los derechos y deberes individuales y colectivos” en el Artículo 5° inciso XXXIII “*todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado*”; (“todos tienen derecho a recibir de los órganos públicos informaciones de su interés particular, o de interés colectivo o general que serán facilitados en el plazo señalado en la ley, bajo pena de responsabilidad, salvo aquellas cuyo secreto sea imprescindible para la seguridad de la sociedad y del Estado”). <http://www.unicentro.br/nej/constituicao.pdf>

24. http://www.bcn.cl/carpeta_temas_profundidad/temas_profundidad.2008-03-18.6305273234

mencionar que la modernización ha instrumentalizado, a partir de los programas de mejoramiento de la gestión, el cambio gradual de cumplimiento de estándares propios por parte de la eficacia de estos instrumentos a otros basados en normas internacionales ligadas al diseño de sistemas de gestión de calidad.

Otra crítica es que la ley solo considera al Poder Judicial y al Congreso en cuanto a las medidas de transparencia activa –publicación de información a través de los sitios web–, sin embargo no lo hace en cuanto a la libre solicitud de información. Ello, además de ser sumamente discutible, altera sustancialmente los principios que sustentan la institucionalidad, toda vez que sustrae precisamente a dos de los tres poderes del Estado –de acuerdo a la visión clásica de Charles Secondant de Montesquieu– de escrutinio público. En esto existe una diferencia importante respecto a la legislación mexicana²⁵ y la de Brasil²⁶.

d. Sin duda, para llevar a cabo la titánica tarea de transparentar la función pública, se hace necesario el contar con el presupuesto, la infraestructura y los funcionarios necesarios para sistematizar la información pública y publicitarla adecuadamente. Ello necesariamente implicará altos costos. Para

algunos se presume erróneamente que la transparencia simplemente es un tema de voluntad, lo cual no es enteramente cierto. Por ello, es conveniente asumir que asegurar el acceso a la información sí requiere recursos para mejorar procesos, administrar y clasificar información, capacitar funcionarios, etc.

e. Relacionado con lo anterior, es preciso capacitar a los funcionarios públicos para lograr un “cambio de cultura secretista” y la necesidad de implementar un efectivo sistema de archivos dentro del Estado, que hoy día no existe.

f. Finalmente se aprecia la ausencia de normas de rendición de cuentas para el Consejo para la Transparencia, el cual no debe informar a nadie sobre lo que está haciendo, lo que sí pasa en otras legislaciones, donde se rinde cuenta al Congreso.

Sin lugar a dudas, los avances que implica la puesta en marcha de esta normativa, traerán aparejados nuevos desafíos en cuanto a calidad y eficiencia. De esta manera, la transparencia constituirá no solo una poderosa herramienta para contener los abusos de parte de las autoridades y la corrupción, sino también ser un poderoso instrumento de cambio en la gestión pública.

25. Al respecto la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental en su artículo 3º XIV. Sujetos obligados: b) El Poder Legislativo Federal, integrado por la Cámara de Diputados, la Cámara de Senadores, la Comisión Permanente y cualquiera de sus órganos; c) El Poder Judicial de la Federación y el Consejo de la Judicatura Federal; <http://www.ifai.org.mx/transparencia/LFTAIPG.pdf>

26. Lei complementar Nº 101, (Lei de responsabilidade fiscal), de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. “Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição. 1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidadas e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar”.

3º Nas referências: I - à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, estão compreendidos: a) o Poder Executivo, o Poder Legislativo, neste abrangidos os Tribunais de Contas, o Poder Judiciário e o Ministério Público;” <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/LCP/Lcp101.htm>

FLACSO-Chile es un organismo académico de carácter intergubernamental y autónomo cuya misión es contribuir, en el marco del pleno respeto de los derechos humanos, al desarrollo de los países de América Latina y el Caribe con equidad, democracia y gobernabilidad, en un entorno de cooperación internacional. Esta misión se cumple a través de la producción y difusión del conocimiento y de la formación en el campo de las ciencias sociales, utilizando los más altos estándares de excelencia académica.

Publicaciones FLACSO-Chile:

Impresas



Realidades juveniles en Chile
FLACSO-Chile / Instituto Nacional de la Juventud /
Colectivo Latinoamericano de Jóvenes



La salud sexual y reproductiva. Una carrera de obstáculos
FLACSO-Chile / Catalonia



Mujer y política. El impacto de las cuotas de género en América Latina
FLACSO-Chile / Catalonia