



Revista de Derecho (Valparaíso)

ISSN: 0716-1883

dirder@ucv.cl

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso  
Chile

Bermúdez Soto, Jorge; Mirosevic Verdugo, Camilo  
El acceso a la información pública como base para el control social y la protección del patrimonio público  
Revista de Derecho (Valparaíso), núm. XXXI, 2008, pp. 439-468  
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso  
Valparaíso, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173613754012>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

6.

*Derecho administrativo*



Revista de Derecho  
de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso  
XXXI (Valparaíso, Chile, 2º Semestre de 2008)  
[pp. 439 - 468]

**EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA  
COMO BASE PARA EL CONTROL SOCIAL  
Y LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO PÚBLICO\***

[The Access to Public Information as Basis for Social Control and Protection  
of Public Heritage]

JORGE BERMÚDEZ SOTO\*\*  
CAMILLO MIROSEVIC VERDUGO\*\*\*  
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

**RESUMEN**

El derecho de acceso a la información pública se erige en una de las bases para el control social de los actos del Estado en su conjunto. Ello no siempre fue así, siendo este derecho más necesario bajo un sistema democrático representativo. Asimismo, en la medida que la ciudadanía accede de mejor manera a la información pública, el patrimonio público puede ser gestionado de mejor forma, garantizándose su intangibilidad. La

**ABSTRACT**

The right of access to public information stands in one of the basis for social control over the actions of the state as a whole. That was not always so, being this right more necessary under a representative democratic system. Also, to the extent that the citizens access to public information in a better way, public heritage can be managed better, guaranteeing its inviolability. The new law about access to public information will probably

---

\* Este artículo se realizó en el marco del proyecto Fondecyt N° 1060816, titulado “Protección Penal del Patrimonio Público: Estudio Dogmático y Crítico”.

\*\* Master y Doctor en Derecho. Profesor adjunto de Derecho administrativo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección postal: Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Avenida Brasil 2950, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: jorge.bermudez@ucv.cl

\*\*\* Diplomado en Estudios Políticos y Gestión Pública. Diplomado en Descentralización y Desarrollo Regional. Diplomado en Medio Ambiente. Ayudante de Derecho constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección postal: Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Avenida Brasil 2950, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: cmirosevic@mirosevic-asociados.cl

nueva ley sobre acceso a la información pública probablemente se convertirá en un elemento esencial para garantizar la vigencia de dicho derecho y de paso para proteger el patrimonio público.

**PALABRAS CLAVE:** Información pública – Control social – Protección del patrimonio público.

become an essential element to ensure the validity of that right and, as well, to protect the public heritage.

**KEYWORDS:** Public information – Accountability – Protection of the public heritage.

### I. INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

Según una reciente encuesta, sólo un 15% de los encuestados aprobaba la forma en que el gobierno manejaba el problema de la corrupción en la Administración del Estado<sup>2</sup>. Por el contrario, un 71,3% desaprobaba expresamente la actuación del gobierno sobre el tema<sup>3</sup>. Y si bien el Estado chileno ha sido normalmente bien evaluado en la materia en el ámbito internacional, la percepción de la ciudadanía es cada vez más negativa y los esfuerzos institucionales aparecen como infructuosos. El último avance en materia de desarrollo de instrumentos que permitirán combatir la corrupción y de paso cautelar el patrimonio público, está en la reciente aprobación de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública.

En el presente artículo se expondrá la relación existente entre el concepto actual de democracia y la importancia del control social para cautelar la intangibilidad del patrimonio público. Para tal análisis se ha considerado como hipótesis y piedra angular del trabajo, el alcance del derecho público subjetivo de acceso a la información pública y específicamente a la información con que cuentan los órganos de la Administración del Estado, y su íntima vinculación con el control social como modalidad de protección del patrimonio público. Finalmente, se identifican los instrumentos que permiten a la ciudadanía, mediante el acceso a la información administrativa, cautelar el patrimonio público, destacándose su reconocimiento positivo, jurisprudencial y como práctica interna de la Administración.

---

<sup>1</sup> Abreviaturas más utilizadas: CPR. = *Constitución Política de la República*; LBGAE. = *Ley orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado*; LOCM. = *Ley orgánica constitucional de Municipalidades*; LBPA. = *Ley de bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado*; STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

<sup>2</sup> [http://www.adimark.cl/medios/EvaluacionGob\\_Feb08.pdf](http://www.adimark.cl/medios/EvaluacionGob_Feb08.pdf).

<sup>3</sup> Ibíd.

## II. RELACIÓN ENTRE INFORMACIÓN PÚBLICA Y DEMOCRACIA<sup>4</sup>

### 1. Aspectos Generales.

El examen de la relación entre información pública y el régimen de gobierno permite extraer importantes conclusiones. Así es posible observar, por una parte, que históricamente en los regímenes democráticos la regla general ha sido la publicidad de la información estatal<sup>5</sup>, en tanto que en aquellos de carácter no democráticos –absolutismo, totalitarismo o autoritarismo– la regla general ha sido el secreto de dicha información. Esta primera constatación, que será desarrollada en los párrafos siguientes, arroja luces acerca del rol que corresponde al acceso a la información pública como elemento constitutivo del régimen democrático. Junto a ella, la libertad de expresión, que es analizada por su vinculación con la publicidad de la información, constituye también un elemento determinante a la hora de calificar un régimen como democrático.

### 2. Democracia clásica.

Como es sabido, el término democracia es una construcción griega que se compone de las expresiones *demos*, pueblo, y *kratos*, gobierno. A pesar de que *democracia* o *demokratia* parece haber sido acuñada por los atenienses<sup>6</sup>, se cree que el primer gobierno democrático surge en Quios el siglo VI a.C.<sup>7</sup> Lo cierto es que partir de esa fecha esta forma de gobierno se extendió rápidamente a un importante número de ciudades-estado en el mundo griego. Con todo, el período de esplendor de la democracia griega parece haber tenido lugar precisamente en Atenas en tiempos de Pericles, y lo que es seguro, es que ésta ha sido el paradigma de gobierno democrático desde el siglo XVIII, cuando se retoma el ideal democrático después de un largo camino.

En el régimen ateniense el término *demokratia* expresaba que el poder

---

<sup>4</sup> En este contexto, la expresión público es empleada en su sentido opuesto a *secreto* (es decir, público como sinónimo de manifiesto, a la vista de todos), y no alude, por tanto, a la distinción entre público-privado. Así, usando los dos sentidos del término, una información privada (perteneciente al ámbito particular) puede ser pública (a la vista de todos) y al revés. La expresión *información pública* a la que se hace referencia a lo largo del texto, alude a aquella información relativa a las actividades de los órganos del Estado y, especialmente, de su Administración.

<sup>5</sup> Estatal en referencia no sólo a los órganos del Estado moderno, sino a toda persona, agrupación de personas o entidad que ha detentado el poder a lo largo de la historia.

<sup>6</sup> DAHL, R., *La Democracia. Una guía para los ciudadanos* (Madrid, Taurus, 1999), p. 18.

<sup>7</sup> HELD, D., *Modelos de Democracia* (Madrid, Alianza Editorial, 2001), p. 29.

que residía en el pueblo, el cual, reunido en la *asamblea* o *ekklesia*, adoptaba las decisiones sobre materias de interés común<sup>8</sup>. La distinción entre gobernantes y gobernados era tenue, atendido que el método de elección de la gran mayoría de los cargos era el sorteo y que era la colectividad la que adoptaba las decisiones de mayor relevancia. El poder político, en consecuencia, radicaba en el pueblo y era ejercido por él mismo. Como se verá, la distinción entre la titularidad del poder político y su ejercicio es una construcción de la Edad Media, del todo ajena a la realidad griega.

Habiendo identidad entre los gobernados y los gobernantes, la publicidad de la información era connatural al régimen. El sistema de adopción de decisiones que tenía lugar en la *asamblea* se basaba en la discusión y deliberación, proceso que Pericles denominaba “estudiar con exactitud” y que permitía la disertación libre y sin limitaciones, garantizada por el derecho de todos por igual a hablar en asamblea (*isegoria*)<sup>9</sup>. La libertad de expresión se traducía, por ende, en la publicidad de la información –debido a que aquella se ejercía en el proceso de adopción de decisiones sobre materias de interés común–.

La función del pueblo en la democracia ateniense era, en definitiva, decidir, para lo cual el conocimiento del asunto sometido al escrutinio y la decisión final, eran elementos centrales.

Por otra parte, la democracia ateniense reconocía la existencia de diversos mecanismos de control del poder público. Tales mecanismos correspondían, *grosso modo*, a la temporalidad de los cargos, al carácter colegiado de los órganos, al sistema de designación y a la existencia de procedimientos y reglas para la adopción de las decisiones –unanimidad y excepcionalmente mayoría–.

### *3. Absolutismo, información y patrimonio público.*

La caída de las ciudades-estado griegas en manos de Macedonia y Roma determina la desaparición de la democracia. Su lugar es ocupado por las instituciones romanas de la República, que luego dan paso a una pluralidad de centros de poder que corresponde al período de feudalismo. Posteriormente, hacia el siglo XVI la titularidad y el ejercicio del poder político se radican en una persona, el monarca, dando inicio al período absolutista.

La esencia de esta forma de gobierno en la que el cargo es vitalicio y suele ser hereditario, radica en que el soberano ejerce el poder de manera

<sup>8</sup> La forma de adoptar las decisiones en principio era la unanimidad, y en situaciones excepcionales se podía emplear la regla de la mayoría, aunque se desconoce que haya sido utilizada alguna vez. HELD, D., cit. (n. 7), p. 36.

<sup>9</sup> Ibíd., p. 33.

ilimitada y discrecional y se caracteriza por la irresponsabilidad política del gobernante. Aunque con el transcurso del tiempo esta monarquía dejó de calificársela de absoluta por el reconocimiento de ciertos límites<sup>10</sup> –lo que dio paso a la monarquía limitada o moderada–, la irresponsabilidad política se mantuvo<sup>11</sup>, por lo que las formas de control que pudieron existir fueron débiles<sup>12</sup>.

Además de la irresponsabilidad política del soberano, el patrón común en las diversas monarquías europeas fue la inexistencia de libertades de expresión y el carácter secreto de la información pública. La libertad de expresión, denominada en sus orígenes “libertad de imprenta”, es un derecho propio del constitucionalismo de corte liberal que surge recién, con más o menos fuerza, a fines del siglo XVIII debido a su estrecha vinculación con la democracia moderna, como se dirá más adelante. En consecuencia, en el régimen absoluto estaban fuertemente restringidas o derechamente suprimidas la libertad de expresión, de pensamiento y de culto.

La información estatal, en tanto, no tenía carácter público, ya que fue connatural al absolutismo el secreto. En este régimen, el poder del monarca es más eficaz cuanto más escondido de las miradas del pueblo, en tanto su actuación sea más rápida e imprevisible<sup>13</sup>. Por otro lado, ya desde antaño se desconfiaba de las capacidades del pueblo para gobernarse<sup>14</sup>, por lo que se estimaba inconducente hacer públicas las decisiones. Y a diferencia de lo que sucedía en la democracia griega en que las decisiones eran adoptadas en un espacio público –el *agora*–, en el período de las monarquías abso-

<sup>10</sup> En España, ya en el siglo XIII se reconocía la sujeción del monarca a las leyes. Similar situación tiene lugar en Inglaterra, en que la Carta Magna de 1215 impone al monarca el deber de respetar ciertas libertades de los súbditos. Sobre la materia puede verse: MALAGÓN P., Miguel, *Antecedentes hispánicos del juicio de amparo y la acción de tutela*, en *Revista de Estudios Socio-Jurídicos* 5 (Bogotá, 2003); ARROYO, A., *El origen del juicio de amparo* (s.l., s.d.); MIROSEVIC, C., *El sistema de protección de la persona durante el período indiano*, en *Revista Ius Novum* 1 (Valparaíso, 2008).

<sup>11</sup> Y aún en las actuales monarquías parlamentarias el rey carece de responsabilidad política. La diferencia radica en que ahora éste no determina el contenido político de los actos, por lo que la exención de responsabilidad reconoce fundamento.

<sup>12</sup> Hacia el final del absolutismo la exigencia de los súbditos por controlar el ejercicio del poder condujo al surgimiento de una responsabilidad política que se hacía efectiva no en el monarca, sino en el primer ministro (o en el gabinete) y que se traducía normalmente en su decapitación. El soberano, de ordinario, permanecía incólume.

<sup>13</sup> BOBBIO, N., *Estado, gobierno y sociedad* (Méjico D.F., Fondo de Cultura Económica, 1998), p. 30.

<sup>14</sup> Ya lo decía PLATÓN, *La República* (Santiago, Ed. Texido, 1993), p. 43: “En tanto que los filósofos no reinen en las ciudades, [...] en tanto la autoridad política y la filosofía no coincidan en el mismo sujeto, no habrán de cesar los males de las ciudades”.

lutas las decisiones políticas se tomaban en un lugar cerrado, el gabinete secreto<sup>15</sup>. En un inicio, el fundamento principal del secretismo radicaba en que como el poder del monarca derivaba de Dios y no del pueblo, el soberano sólo debía informar y rendir cuentas a Dios y no al pueblo. Aunque la concepción de la atribución del poder cambia con los siglos, subsiste la práctica del secretismo en el régimen absoluto.

Hasta ese entonces no existía un patrimonio público propiamente dicho. En efecto, el patrimonio del Estado era personal del monarca, por lo que siendo éste irresponsable, no se podía controlar dicho patrimonio ni perseguir la responsabilidad de los agentes en él. En el contexto del denominado Estado de Policía, surge en Alemania la “Fiskustheorie”, extendida después a Francia y España<sup>16</sup>. Retomando la noción derivada del derecho romano, la teoría del fisco se presenta como una forma de proteger a los súbditos contra los actos del soberano y que pretendía hacer frente a la irresponsabilidad del monarca expresada en la frase “The King Can do no Wrong”<sup>17</sup>. La teoría del fisco viene a escindir la personalidad del Estado en dos: por una parte, el Estado –monarca– que en principio no se encontraba sujeto al derecho<sup>18</sup>, y por la otra el fisco, persona moral o jurídica considerado en el plano patrimonial y sujeto al derecho civil. Así, el fisco se encontraba en la misma posición jurídica del administrado, sometido al derecho común y, por lo mismo, responsable por los daños causados a particulares en aplicación de las normas civiles. Más tarde la teoría del fisco y, por ende, de la doble personalidad del Estado, es abandonada y en su lugar se considera a aquél como una persona moral con

<sup>15</sup> BOBBIO, N., *Estado*, cit. (n. 13), p. 31.

<sup>16</sup> PANTOJA, R., *El Derecho administrativo. Clasicismo y modernidad* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1994), p. 39; MAURER, H., *Allgemeines Verwaltungsrecht* (16<sup>a</sup> edición, Munich, 2006), p. 16.

<sup>17</sup> Como expresa NIETO, A., *El procedimiento administrativo en la doctrina y la legislación alemanas*, en *Revista de Administración Pública* 32 (Madrid, 1960), p. 83: “El espantajo del Fisco es un símbolo expresivo que permite atacar directamente la conducta del monarca sin atentar contra su mayestática dignidad, dado que los funcionarios, la Administración, obraba siempre en nombre del rey. Para la mentalidad de la época era inconcebible emplazar directamente al rey en la vida ordinaria”.

<sup>18</sup> Sin embargo, como se dijo, lentamente el monarca fue sometiéndose a ciertos límites (véase la nota 10). Luego se reconoce la sujeción del Estado al *ius politiae*, antecedente del derecho administrativo. A pesar de ello, la irresponsabilidad, tanto política como jurídica de la actuación del monarca y sus delegados, se mantiene como regla general. La teoría del fisco se erige, en consecuencia, para solucionar este último aspecto.

un patrimonio, y que era precisamente el fisco. A partir de este momento el fisco pasa a ser el patrimonio público por excelencia<sup>19</sup>.

Con el transcurso del tiempo se fue asentando la idea de que el monarca requería el consentimiento de los gobernados, condición aplicable inicialmente a la exacción de impuestos<sup>20</sup>, y que tiene lugar en las cortes o parlamentos. Fue así como en este punto se une el origen de los parlamentos, con la teoría de la representación.

#### *4. Democracia liberal.*

En la medida que estas cortes se fortalecen el monarca comienza a perder poder, lo que culmina definitivamente con el estallido de las revoluciones en que se intenta sustituir el régimen absolutista e introducir las ideas liberales.

El problema de la titularidad del poder y su ejercicio se resolvió rescindiendo la teoría de la representación. Ahora la fuente de la soberanía radicaba en el pueblo, pero su ejercicio era delegado a representantes a cuyo cargo estaba el gobierno del Estado. Así, se retomó el ideal de la democracia griega de que el poder político residía en el pueblo, y a la vez se superaron los problemas derivados de la extensión del territorio, el aumento de la población, el desinterés por los asuntos públicos y la complejidad de las decisiones gubernamentales.

En esta forma de gobierno, denominada democracia liberal, el rol del ciudadano es elegir a los gobernantes (representantes sin mandato fijo) y controlar el ejercicio del poder. El principal medio de control es, por cierto, la misma elección. Ahora bien, la introducción de la democracia liberal fue acompañada por el reconocimiento de ciertas libertades fundamentales. Entre ellas, la libertad de pensamiento, expresión, culto y asociación se presentan como garantías esenciales para calificar un régimen de democrático<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Aunque posteriormente la teoría del fisco dio lugar a la distinción entre actos de autoridad y actos de gestión, que aceptó nuestra Corte Suprema a mediados del siglo XX para determinar los supuestos de responsabilidad de la Administración cuando obraba despovista de potestad pública.

<sup>20</sup> DAHL, R., *La Democracia. Una guía*, cit. (n. 6), p. 29.

<sup>21</sup> Así, como señala Thompson, con el advenimiento del Estado moderno: “la invisibilidad del poder quedó limitada en varios aspectos. El gabinete secreto fue reemplazado o complementado por un conjunto de instituciones más abiertas y con mayor representatividad; las decisiones y asuntos públicos más importantes estaban sujetos al debate dentro de los cuerpos parlamentarios [...]”. Cfr. BRICEÑO, I., *Lo massmediático y las sociedades contemporáneas. Un acercamiento a la relación medios-democracia*, en *Revista Venezolana de Ciencia Política* 25 (Mérida, 2004), pp. 47-48. En la misma línea, BOBBIO, N., *El futuro de la Democracia* (México D.F., Fondo de

En relación a la libertad de expresión y al carácter público de la información de los órganos del Estado, corresponde a éstas un rol fundamental en el sistema democrático ya que, como señala Carl Schmitt, “la representación sólo puede darse en la esfera de la publicidad” y “no hay ninguna representación que se desarrolle en secreto o en la intimidad”<sup>22</sup>. Es así como la posibilidad real de elegir a los representantes exige que se encuentre garantizada la posibilidad de expresar opiniones e informar (tanto de parte del candidato como del votante). La publicidad de la información, por su parte, permite conocer la actuación del gobernante, lo que a su vez posibilita que el ejercicio del voto refleje, en teoría, un juicio acerca de dicha actuación<sup>23</sup>.

Asimismo, la existencia de disenso y oposición o contienda pacífica es también un elemento central en toda democracia. Para que exista realmente oposición, forzoso es que se encuentre garantida la libertad de expresarse sobre la actuación de los gobernantes, pero para ello debe tenerse acceso a las fuentes de información sobre la actividad estatal. La publicidad de la información se presenta aquí como la base para la expresión fundada y la crítica al gobierno. Finalmente, debe tenerse presente que establecido el acceso a la información pública, la posibilidad de ejercer un control social sobre los gobernantes depende de la libertad de los ciudadanos de informar y, además, de recibir la información sin interferencia del Estado o de otros sujetos.

Los mecanismos de control y responsabilidad de los gobernantes constituyen el peldaño siguiente y se presentan también como elementos intrínsecos a la democracia. Sartori se refiere a esta forma de gobierno como aquella en la que existe una sociedad libre, no oprimida por un poder político discrecional e incontrolable, ni dominada por una oligarquía cerrada y restringida, en la cual los gobernantes respondan a los gobernados<sup>24</sup>. Robert Dahl, por su parte, señala como características definitorias de la democracia moderna (o Poliarquía) que “la ciudadanía es extendida a una proporción comparativamente alta de adultos, y entre los derechos de la ciudadanía se incluye el de oponerse a los altos funcionarios del gobierno y hacerlos abandonar su cargo mediante el voto”<sup>25</sup>. A esta finalidad el régimen de

Cultura Económica, 2005), p. 98. expresa: “Siempre ha sido considerado como uno de los puntos fundamentales del régimen democrático, el que todas las decisiones y, en general, los actos de los gobernantes deban ser considerados por el pueblo soberano”.

<sup>22</sup> BOBBIO, N., *Estado*, cit. (n. 13), p. 31.

<sup>23</sup> Recálquese la expresión en teoría, aunque incluso en la misma teoría algunos autores dudan del carácter racional del voto.

<sup>24</sup> SARTORI, G., *Qué es la Democracia* (Madrid, Taurus, 2003), p. 43.

<sup>25</sup> DAHL, R., *La Democracia y sus críticos* (Barcelona, Páidós, 2002), p. 366.

acceso a la información pública constituye una condición necesaria para el ejercicio de toda forma de control.

### III. FUNCIONES DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Como señala Kelsen, la opinión pública es connatural a la democracia al punto que resulta contradictoria su existencia con una ciudadanía que carezca de opinión<sup>26</sup>, por lo que el acceso a la información de los órganos del Estado representa una condición determinante para este régimen político. Se pueden señalar como funciones que corresponden al acceso y a la publicidad de la información pública –ya sea bajo la forma de deber estatal o como derecho subjetivo público– las siguientes:

#### 1. *Control particular.*

Por control particular entendemos la facultad que corresponde a cada ciudadano de ejercer una presión sobre el gobernante y decidir su permanencia en el cargo a través del ejercicio del sufragio. Se trata, en definitiva, de que mediante el acto de votar el ciudadano puede determinar quien ocupará los cargos de elección popular<sup>27</sup>. Sólo la visibilidad de la actuación del gobernante permite emitir un juicio fundado –a través del voto– acerca de la conducta del agente público.

#### 2. *Sustrato para la participación ciudadana.*

El significado del término participación, vocablo derivado de la voz latina *partem* (*partem capere*) gira en torno a tomar parte en algo, captarlo o encargarse<sup>28</sup>. La participación política –denominada comúnmente participación ciudadana– se refiere entonces a todas aquellas acciones que tienen lugar al interior de la sociedad, ya en forma individual o colectiva por un individuo o agrupación, dirigidas a demandar, influir o tomar parte en el proceso de decisiones públicas<sup>29</sup>. Si bien el acceso a la información pública

<sup>26</sup> KELSEN, H., *Teoría general del Derecho y del Estado* (Méjico D.F., UNAM, 1995), p. 341.

<sup>27</sup> Este sentido del término “control particular” lo empleamos para distinguirlo del control social, aunque en la literatura el control a través de las elecciones es presentado como una modalidad de este último. Por nuestra parte, se prefiere desvincularlo del control social sólo por motivos de orden conceptual.

<sup>28</sup> MORENO, A., *La participación como problema para una definición del concepto*, en *Revista Venezolana de Ciencia Política* 24 (Mérida, 2003), p. 2. Si bien las posibilidades y los defectos de la participación ciudadana exceden el marco de este trabajo, debe señalarse que la introducción de mecanismos de participación en los sistemas democráticos actuales está lejos de ser un tema pacífico.

<sup>29</sup> FERNÁNDEZ, L., *Algunas aproximaciones a la participación política*, en *Revista*

no supone tomar parte de la actividad de gobierno –pues el flujo de información es unidireccional y no existe posibilidad de retroalimentación<sup>30</sup>–, constituye éste el presupuesto base para el ejercicio de toda participación en la cosa pública. En este sentido se ha señalado que una de las condiciones de la participación ciudadana corresponde a la existencia de un gobierno abierto y transparente y un flujo de información consistente desde el gobierno hacia los ciudadanos y viceversa<sup>31</sup>. En tanto que la ausencia de información inhibe el proceso de participación ciudadana o la reduce a la trivialidad<sup>32</sup>, pues resta fundamento a dicha actividad.

### *3. Control social, “accountability” y protección del patrimonio público.*

La protección del patrimonio público desde la perspectiva del derecho administrativo se refiere principalmente a mantener la intangibilidad de los bienes que corresponden al Estado<sup>33</sup>, entre los que se incluyen aquellos que pertenecen al fisco, a las municipalidades y gobiernos regionales, así como a aquellas entidades descentralizadas funcionalmente y que cuentan con patrimonio propio. La disposición del patrimonio público viene determinada, *grosso modo*, por la ley de presupuestos y, excepcionalmente, por decreto de emergencia económica<sup>34</sup>. Para la protección de su intangibilidad, el derecho administrativo ofrece un cúmulo de instrumentos que de

*Reflexión Política 1* (Bucaramanga, 1999), p. 7.

<sup>30</sup> Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, *Participación ciudadana en la gestión de gobiernos regionales y municipios: diagnóstico situación actual* (Santiago, 2004), p. 12.

<sup>31</sup> GONZÁLES DE ASÍS, M., *Participación cívica en la gobernabilidad local* (s.l., 2002), p. 5.

<sup>32</sup> CELEDÓN, Carmen - ORELLANA, Renato, *Gobernanza y participación ciudadana en la reforma de Salud en Chile* (ponencia presentada en el Tercer Foro Interamericano Subregional de Liderazgo en Salud, s.l., 2003), p. 11.

<sup>33</sup> Aunque en la doctrina no existe claridad acerca del concepto de patrimonio público. En sentido amplio, éste ha sido entendido como los recursos y bienes que pertenecen al Estado. SILVA CIMMA, E., *Derecho administrativo chileno y comparado. El control público* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992), p. 237. Sobre la materia puede verse: VERGARA, A., *Naturaleza jurídica de los bienes nacionales de uso público*, en *Ius Publicum 3* (1999), pp. 73-83.

<sup>34</sup> El proceso de disposición del patrimonio financiero reconoce, en términos generales, cuatro grandes fases: i) la planificación del gasto público por el Ejecutivo mediante la ley de presupuesto del sector público; ii) la discusión y aprobación en el Congreso de dicha ley; iii) el proceso de gasto público; y iv) la rendición de cuentas. WHITE, F. - HOLLINGSWORTH, K., *Audit, Accountability and Government* (New York, Clarendon Press, 1999), p. 1. La disposición de los demás bienes se efectúa de conformidad con las normas especiales por las que se rige la Administración, entre nosotros especialmente por el DL. N° 1939 de 1977.

forma directa o indirecta tienen como finalidad asegurar la integridad del patrimonio público<sup>35</sup>. Sin embargo, las limitaciones connaturales a los mecanismos de control existentes –incluso de carácter material<sup>36</sup>–, las barreras y asimetrías de información, a menudo son factores que contribuyen a la aparición y pervivencia de formas de corrupción en el sistema<sup>37</sup>. En tanto el acceso y el efectivo uso de la información permiten a la ciudadanía, a través del ejercicio de acciones administrativas o jurisdiccionales, mediante la presión social, la publicidad de los medios de comunicación o de las manifestaciones en ejercicio de las libertades de expresión, asociación y reunión, ejercer un control social o *accountability* sobre la actividad de los agentes públicos, lo que se traduce, en definitiva, en otra modalidad de resguardo a la intangibilidad del patrimonio público<sup>38</sup>.

A este objetivo la divulgación de la información pública es esencial para la construcción de mecanismos de control social sobre la Administración<sup>39</sup>.

---

<sup>35</sup> BERMÚDEZ, J., *La protección del patrimonio público a través de instrumentos administrativos*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* 14 (Antofagasta, 2007) 1, p. 22.

<sup>36</sup> En el caso “Chiledeportes”, por ejemplo, según informaciones en medios de comunicación, el control de seis mil proyectos en la Región Metropolitana estaba encargado a sólo seis funcionarios de esa repartición.

<sup>37</sup> KRISHNAN, G., *Increasing Information Access to Improve Political Accountability & Participation. Mapping future actions in Asia Pacific* (Tokyo, 2001), p. 4.

<sup>38</sup> La expresión “accountability” es empleada usualmente en el derecho comparado para referirse a aquellos mecanismos que permiten construir un sistema de rendición de cuentas de los agentes públicos y que se basan en el compromiso y participación de la ciudadanía, en el cual son los ciudadanos individualmente considerados y/o las organizaciones de la sociedad civil los que precisamente participan y exigen esta rendición. En relación a los mecanismos en que se traduce dicho control, MALENA, C. y otros, *Social Accountability. An introduction to the concept and emerging practice* (Washington, D.C., Banco Mundial, 2004), p. 3, expresan: “Traditionally, these have included a variety of citizen or civil society-led actions such as public demonstrations, protests, advocacy campaigns, investigative journalism and public interest lawsuits. [...]. These include, for example, participatory public policy-making, participatory budgeting, public expenditure tracking, citizen monitoring and evaluation of public service delivery”.

<sup>39</sup> MALENA, C. y otros, cit. (n. 38), p. 12. En el mismo sentido, HEEKS, R., *Government for Development Transparency Definitions Page* (disponible en: [www.egov4dev.org/transpdefn.htm](http://www.egov4dev.org/transpdefn.htm)) señala: “Transparency is a necessary part of accountability but – as suggested in the ‘levels’ just above – it is not the same as accountability. To hold a public servant accountable, you must first find out information about that public servant’s decisions and actions (transparency), but you then must go further if you are actually to hold them to account for their decisions and actions. That further step – accountability – involves more than information”.

Dicha forma de control puede desarrollarse a través del ejercicio de los siguientes mecanismos enfocados a la protección del patrimonio público:

a) Ejercicio de mecanismos de control administrativo y jurídico: Como es natural, la actividad de control desarrollada por la ciudadanía puede activar los mecanismos de control administrativo tanto interno (*v.gr.* denuncia ante el mismo servicio en que se detecta una práctica corrupta) como externo (*v.gr.* presentación ante la Contraloría General de la República solicitando la incoación de sumario administrativo), como aquellos de carácter jurisdiccional (*v.gr.* denuncia ante el Ministerio Público).

b) Activa el control político: El ejercicio de mecanismos de control social, especialmente aquellos en que se da a conocer por los medios de comunicación una irregularidad que afecta el patrimonio público, puede dar lugar a que se persiga la responsabilidad política del gobernante. Ello puede traducirse en la destitución del cargo de exclusiva confianza e incluso en la presentación de una acusación constitucional por el Poder Legislativo y la eventual destitución e inhabilitación para el desempeño de cargos públicos del funcionario acusado.

#### *4. Cultura de transparencia.*

Por otra parte, la publicidad de la información genera una cultura de transparencia que favorece la probidad y, en último término, permite la conservación de la integridad del patrimonio público. La corrupción ha sido explicada por Robert Klitgaard mediante la siguiente fórmula: Corrupción (C) = Monopolio (M) + Discrecionalidad (D) – Transparencia (T)<sup>40</sup>. La publicidad de la información se presenta entonces como una medida que, al exponer la actividad del gobernante al escrutinio del público, fomenta una cultura de transparencia de la Administración que desincentiva las prácticas corruptas.

#### *5. Incentiva la eficiencia y eficacia.*

Es evidente que el secretismo potencia la ineficiencia e inefficacia en el actuar administrativo<sup>41</sup>. En tanto, el hecho que los actos de los agentes públicos se encuentren sometidos a las miradas del público, al menos representa un desincentivo para la desidia, la ineficiencia, inefficacia y la dilapidación de recursos en el obrar de la Administración.

---

<sup>40</sup> KRISHNAN, G., cit. (n. 37), p. 3.

<sup>41</sup> Como señala la ONG, Article XIX, “Bad government needs secrecy to survive. It allows inefficiency, wastefulness and corruption to thrive”. Article XIX, *The Public's Right to Know. Principles on freedom of information legislation* (London, 1999), p. 1.

*6. Facilita la defensa de derechos o interés individuales, colectivos o difusos.*

Según el último estudio de opinión elaborado por la Comisión Defensora Ciudadana perteneciente al Ministerio Secretaría General de la Presidencia, el 80% de los chilenos considera que en los servicios públicos sus derechos no son respetados<sup>42</sup>. De éstos, sólo un 26% reclama frente a la vulneración de sus derechos frente a la Administración<sup>43</sup>. Como señala la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “el mantenimiento del secreto oficial en estos casos no contribuye más que a la perpetuación de la impunidad y a la erosión de la autoridad del Estado ante propios y extraños”<sup>44</sup>, y en palabras de Krishnan, “Secrecy, as history world testify, breeds corruption and emasculates human rights [...]. It is in this highly disabling environment that access to information transmutes into a powerful tool to ensure good governance and protection of human right”<sup>45</sup>. La base de toda reclamación contra la Administración está determinada por la información con que se cuente. Por ello, sólo un régimen de acceso permite garantizar el ejercicio de acciones de tutela y exigir la responsabilidad del Estado-administrador. En otro extremo, y más preocupante aún es que la encuesta citada también evidencia que el 9% de los entrevistados no reclaman ante los servicios públicos “porque no supieron cómo formular un reclamo o porque simplemente no sabían que podían reclamar”<sup>46</sup>. Asimismo, la posibilidad real de impugnar el acto administrativo supone tener acceso a la fundamentación de la decisión, a la publicidad del procedimiento y a la documentación que sustentó el actuar de la Administración.

*7. Legitimidad de las decisiones.*

Es indudable que el conocimiento que se dé a los administrados de las decisiones adoptadas por el poder público favorece la aceptación de aquellos. Esto sobre todo cuando se proporciona información *ex-ante* de la adopción de la decisión. Desde otro ángulo, dar a conocer las decisiones a los administrados cuando éstas alteran su situación jurídica constituye

---

<sup>42</sup> Comisión Defensora Ciudadana, *80% de chilenos considera que sus derechos ciudadanos no son respetados*, disponible en: [http://www.comisiondefensoraciudadana.cl/noticia/ficha\\_noticia.php?noticia\\_id=184](http://www.comisiondefensoraciudadana.cl/noticia/ficha_noticia.php?noticia_id=184) [citado el 4 de marzo de 2008]

<sup>43</sup> Ibíd.

<sup>44</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual 1998*, Capítulo VII, “Recomendaciones sobre Acceso a Archivos y Documentos en Poder del Estado”.

<sup>45</sup> KRISHNAN, G., cit. (n. 37), p. 3.

<sup>46</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual 1998*.

una exigencia del debido proceso, pues permite ejercer el derecho a defensa mediante la impugnación de la actuación.

#### *8. Sustrato de la libertad de expresión.*

Como se ha señalado, la publicidad de la información está en íntima vinculación con la libertad de expresión. Ello debido a que, sobre todo en el derecho comparado, se ha considerado que la libertad de expresión incluye no sólo la libertad de opinión, información y creación, sino también el derecho a recibir y exigir información a los órganos estatales<sup>47</sup>. En nuestro sistema jurídico interno, como se verá, esta garantía no supone la obligación de la Administración de proporcionar dicha información. En todo caso, es evidente que un régimen de acceso a la información pública permite emitir opiniones y mensajes informativos con mayor sustento, es decir, amplia el objeto de la expresión.

#### IV. MODELOS DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN EL DERECHO COMPARADO.

La preocupación por establecer un régimen de acceso a la información en manos de la Administración es relativamente reciente. La *Declaración universal de derechos humanos* de 1948, si bien reconoce en su artículo 19 la libertad de expresión y el derecho a investigar y recibir informaciones, no contempla, en cambio, la obligación estatal de proporcionarlas. La democratización de los gobiernos y el cambio en la gestión de los asuntos públicos que se introduce con el “New Public Management” a partir de la segunda mitad del pasado siglo, constituyen el punto de inicio para la dictación en diversos países de cuerpos normativos que directa o tangencialmente consagran el régimen de libre acceso a la información pública como regla general. En la actualidad, más de cincuenta países alrededor del mundo han adoptado leyes sobre acceso a la información gubernamental<sup>48</sup>. En el continente americano, Belize, Canadá, Colombia, República Dominicana, Ecuador, Jamaica, México, Panamá, Perú, Trinidad y Tobago, Estados Unidos y recientemente nuestro país, dan muestra de esta tendencia.

---

<sup>47</sup> Así lo ha señalado reiteradamente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y se ha reconocido en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En este sentido, este último órgano jurisdiccional regional, en el caso “Marcel Claude y otros v. Chile” interpretando el artículo 13 de la *Convención Americana de Derechos Humanos*, ha expresado que el derecho a la libertad de información incluye el derecho colectivo a recibir información de que disponen otros.

<sup>48</sup> Article XIX et al, *In the Inter-American Commission of Human Right. Marcel Claude Reyes and other v. Chile* (London, 1999), p. 6.

La fórmula legislativa para el reconocimiento positivo del acceso a la información pública ha variado. En algunos sistemas se ha efectuado mediante la consagración de un deber estatal de proporcionar al público de oficio cierta información, usualmente a través de plataformas electrónicas (lo que se denomina información activa). Otros Estados, en tanto, se han conformado con reconocer, ya en normativa expresa o a través de la práctica jurisprudencial, el derecho de acceso a la información estatal como integrante de la libertad de expresión, como el caso de India<sup>49</sup> y Korea del Sur. En cambio, en otros sistemas se ha avanzado en la consagración del acceso a la información gubernamental como derecho subjetivo público de rango legal, y, actualmente en más de catorce países entre los que se incluye Colombia, Guatemala, Perú y Venezuela, esta garantía ha venido a ensanchar el catálogo de derechos fundamentales en las constituciones políticas<sup>50</sup>. Finalmente, algunos ordenamientos reconocen sistema complejos en que confluye la modalidad de deber estatal de información activa, con el derecho subjetivo –ya sea de rango legal, constitucional o como integrante de la libertad de expresión– a acceder a la información estatal, como el caso chileno.

## V. ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL COMO BASE PARA EL CONTROL SOCIAL DEL PATRIMONIO PÚBLICO

### 1. Reconocimiento constitucional.

a) Libertad de expresión. Como se sabe, el Nº 12 del artículo 19 CPR. consagra una porción de la libertad de expresión (libertad de opinión e información), garantía desarrollada por el legislador en la Ley Nº 19.733 sobre *Libertades de opinión e Información y ejercicio del Periodismo*. Su artículo 1 establece el derecho a “*buscar y recibir opiniones*”, así como el derecho de las personas a “*ser informadas sobre hechos de interés general*”. La garantía mencionada se ha denominado libertad de información, e incluye el derecho a la información, que corresponde a aquella situación jurídica de poder que le garantiza al individuo el acceso a una información que,

---

<sup>49</sup> En este país, la Corte Suprema, entendiendo que: “right to know which seems implicit in the right of free speech and expression”, estableció: “[w]here a society has chosen to accept democracy as its creedal faith, it is elementary that the citizens ought to know what their government is doing. The citizens have a right to decide by whom and by what rules they shall be governed and they are entitled to call on those who govern on their behalf to account for their conduct”. “S.P. Gupta v. Union of India” [1982] AIR (SC) 149, at 232, cfr. Article XIX et al, *In the Inter-American*, cit. (n. 48), p. 7.

<sup>50</sup> Article XIX et al, *In the Inter-American*, cit. (n. 48), p. 6.

por serle útil y beneficiosa, constituye para él un bien jurídico<sup>51</sup>. Ahora bien, tanto la doctrina como la jurisprudencia constitucional han señalado que el derecho a ser informado no implica un sujeto pasivo obligado a informar, sino que la garantía abarca solamente conocer las noticias y opiniones que ya han sido expresadas públicamente<sup>52</sup>. En consecuencia, la libertad de información por sí misma no garantiza la accesibilidad de las fuentes informativas, sino que sólo garantiza el acceso a aquellas fuentes publicadas que se encuentren disponibles<sup>53</sup>. Esta ha sido la interpretación recogida por el Tribunal Constitucional en Sentencia N° 226, de 30 de octubre de 1995<sup>54</sup>.

A pesar de ello, y contradiciendo el fallo precedentemente citado, reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sostenido que el derecho a acceder a la información que obra en poder de los órganos del Estado forma parte de la libertad de expresión. Tal ha sido la interpretación sustentada en el considerando noveno de la Sentencia rol N° 634-2006, en que el Tribunal destaca el rol de la publicidad de la información como medio para el control social: “[...] *el derecho de acceso a la información pública se encuentra reconocido en la Carta Fundamental –aunque no de forma explícita– como un mecanismo esencial para la vigencia 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*”. Idéntica interpretación ha sido sostenida en la prevención que efectúan los ministros Marcelo Venegas y Enrique Na-

<sup>51</sup> BONET, J., *El derecho a la información en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos* (Barcelona, Publicaciones Universitarias, 1994), p. 58, cit. por Chueca, S., *La libertad de expresión en el marco de la Ley N° 19.733 sobre Libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo* (Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2003), p. 22.

<sup>52</sup> CHUECA, S., cit. (n. 51), p. 31.

<sup>53</sup> CAYAZZO, C., *Las libertades de opinión e información en la Ley N° 19.733* (Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2003), p. 13.

<sup>54</sup> Su considerando 21º establece: “[...] *el derecho establecido en el proyecto de ley para que las personas reciban información, se refiere a que, proporcionadas por los medios de comunicación, nace el derecho. Ello no significa en ningún caso que se pueda obligar a alguna persona o a algún medio a entregar determinadas informaciones. / Si así fuera y se entendiera que la autoridad puede obligar a las personas o a los medios a informar, se estaría atentando contra claros preceptos constitucionales, como son la autonomía de los grupos intermedios que está consagrada en el artículo 1º, inciso tercero, de nuestra Ley Fundamental y la libertad de opinar y de informar sin censura previa. Artículo 1 reconoce el derecho a “buscar y recibir informaciones”, así como el derecho de las personas “a ser informadas sobre hechos de interés general”.*

varro en la Sentencia rol N° 1051-2008, en que entienden que el derecho de acceso integra la libertad de información reconocida en el artículo 19 N° 12 CPR.

En nuestra opinión, si bien la interpretación sostenida recientemente por el Tribunal Constitucional es errónea –ya que el derecho a ser informado no implica un deber de informar sino únicamente el derecho a recibir informaciones publicadas sin interferencia de terceros–, por cierto que el derecho a recibir información se complementa con un régimen de acceso a la información pública y con el principio de transparencia de la actividad administrativa<sup>55</sup>.

b) Derecho de petición. Esta garantía constitucional se presenta como una figura residual frente a la presencia de un derecho público subjetivo a acceder a la información estatal. La inexistencia del deber constitucional de la Administración de dar respuesta a estas peticiones lo configura, en la práctica, como una garantía de escasa utilidad<sup>56</sup>. A pesar de ello, la Contraloría General de la República ha sostenido que “*la autoridad administrativa está obligada a contestar por escrito las solicitudes que formulen los particulares en el ejercicio del derecho de petición, sea acogiéndo o denegando lo solicitado o bien, cuando carezca de competencia, debe limitarse a declarar ese hecho, siempre que el peticionario proceda en términos respetuosos y convenientes*”<sup>57</sup>.

c) Probidad y publicidad. La reforma constitucional del año 2005 introducida por la Ley N° 20.050 vino a asignar rango constitucional a los principios de probidad y publicidad de la actuación de los órganos del Estado. El inciso primero del artículo 8 CPR establece el principio de probidad de la función pública, antes consagrado respecto de la Adminis-

---

<sup>55</sup> ESPIN, E., *Los derechos de libertad (II)*, en VV. AA., *Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos* (Valencia, Tirant lo Blanch, 1997), p. 267.

<sup>56</sup> Sin embargo, por aplicación de la LBPA., si la petición da inicio a un procedimiento administrativo, la Administración debe al menos informar la decisión una vez finalizado el procedimiento o transcurrido el plazo máximo para resolver. En caso de falta de pronunciamiento, la omisión puede constituir silencio administrativo negativo y dar lugar a su impugnación en sede administrativa o jurisdiccional. En el ámbito municipal, en cambio, la LOCM establece la obligación de la entidad local de dar respuesta a las peticiones dentro del plazo máximo de treinta días, período que puede ser inferior según se determine por ordenanza municipal. En el derecho español, el Tribunal Constitucional ha estimado que la Administración se encuentra obligada no sólo a proporcionar respuesta a estas peticiones, sino que tal respuesta constituye una actuación administrativa sujeta a revisión jurisdiccional. ESPIN, E., cit. (n. 55), p. 319.

<sup>57</sup> Dictamen N° 13.272, de 3 de mayo de 1990.

tración en el artículo 52 LBGAE. Por su parte, el principio de publicidad aparece en el inciso segundo de la norma respecto de los actos y resoluciones de los órganos del Estado<sup>58</sup>, extendiéndose a sus fundamentos y procedimientos que utilicen.

La publicidad de los fundamentos y procedimiento, respecto de los actos administrativos, se explica principalmente por la necesidad de los administrados de conocer los motivos de hecho y de derecho y la forma con base a la cual la Administración adoptó la decisión. Ello, como se señaló, constituye una exigencia del debido proceso respecto de los interesados en el procedimiento administrativo y es la base para el ejercicio del derecho a la tutela jurisdiccional e impugnación del acto administrativo.

En relación a las excepciones a la publicidad, el precepto, junto con establecer las causas (cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de los órganos estatales, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional), permite establecer la reserva o secreto sólo mediante ley de quórum calificado. Esta exigencia, que sin duda constituye un avance en relación al régimen establecido respecto de la Administración en el inciso final del artículo 13 LBGAE. (que encargaba al reglamento dicha función), genera dificultades prácticas respecto de situaciones de excepción que actualmente se encuentran establecidos en leyes que no cumplen con el carácter de quórum calificado<sup>59</sup>. Por otra parte, la CPR. sólo consagró la publicidad respecto de los órganos del Estado, mas no un derecho público subjetivo a acceder a ella, ni una acción de amparo de tal garantía. Sin embargo, la situación más cuestionable a partir de la reforma es que, al establecer la publicidad respecto de los actos, resolucio-

<sup>58</sup> Nótese que esta parte del precepto en realidad no innovó en el ordenamiento jurídico respecto de la Administración y del Poder Judicial.

<sup>59</sup> La solución que se ha buscado, en la práctica, ha sido entender que las leyes dictadas con anterioridad a la introducción del precepto en referencia y que establecían situaciones de excepción (en la medida que no contrarién las causas previstas por la disposición constitucional), cumplen con la exigencia de quórum calificado, en virtud de la aplicación de la disposición cuarta transitoria. Aunque dicho precepto (antigua disposición quinta transitoria) regulaba la entrada en vigencia de la Constitución, el constituyente en la reforma de 2005 la mantuvo, lo que podría motivar a extender su aplicación al caso en comento. Dado que la solución contraria es abogar por la inconstitucionalidad sobrevenida de dichas leyes, incluida, por cierto, la LBGAE., es que el artículo 1 de las disposiciones transitorias de la Ley Nº 20.285 sobre *Acceso a la información pública*, dispone: “*De conformidad a la disposición cuarta transitoria de la Constitución Política, se entenderá que cumplen con la exigencia de quórum calificado, los preceptos legales actualmente vigentes y dictados con anterioridad a la promulgación de la ley Nº 20.050, que establecen secreto o reserva respecto de determinados actos o documentos, por las causales que señala el artículo 8º de la Constitución Política*”.

nes, fundamentos y procedimientos, la CPR. determinó, a *contrario sensu*, el secreto o reserva respecto del resto de la información que se encuentra en poder de la Administración. Sin embargo, cumpliendo el estándar fijado por la Constitución y respetando las garantías fundamentales, es tarea del legislador ampliar el principio de publicidad a otros aspectos no cubiertos por el precepto constitucional.

## *2 Reconocimiento legal.*

a) Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado: Como se sabe, la Ley N° 19.653 de 1999 –denominada usualmente “ley de probidad”–, recogiendo las recomendaciones formuladas por la, a la sazón existente, Comisión Nacional de Ética Pública, introduce diversas modificaciones a la LBGAE. en materia de acceso a la información. Así, se agrega al artículo 3 el principio de *probidad, transparencia y publicidad administrativa*, desarrollado este último bajo los actuales artículos 13 y 14, y que representan la primera consagración legislativa de la publicidad de los actos administrativos (incluidos los documentos que le sirven de sustento o complemento directo o esencial, así como los informes y antecedentes de empresas privadas que prestan servicios de utilidad pública o en las que el Estado tiene cierto grado de participación) y del derecho a acceder a ellos, así como de un procedimiento contencioso administrativo especial –entregado a la jurisdicción ordinaria por cierto– para hacer efectivo tal derecho. Sin que sea posible entrar al análisis de los preceptos y su evolución<sup>60</sup>, conviene señalar que si bien, como se señaló, la Carta Fundamental no consagra un derecho público subjetivo de acceder a la información, de esto se encargó el actual artículo 13 LBGAE. Se trata, en definitiva, de un derecho subjetivo de rango legal<sup>61</sup> que se encuentra garantizado por una acción contencioso administrativo especial conocida como “amparo de información”. Finalmente, a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.050 que introduce

---

<sup>60</sup> Al respecto, ALLESCH, J. - OBANDO, I., *Aproximación dogmática y jurisprudencial a los principios de transparencia y publicidad de los actos e información administrativa*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 26 (Valparaíso, 2005).

<sup>61</sup> Si bien el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado sobre la naturaleza de este derecho, ha reconocido, en cambio, la existencia de derechos subjetivos de rango legal. En este sentido, en Sentencia N° 226, de 30 de octubre de 1995, considerando 25º, el intérprete constitucional estableció: “cabe señalar que esta norma consagra un derecho de rango legal materia que puede ser abordada por el legislador puesto que universalmente tanto la doctrina como nuestra Constitución Política reconocen la existencia de derechos aunque no estén consagrados en el texto constitucional, a menos que esta consagración implique una violación a las normas fundamentales”.

el antes comentado artículo 8 CPR., se ha entendido que diversas partes del artículo 13 LBGAE. han quedado tácitamente derogadas, lo que se confirma con su derogación expresa en la reciente Ley sobre Acceso a la Información Pública, como se dirá más adelante.

En forma análoga, como resultado de la mencionada reforma el DS N° 26 de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que contenía el Reglamento sobre Secreto o Reserva de los Actos y Documentos de la Administración del Estado, fue expresamente derogado por el DS N° 134 de 2005, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicado en el D.O. de 5 de enero de 2005, con lo que quedaron en consecuencia derogadas las resoluciones dictadas al amparo de dicho Reglamento.

b) Ley N° 19.880 que establece “Bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado”. Además del avance que significó la dictación de esta ley en materia de procedimiento administrativo, su artículo 16 introdujo el principio de transparencia y publicidad en el procedimiento. Más que un principio, en realidad se trata de una norma de derecho positivo que establece una regla general de publicidad del contenido y fundamento de las resoluciones adoptadas en el marco de un procedimiento administrativo. La comentada reforma constitucional también determinó la inconstitucionalidad sobrevenida de la referencia al reglamento que se hace en el inciso segundo del artículo 16 en materia de excepciones a la publicidad, precepto también modificado por la Ley N° 20.285 sobre *Acceso a la información pública*. Por otra parte, el artículo 17 LBPA. establece, como derechos de las personas en sus relaciones con la Administración del Estado, el derecho a conocer el estado de tramitación de los procedimientos en que tengan condición de interesados, obtener copia de documentos que rollan en el expediente, acceder a los actos administrativos y documentos, y obtener información acerca de los requisitos jurídicos y técnicos de los proyectos, actuaciones o solicitudes. Por otra parte, el artículo 39 permite a la Administración, cuando la naturaleza del procedimiento lo requiera, ordenar un período de información pública, el que permite a cualquier persona examinar el procedimiento. Finalmente, la LBPA. dispone la exigencia de dar a conocer la decisión del asunto a los interesados a través de la notificación o publicación del acto administrativo, y establece la procedencia del recurso extraordinario de revisión en sede administrativa cuando tal actuación no se hubiere verificado.

c) Ley N° 18.695, “Orgánica constitucional de municipalidades”. Tradicionalmente se ha sostenido que el municipio es la organización más cercana al ciudadano. El municipio es la célula básica de nuestra organización política. Es el espacio donde se manifiestan las primeras

relaciones de los ciudadanos con el derecho<sup>62</sup>. Reconociendo la cercanía del municipio con los administrados, la LOCM. es el cuerpo normativo más desarrollado en cuanto a la participación ciudadana y, exceptuando claro está la Ley recientemente aprobada sobre la materia, respecto del acceso a la información pública. En efecto, la LOCM. contempla la obligación del alcalde de rendir anualmente cuenta pública de la gestión y marcha general de la municipalidad. Dicha cuenta debe incluir todo hecho relevante de la administración comunal que deba ser conocido por la comunidad. Un extracto de ella debe ser difundo a la comunidad y, además, la cuenta debe estar disponible íntegramente para la consulta de los ciudadanos. Sin embargo, hasta el año 2004 del total de 190 cuentas públicas diagnosticada, la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo advierte que, en general, éstas no presentan los contenidos mínimos que la ley prescribe<sup>63</sup>. Otra manifestación del principio de transparencia y publicidad de la información se traduce en que las sesiones del Concejo Comunal, tanto ordinarias como extraordinarias, tienen carácter público, salvo que 2/3 de los concejales acuerden su carácter secreto. De mayor relevancia práctica, el artículo 98 dispone que toda municipalidad debe habilitar y mantener en funcionamiento una oficina de partes y reclamos abierta a la comunidad, en la que deben estar disponibles, para quien lo solicite, una serie de instrumentos y documentos municipales (plan comunal de desarrollo, plan regulador, presupuesto comunal, reglamento interno, reglamento de contrataciones y adquisiciones, todas las ordenanzas y resoluciones municipales, convenios, contratos, concesiones, cuentas públicas de los alcaldes en los últimos tres años, y los registros mensuales de gasto de los últimos dos años). Junto con ello, establece el deber de la municipalidad de dar respuesta a las presentaciones o reclamos en un plazo máximo de treinta días. El mismo precepto consagra también la publicidad de la información y documentos municipales, sin restringirla a los actos administrativos. Más recientemente, el artículo 5 Nº 3 de la Ley Nº 20.033 introdujo al artículo 27 LOCM. la obligación de la Unidad de Administración y Finanzas de mantener un registro mensual, disponible al público, sobre el desglose de los gastos del municipio. Este registro mensual y el informe trimestral de los pasivos de la municipalidad deben estar disponibles en la página web de la municipalidad. Todas estas medidas apuntan a permitir el conocimiento y el ejercicio del control social para velar por la integridad del patrimonio municipal. Finalmente, la Ley Nº 20.285 estableció que

---

<sup>62</sup> Almada, C., *La descentralización política y el fortalecimiento municipal*, en *Gaceta Mexicana de Administración Pública Estatal y Municipal* 16 (México, D.F., 1985), p. 85.

<sup>63</sup> Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, cit. (n. 30), p. 45.

las resoluciones municipales, señaladas en el artículo 12 LOCM., deben estar a disposición del público y publicarse en los sistemas electrónicos o digitales de la municipalidad. Asimismo, dicho cuerpo legal modificó el artículo 84 LOCM., disponiendo el carácter público de las actas del Concejo Municipal, estableciendo su contenido mínimo y ordenando su publicación electrónica o digital.

d) Otros cuerpos normativos. En materias específicas existen diversos cuerpos normativos que establecen la publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado. En este sentido, los artículos 20 y 21 de la Ley N° 19.886, sobre *Bases de contratos administrativos de suministro y prestación de servicios*, establecen el deber de los órganos de la Administración del Estado así como de los demás organismos públicos, salvo las empresas públicas creadas por ley, de publicar en el Sistema de Información de las Compras y Contrataciones la información básica relativa a sus contrataciones, salvo las que tengan carácter secreto, reservado o confidencial, en conformidad a la ley. La Contraloría General de la República, interpretando los artículos señalados, estableció que la obligación de publicar rige respecto de “*todos los órganos de la Administración Pública, e incluso para los órganos del sector público no regidos por esta ley, con las solas excepciones previstas en ellas*”<sup>64</sup>.

### *3. Reconocimiento jurisprudencial.*

a) Jurisprudencia judicial. La jurisprudencia judicial sobre acceso a la información pública ha experimentado un notable desarrollo desde la introducción, en 1999, del denominado amparo de información. A partir de ese momento, la justicia ordinaria ha debido pronunciarse en diversas oportunidades sobre la negativa por parte de la Administración a proporcionar la información requerida por los particulares. En los casos de mayor connotación por lo general han intervenido organizaciones no gubernamentales y han tenido lugar principalmente en materia ambiental, ámbito en el cual el acceso a la información pública como sustrato para la participación ciudadana y la defensa de intereses difusos es un principio que ha sido reconocido desde temprano en diversos instrumentos internacionales<sup>65</sup>. En la mayoría de los casos en que se ha reconocido el derecho de los particulares de acceder a la información administrativa,

---

<sup>64</sup> Dictamen N° 18.267, de 24 de abril de 2007, en aplicación de dictámenes N°s 12.679 y 34.033, ambos de 2005.

<sup>65</sup> Así se establece, entre otros instrumentos internacionales, en el principio 10º de la *Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo* de 1992.

se ha establecido como suficiente interés que dicha solicitud de acceso se efectúe en ejercicio del control social sobre los agentes públicos<sup>66</sup>.

b) Jurisprudencia administrativa. Con bastante anterioridad a la emisión de la Ley N° 19.653 de *Probidad* en 1999, la Contraloría General de la República había establecido, con variaciones por cierto, el principio de publicidad de los órganos que integran la Administración. Así, ya el dictamen N° 76.184 de 1974 se refiere al acceso a la información pública por los particulares. A partir del establecimiento del derecho de acceso contenido en la LBGAE., el órgano contralor revisa, en el dictamen 49.883 de 2004, la legalidad de un cúmulo de resoluciones exentas de servicios públicos que establecían el secreto o reserva de ciertos actos, documentos y antecedentes, dictadas todas ellas en virtud de lo dispuesto por los artículo 6, 8 y 9 del DS. N° 26 de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Reglamento sobre Secreto y Reserva antes aludido. En aquella oportunidad, la Contraloría ordenó que dichos Servicios las “*reexaminen a la brevedad de acuerdo con los criterios indicados en el cuerpo de este pronunciamiento y, en los casos que corresponda, las modifiquen en términos que se ajusten a la normativa que les sirve de sustento*”. Más tarde, con la derogación del Reglamento sobre Secreto o Reserva, la Contraloría, en Dictamen N° 59.154 de 2005, declaró derogadas las resoluciones dictadas al amparo de dicho cuerpo reglamentario.

#### 4. Práctica interna de la Administración.

En materia de información pública, la Presidencia de la República ha establecido pautas a través de decretos supremos, instructivos presidenciales u oficios dirigidos a los órganos de la Administración del Estado. Ya en 1990 el DS. N° 680 del Ministerio del Interior dispone que ciertos órganos de la Administración e incluso empresas públicas creadas por ley, debían establecer oficinas de información. Según su artículo 2 letra a), a dichas

---

<sup>66</sup> En este sentido, la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago rol N° 5226-2002 “Claude Reyes, Marcel con Director Ejecutivo de CONAF”, en su considerando 7º, estableció: “*Que de todo lo que se ha dejado expuesto fluye que la omisión de la Corporación Nacional Forestal de entregar los antecedentes solicitados por la “Fundación Terram” vulnera el legítimo ejercicio del control social sobre los agentes del Estado y la esfera pública tratándose de asuntos que tienen como fundamento el interés de la comunidad*”. En la misma línea, el considerando 8º de la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago rol N° 585-2003 “Moral Puig, Claudia con Superintendencia de Electricidad y Combustibles”, establece: “*Que de todo lo que se ha dejado expuesto fluye que la negativa de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles a la entrega de los antecedentes solicitados por doña Claudia Andrea Moral Puig, vulnera el legítimo ejercicio del control social sobre los agentes del Estado y la esfera pública tratándose de antecedentes que tienen como fundamento el interés de la comunidad*”.

oficinas corresponde: “*Informar al administrado sobre la organización, competencia y funcionamiento del órgano [...], los procedimientos y su tramitación [...]*”. Uno de los instructivos más relevantes es el Instructivo Presidencial N° 30 de 7 de diciembre de 2000 sobre *Participación ciudadana*, el que, a juicio de algunos autores, es el primero que pretende estimular y activar a la ciudadanía y regularizar el acceso de la participación ciudadana<sup>67</sup>. En su punto 2 se establece que: “*La participación requiere, por una parte, que el sector público tenga la apertura, genere la información y establezca espacios y mecanismos que acojan las preocupaciones, necesidades y propuestas provenientes de la ciudadanía*”; y más adelante reconoce como principio de la participación ciudadana la “*Transparencia en nuestra gestión, a través de la mayor información y apertura a la ciudadanía*”, para lo cual establece el deber de los órganos de la Administración de “*Otorgar la mayor información posible acerca de sus políticas y programas públicos, de manera integral y accesible a todos los ciudadanos*” y “*Generar los mecanismos que garanticen la respuesta pertinente y oportuna a las peticiones, reclamos y recursos que presenten o interpongan las personas*”. Por otra parte, el Instructivo Presidencial N° 5, de 11 de marzo de 2001 que imparte Instrucciones para el Desarrollo del Gobierno Electrónico, establece como una de las medidas “*Fomentar y promover el acceso de los ciudadanos a los servicios e informaciones gubernamentales, mediante las tecnologías de la información*”. En el mismo sentido profundiza el Ordinario N° 914 de 2 de agosto de 2005, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, en que se imparten Orientaciones en materia de Transparencia y Publicidad de los Actos de la Administración, con el objeto de ajustar las prácticas de dichos órganos a la reforma constitucional que introdujo el artículo 8 CPR.

Más tarde, el Instructivo Presidencial N° 8 de 4 de diciembre de 2006, sobre *Transparencia activa y publicidad de la información de la Administración del Estado*, establecía que todos los organismos de la Administración, dependientes o relacionados con el Gobierno central, debían publicar en forma permanente en su página web una batería de información, como aquella relativa a contrataciones y adquisiciones, personal de planta, a contrata y honorarios, el marco normativo que regula a la entidad y las resoluciones que tengan efecto sobre terceros. A objeto de implementar las medidas dispuestas en este Instructivo se dicta la Circular N° 3 de 5 de enero de 2007 de los Ministerios de Interior y Hacienda, que imparte directrices para dicha implementación y, con posterioridad, la Circular N° 9 de 7 de marzo de 2007, que apunta en la misma dirección. Recientemen-

---

<sup>67</sup> GENTES, I., *Estado de Arte de los Mecanismos de Participación en Chile y sus Perspectivas de Desarrollo* (Santiago, 2004), p.12.

te, en el mismo sentido apunta la Circular N° 555 de 30 de abril de 2008 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia reitera las instrucciones dispuestas por el Instructivo en referencia, en especial, la obligación de cada servicio de publicar la información relativa a adquisiciones y contrataciones, personal y las transferencias de fondos, entre otros.

Sin embargo, y a pesar de la importancia que reviste el Instructivo sobre *Transparencia activa y publicidad de la información de la Administración del Estado*, un reciente estudio de los sitios web de diversos ministerios demostró que el 73% de ellos no mantiene actualizada la información sobre compras directas y personal<sup>68</sup>. Así, de acuerdo a este estudio realizado por diario electrónico El Mostrador.cl en abril de 2008, de las páginas web de los veintidós ministerios del gabinete, sólo seis –Economía, Hacienda, Relaciones Exteriores, Minería, Energía, y la Comisión Nacional del Medio Ambiente– cumplían el instructivo cabalmente.

Con posterioridad, el Instructivo Presidencial N° 8 de 27 de agosto de 2008 sobre *Participación ciudadana en la gestión pública* establece el deber de cada órgano integrante de la Administración del Estado de rendir cuenta pública anual, directamente a la ciudadanía, sobre la gestión de sus políticas, planes, programas, acciones, y de su ejecución presupuestaria. Adicionalmente, y en la línea del Instructivo precedentemente comentado, insta a dichos organismos públicos a poner en conocimiento de la ciudadanía la información relevante que cubre, entre otros aspectos, la relativa al presupuesto del servicio. Como se aprecia, ambas medidas se orientan a permitir y promover el control de la sociedad civil respecto del ejercicio de la función pública.

Finalmente, y con ocasión de la dictación de la Ley N° 20.285 que se analizará en el parágrafo siguiente, el 22 de agosto de 2008 el MINSEGPRES distribuye el Plan General de Trabajo de Implementación de la Ley de Acceso a la Información, en su fase I. Este documento de trabajo establece diversas medidas tendientes a preparar la aplicación de la Ley en los servicios públicos en los ámbitos de diagnóstico, manejo documental, capacidades tecnológicas, capacitación y asignación de responsabilidades, y dispone que ella debe estar implementada hacia fines de marzo de 2009.

##### *5. Ley N° 20.285 sobre “Acceso a la información pública”.*

A comienzos de 2008 fue aprobado por el Congreso Nacional el proyecto de *Ley sobre acceso a la información pública* (Boletín N° 3773-06), el cual,

---

<sup>68</sup> [http://www.proacceso.cl/noticia/ministerios\\_pol\\_ticos\\_no\\_cumplen\\_instrutivo\\_de\\_transparencia\\_de\\_bachelet\\_0](http://www.proacceso.cl/noticia/ministerios_pol_ticos_no_cumplen_instrutivo_de_transparencia_de_bachelet_0)

luego de pasar por el control previo de constitucionalidad, es publicado en el *Diario Oficial* el 20 de agosto de 2008 con el número 20.285.

Con dicha ley se viene a complementar el principio de publicidad administrativa, reconocido en el artículo 8 CPR., derogándose de forma expresa los incisos tercero y siguientes del artículo 13 y el artículo 14 LBGAE. Evidentemente, el solo hecho de que exista una ley específica dedicada al acceso a la información pública constituirá un importante incentivo para la protección de la intangibilidad del patrimonio público por la vía del control social. A este respecto la ley dispone de dos mecanismos que pueden erigirse en instrumentos importantes del control social del patrimonio público.

a) **Transparencia activa y protección del patrimonio público.** En primer término la ley consulta una serie de medidas que denomina como de “Transparencia activa”, las que se traducen en el deber para la Administración del Estado de mantener a disposición permanente del público, a través de sus sitios electrónicos, una serie de antecedentes que permiten el control social de la intangibilidad del patrimonio público, entre los que se destacan los relativos a: contrataciones de personal a planta, contrata y a honorarios, y el monto de sus remuneraciones [artículo 7 letra d)]; contrataciones para el suministro de bienes muebles; prestación de servicios, para la ejecución de acciones de apoyo y para la ejecución de obras, y las contrataciones de estudios, asesorías y consultorías relacionadas con proyectos de inversión, con indicación de los contratistas e identificación de los socios y accionistas principales de las sociedades o empresas prestadoras, en su caso [artículo 7 letra e)]; transferencias de fondos públicos que efectúen, incluyendo todo aporte económico entregado a personas jurídicas o naturales, directamente o mediante procedimientos concursales, sin que éstas o aquéllas realicen una contraprestación recíproca en bienes o servicios [artículo 7 letra f)]; diseño, montos asignados y criterio de acceso a los programas de subsidios y otros beneficios que entregue el respectivo órgano, además de las nóminas de beneficiarios de los programas sociales en ejecución [artículo 7 letra i)]; información sobre el presupuesto asignado, así como los informes sobre su ejecución, en los términos previstos en la respectiva *Ley de presupuestos* de cada año [artículo 7 letra k)]; resultados de las auditorías al ejercicio presupuestario del respectivo órgano y, en su caso, las aclaraciones que procedan [artículo 7 letra l])<sup>69</sup>.

Toda la información señalada debe incorporarse en los sitios electró-

---

<sup>69</sup> Como se aprecia, esta parte del proyecto es un reconocimiento legal de las medidas dispuestas por el Instructivo Presidencial N° 8, de 4 de diciembre de 2006, sobre *Transparencia activa y publicidad de la información de la Administración del Estado*, antes comentado.

nicos del respectivo Servicio, en forma completa y actualizada, y de un modo que permita su fácil identificación y un acceso expedito. Asimismo, se dispone un reclamo ante el Consejo para la Transparencia, si alguno de los organismos de la Administración no mantiene dicha información en los términos señalados.

b) Amparo del derecho de acceso a la información y documentación administrativa. El artículo 24 establece el derecho a recurrir ante el Consejo para la Transparencia solicitando amparo al derecho de acceso a la información<sup>70</sup> cuando haya vencido el plazo previsto en el artículo 14 para la entrega de la documentación requerida (20 días hábiles prorrogables por 10 días), o la petición hubiere sido denegada. Esta acción viene a reemplazar las normas que regulaban el derecho de acceso a la documentación administrativa y su amparo en los artículos 13 y 14 LBGAE.

El Consejo para la Transparencia se establece como una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio (artículo 31) y con potestad sancionatoria. Aunque originalmente se intentó desvincular al Consejo de la Administración del Estado, la STC que se pronuncia sobre el control preventivo de la ley entiende que se trata de un órgano que integra la Administración<sup>71</sup>. A idéntica conclusión se arriba si se considera que el artículo segundo transitorio de la Ley en referencia, al modificar el artículo 21 LBGAE, y a pesar que no hace aplicable al Consejo las disposiciones del título 2º de dicho cuerpo legal, reconoce por ende que se trata de un órgano que forma parte de la Administración.

Uno de los aspectos importantes de destacar en relación con el amparo dice relación con el alcance del derecho. Ello porque no sólo alcanza a la Administración del Estado que se encuentra sometida a la ley, sino que también se aplicarán las disposiciones que la 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 tal sentido, el acceso a la información administrativa, amparado por la vía descrita, permitirá a la ciudadanía conocer el estado y situación del patrimonio público tanto de la Administración del Estado como de la denominada Administración invisible.

---

<sup>70</sup> El artículo 10 de la Ley dispone: “*Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley*”. Ampliando el espectro de la publicidad establecido en el artículo 8 constitucional, el artículo 5 de la ley establece el carácter público de toda información elaborada con presupuesto público y, en general, de toda información que obre en poder de la Administración.

<sup>71</sup> STC, rol N° 1051-08, considerando 42º.

Asimismo, se establece un contencioso administrativo especial denominado “reclamo de ilegalidad” y que permite recurrir ante la Corte de Apelaciones contra la resolución del Consejo que deniegue el acceso a la información, otorgando una fase de amparo jurisdiccional al referido derecho.

## VI. CONSIDERACIONES FINALES

En una democracia representativa el acceso a la información pública constituye un elemento esencial para el control social que los ciudadanos puedan hacer de la actividad de la Administración del Estado. Asimismo, el perfeccionamiento de dichos mecanismos constituye uno de los retos de una democracia moderna. Todo ello redundará en un sistema político de calidad, y una eficiente gestión del patrimonio público.

Asimismo, si la aspiración del país es integrarse a organizaciones donde participan principalmente naciones desarrolladas, como la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OCDE), uno de los aspectos a que debe abocarse el Estado en su conjunto es a alcanzar la integridad del sector público, la transparencia y la responsabilidad frente a la ciudadanía por parte de sus servidores.

Para todo ello el derecho público subjetivo de acceso a la información pública se erige en la piedra angular de la participación ciudadana y el control social. Evidentemente la Administración del Estado puede activamente adoptar medidas que faciliten y hagan posible la transparencia. En este contexto, cobra relevancia la utilización de medios electrónicos, por constituir éstos plataformas económicas y eficientes para transparentar la actuación de los órganos públicos. Sin embargo, los mecanismos establecidos en la recién aprobada Ley sobre Acceso a la Información Pública han de ser sometidos a constante revisión, considerando los efectos no deseados que ha experimentado análoga normativa en el derecho comparado<sup>72</sup>, y a objeto de mejorar sus deficiencias.

La vigencia del derecho subjetivo de acceder a la información pública

---

<sup>72</sup> En Estados Unidos de Norteamérica, por ejemplo, la aplicación de la *Freedom Information Act* (FOIA.) ha generado diversos efectos no deseados. Así, en ese país los solicitantes más frecuentes son comerciantes buscando información con valor comercial, por ejemplo, respecto de sus competidores. De igual modo, existe una preocupación generalizada en torno al alto costo que supone para el gobierno, tanto en tiempo como en dinero, dar respuesta a todos los requerimientos de información. Y recientemente los temores apuntan a reportes que indican que la información solicitada amparándose en la FOIA. ha sido usadas por terroristas internacionales para facilitar sus ataques. FUNK, W. - SEAMON, R., *Administrative Law* (New York, Aspen, 2006), p. 339.

se verá reforzada a través de una faz administrativa, que permite obtener la información pública desde la Administración, y que podrá ser amparado a través del reclamo ante el Consejo para la Transparencia, el cual se organiza como un órgano administrativo autónomo. No obstante, todo este soporte institucional podrá ser eficaz o, por el contrario, un simple remedio, dependiendo del talante de sus integrantes y de la utilización que se haga del mismo.

[Recibido el 12 y aceptado el 21 de noviembre de 2008].

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALLESCH, J. - OBANDO, I., *Aproximación dogmática y jurisprudencial a los principios de transparencia y publicidad de los actos e información administrativa*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 26 (Valparaíso, 2005).
- ALMADA, C., *La descentralización política y el fortalecimiento municipal*, en *Gaceta Mexicana de Administración Pública Estatal y Municipal* 16 (México, D.F., 1985).
- Article XIX *et al*, *In the Inter-American Commission of Human Right*. Marcel Claude Reyes and other v. Chile (London, 1999).
- Article XIX, *The Public's Right to Know. Principles on freedom of information legislation* (London, 1999).
- BERMÚDEZ, J., *La protección del patrimonio público a través de instrumentos administrativos*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* 14 (Antofagasta, 2007) 1.
- BOBBIO, N., *El futuro de la Democracia*, (México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2005).
- BOBBIO, N., *Estado, Gobierno y Sociedad* (México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1998).
- BRICEÑO, I., *Lo masmediático y las sociedades contemporáneas. Un acercamiento a la relación medios-democracia*, en *Revista Venezolana de Ciencia Política* 25 (Mérida, 2004).
- CAYAZZO, C., *Las libertades de opinión e información en la Ley N° 19.733* (Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2003).
- CELEDÓN, Carmen - ORELLANA, Renato, *Gobernanza y participación ciudadana en la reforma de salud en Chile* (ponencia presentada en el Tercer Foro Interamericano Subregional de Liderazgo en Salud, s.l., 2003).
- CHUECA, S., *La Libertad de expresión en el marco de la Ley N° 19.733 sobre Libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo* (Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2003).
- Comisión Defensora Ciudadana, *80% de chilenos considera que sus derechos ciudadanos no son respetados* (disponible en: [http://www.comisiondefensoraciudadana.cl/noticia/ficha\\_noticia.php?noticia\\_id=184](http://www.comisiondefensoraciudadana.cl/noticia/ficha_noticia.php?noticia_id=184)) (citado el 4 de marzo de 2008)
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Informe anual" (1998).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Recomendaciones sobre Acceso a*

- Archivos y Documentos en Poder del Estado* (1999).
- DAHL, R., *La Democracia y sus críticos* (Barcelona, Páidós, 2002).
- DAHL, R., *La Democracia. Una guía para los ciudadanos* (Madrid, Taurus, 1999).
- ESPIN, E., *Los derechos de libertad (II)*, en VV. AA., *Derecho constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos* (Valencia, Tirant lo Blanch, 1997).
- FERNÁNDEZ, L., *Algunas aproximaciones a la participación política*, en *Revista Reflexión Política* 1 (Bucaramanga, 1999).
- FUNK, W. - SEAMON, R., *Administrative Law* (New York, Aspen, 2006).
- GENTES, I., *Estado de arte de los mecanismos de participación en Chile y sus perspectivas de desarrollo* (Santiago, 2004).
- GONZÁLES de Asís, M., *Participación cívica en la gobernabilidad local* (s.l., 2002).
- HEEKS, R., *Government for Development Transparency Definitions Page* (disponible en: [www.egov4dev.org/transpdefn.htm](http://www.egov4dev.org/transpdefn.htm)) (citado el 5 de enero de 2008).
- HELD, D., *Modelos de Democracia* (Madrid, Alianza Editorial, 2001).
- ILBERT, S. C., *El Parlamento* (Barcelona, Labor, 1926).
- KELSEN, H., *Teoría general del Derecho y del Estado* (México D.F., UNAM, 1995).
- KRISHNAN, G., *Increasing Information Access to Improve Political Accountability & Participation. Mapping future actions in Asia Pacific* (Tokyo, 2001).
- MALAGÓN P., Miguel, *Antecedentes hispánicos del juicio de amparo y la acción de tutela*, en *Revista de Estudios Socio-Jurídicos* 5 (Bogotá, 2003).
- MALENA, C. y otros, *Social Accountability. An introduction to the concept and emerging practice* (Washington, D.C., Banco Mundial, 2004).
- MAURER, H., *Allgemeines Verwaltungsrecht* (16ª edición, Munich, 2006).
- MIROSEVIC, C., *El sistema de protección de la persona durante el período indiano*, en *Revista Ius Novum* 1 (Valparaíso, 2008).
- MORENO, A., *La participación como problema para una definición del concepto*, en *Revista Venezolana de Ciencia Política* 24 (Mérida, 2003).
- NIETO, A., *El procedimiento administrativo en la doctrina y la legislación alemanas*, en *Revista de Administración Pública* 32 (Madrid, 1960).
- PANTOJA, R., *El Derecho administrativo. Clasicismo y modernidad* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1994).
- PLATÓN, *La República* (Santiago, Texido, 1993).
- SARTORI, G., *Qué es la Democracia* (Madrid, Taurus, 2003).
- SARTORI, G., *Teoría de la Democracia* (Madrid, Taurus, 1988).
- SILVA CIMMA, E., *Derecho administrativo chileno y Comparado. El control público* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992).
- Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, *Participación ciudadana en la gestión de gobiernos regionales y municipios: diagnóstico, situación actual* (Santiago, 2004).
- WHITE, F. - Hollingsworth, K., *Audit, Accountability and Government* (New York, Clarendon Press, 1999).