

TERCERA REGLA DE ORO DEL DERECHO PÚBLICO

THE THIRD GOLDEN RULE OF PUBLIC LAW

JOSÉ LUIS CEA EGAÑA*

RESUMEN

En la presente investigación se aborda el proceso de enriquecimiento del derecho público con la incorporación a la Carta Fundamental de sus tres reglas de oro: la separación de poderes con frenos y contrapesos; la delimitación de las potestades radicadas por la Constitución en cada uno de ellos, protegiendo la libertad individual y social; y la transparencia en su ejercicio, principio con el cual se halla vinculada la probidad en la consecución del bien común. Las tres máximas, principios o reglas enunciadas se integran, indisolublemente, en la democracia constitucional. Es tarea de la judicatura infundirles eficacia.

Palabras claves: *Transparencia, probidad, publicidad, justicia constitucional.*

ABSTRACT

The present research deals with the process of enrichment of public law by the incorporation into the Constitution of its three golden rules: the separation of powers with check and balances; the delimitation of the powers granted by the Constitution in each of them, protecting individual and social freedoms; and the transparency in the exercise of those powers, which is a principle connected to the probity in the pursuance of the common good. The three axioms, principles, or rules aforementioned integrate, indissolubly, into constitutional democracy. It is the judiciary's task to enforce them.

Key words: *Transparency, probity, publicity, constitutional justice.*

*Abogado. Magíster en Instituciones Legales y Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Wisconsin. Profesor Titular de Derecho Público de la Universidad de Chile y Pontificia Universidad Católica de Chile. Decano Honorario de Facultad de Derecho de la Universidad San Sebastián. Ministro del Tribunal Constitucional de Chile. Dirección postal: Alameda N°340, Edificio de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, código postal 8331150. Correo electrónico: jlcea@uc.cl.

I. INTRODUCCIÓN

Se me ha pedido referirme a los desafíos que, en transparencia y probidad, tiene Chile con el fin de ingresar a la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OCDE). A propósito de lo anterior, la convocatoria indica que debo detenerme en el significado de esos dos conceptos en nuestro ordenamiento jurídico, con énfasis en el marco constitucional en que se articulan ambos principios.

Cumpliré la tarea descrita, pero antecediéndola de un fondo de ideas constitucionales y políticas en las cuales aquella cobra su trascendencia real.

En síntesis, mi tesis consiste en que, sucesivamente, se ha ido enriqueciendo nuestro derecho público con la incorporación a la Carta Fundamental de sus tres reglas de oro: la separación de poderes con frenos y contrapesos; la delimitación de las potestades radicadas por la Constitución en cada uno de ellos, favoreciendo así el ejercicio de la libertad individual y social; y la transparencia en el servicio de ellas y de todas las funciones públicas, principio con el cual se halla vinculada la probidad en la consecución del bien común. Las tres máximas, principios o reglas enunciadas se integran, indisolublemente, en la democracia constitucional de modo que ninguna puede operar, en términos cabales de fondo y forma, sin la concurrencia de las otras dos. El escollo, en definitiva, radica en infundirles eficacia, misión que recae, especialmente, en la judicatura que sea sensible a la demanda ciudadana.

II. LA REGLA MÁS ANTIGUA

Se halla bosquejada en *La Política* de Aristóteles¹, pero reconociendo que Montesquieu² fue quien formuló la teoría de la división de poderes planteando, explícitamente, la necesidad de vigilancia recíproca entre ellos para defensa de la libertad política. Hoy esa teoría se conoce, más usual y correctamente, como separación relativa de las funciones estatales, cada cual confiada por el Código Político a un órgano autónomo, pero no del todo aislado de los otros para que así pueda ser controlado.

1. Articulación constitucional

La regla que comentamos alcanzó su primera y más elocuente proclamación, en un texto normativo, en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789:

“Toda Sociedad en la que la garantía de los derechos del hombre no esté asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución.”

En Chile, los artículos 6° y siguientes del Reglamento Constitucional Provisorio de 1812, se inspiraron en aquella regla. Igual deducción procede al leer el Título II de la Carta Política de 1818. Explícitamente alusivo a los tres poderes era el artículo 12° de la Constitución de 1822. Semejante rasgo aparece en el Código Supremo de 1823, subrayándose la independencia judicial. Llamándolos por su nombre, el artículo 22° de la Ley Suprema de 1828 se refiere a los tres poderes. Sin aludir a tal fórmula, pero estructurando la tripartición referida, los artículos 13° y siguientes de la Constitución de 1833 mantuvieron la máxima explicada, mereciendo ser destacado su artículo 160°, repetido como artículo 4° en la Carta de 1925.

¹ C. 368 – 348 AC. Barcelona, Ed. Iberia, 1962, pp. 92 y ss.

² MONTESQUIEU, Charles Second De, *El Espíritu de las Leyes*, Madrid, Ed. Altaya, 1997, pp. 115 y ss.

2. Perfeccionamiento

Pertinente es advertir que el sentido práctico anglosajón complementó la versión original de esa teoría, en la colección de ensayos, dirigidos al pueblo de Nueva York, reunida en el libro *El Federalista*. Se le agregó allí el postulado de los frenos y contrapesos entre los poderes, de acuerdo a lo expresamente dispuesto, por anticipado, en la Constitución³:

“El hecho de depender del pueblo es, sin duda alguna, el freno primordial indispensable sobre el gobierno; pero la experiencia ha demostrado a la humanidad que se necesitan precauciones auxiliares.

Esta norma de acción que consiste en suplir, por medio de intereses rivales y opuestos, la ausencia de móviles más altos, se encuentra en todo el sistema de los asuntos humanos, tanto privados como públicos. La vemos especialmente cada vez que en un plano inferior se distribuye el poder, donde el objetivo constante es dividir y organizar las diversas funciones de manera que cada una sirva de freno a la otra para que el interés particular de cada individuo sea un centinela de los derechos públicos. Estos inventos de la prudencia no son menos necesarios al distribuir los poderes supremos del Estado.

(...)

Es igualmente evidente que los miembros de cada departamento deberían depender lo menos posible de los otros por lo que respecta a los emolumentos anexos a sus empleos. Si el magistrado ejecutivo y los jueces no fueran independientes de la legislatura en este punto, su independencia en todos los demás sería puramente nominal.

Pero la mayor seguridad contra la concentración gradual de los diversos poderes en un solo departamento reside en dotar a los que administran cada departamento de los medios constitucionales y los móviles personales necesarios para resistir las invasiones de los demás. Las medidas de defensa, en este caso como en todos, deben ser proporcionadas al riesgo que se corre con el ataque. La ambición debe ponerse en juego para contrarrestar a la ambición.

(...)

¿A qué expediente recurriremos entonces para mantener en la práctica la división necesaria del poder entre los diferentes departamentos, tal como la estatuye la Constitución? La única respuesta que puede darse es que como todas las precauciones de carácter externo han resultado inadecuadas, el defecto debe suplirse ideando la estructura interior del gobierno de tal modo que sean sus distintas partes constituyentes, por sus relaciones mutuas, los medios de conservarse unas a otras en su sitio.”

3. Evolución

Ciertamente, el esquema tripartido se ha vuelto más complejo en el Estado contemporáneo, porque ahora se entiende que la teoría abarca a todos los órganos constitucionales, sin excluir a ninguno, incluyendo al Tribunal Constitucional, al Ministerio Público, la Contraloría General de la República y el Banco Central. Más todavía, ya se plantea que la máxima de Montesquieu debe ser aplicada también en la esfera socioeconómica privada, v. gr., para evitar, investigar y sancionar la colusión, el monopolio y otras conductas que alteran el funcionamiento normal de los mercados⁴.

Se configuró así el primer axioma del derecho público en el constitucionalismo y que enuncio

³ HAMILTON Alexander, MADISON, James y JAY, William, *El Federalista* (1788); *El Federalista*, México DF, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1974, pp. 219-221.

⁴ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang, “La División de Poderes como Principio de Ordenamiento”, en *V Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 7, (2007), pp. 214 y ss.; y CEA EGAÑA, José Luis, “Proyecciones de la separación de poderes en el estado contemporáneo”, en *V Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 7, (2007), pp. 159 y ss.

a continuación:

La autoridad no tiene más atribuciones que las expresamente entregadas de antemano en la Carta Fundamental y en las leyes dictadas con sujeción a ésta, habilitación que ha de ser comprendida, interpretada e implementada estrictamente para que el principio no se convierta en excepción.

Consecuentemente, se torna menester evaluar, por los demás órganos con respecto al ente controlado, la discrecionalidad, es decir, el margen limitado de libertad con que cuenta para el desempeño de las potestades, atribuciones y funciones estatales, pronunciando la ilegitimidad de su conducta siempre que se constate que excedieron lo previsto en el Código Político. Emergió entonces la doctrina de la nulidad y anulabilidad en el derecho público, inspirada en la que era ya una línea de pensamiento larga y sólidamente elaborada en el derecho privado. Con el tiempo, sin embargo, una y otra clase de nulidad se iría diferenciando, hasta separarse por completo⁵. Desde entonces se llama competencia a la capacidad de obrar en el derecho público, junto a la cual se encuentra la capacidad civil patrimonial para ejercer derechos, contraer obligaciones y ser representada judicial y extrajudicialmente⁶.

En parangón con lo anterior se encuentra la capacidad de derecho privado, encuadrado en el principio de libertad para obrar o no, siempre que lo sea respetando al ordenamiento jurídico.

III. MÁXIMA INTERMEDIA

De la primera máxima comentada se desprendió la segunda regla de oro, enunciada generalmente en parangón con el principio capital del derecho privado. En síntesis, si el derecho público se caracteriza porque la autoridad no tiene más atribuciones que las otorgadas por la Carta Política y las leyes en texto previo, expreso y de interpretación estricta, lo típico del derecho privado es que los particulares, individualmente o asociados, puedan hacer todo cuanto no se les ha prohibido, en esos mismos términos, por la Constitución y la normativa dictada con sujeción a ella. He aquí el ámbito de la autonomía de la voluntad, manifestada individualmente o en términos colectivos, consecuencia del triunfo del pensamiento liberal y de las revoluciones libertarias de fines del siglo XVIII.

Sin duda, el designio de esta segunda regla es comprimir el ejercicio del poder estatal en beneficio de la libertad de los gobernados. Queda así de relieve la armonía que existe entre las dos reglas comentadas. Sólo debo añadir que la habilitación otorgada por el Código Político al legislador es acotada o tasada, es decir, válidamente ejercitadle nada más que en la medida que dicte preceptos legales que se sometan, en contenido y procedimiento, a lo previsto en aquel. Despunta, a la luz de lo escrito, la necesidad y justificación de la Justicia Constitucional, encargada, entre otras misiones, de controlar el principio de supremacía en relación con la ley.

1. Caracterización

Una explicación del origen y fundamento de la segunda regla de oro se halla en los textos siguientes, ambos clásicos en la literatura correspondiente.

⁵ ALWYN AZOCAR, Patricio y AZOCAR BRUNNER, Eduardo, *Manual de Derecho Administrativo*, Santiago, Universidad Andrés Bello, 1996, pp. 213 y ss.; PANTOJA BAUZA, Rolando, *La Organización Administrativa del Estado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, pp. 171 y ss.; y GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Editorial Civitas, 1997, pp. 601 y ss.

⁶ PANTOJA BAUZA, Rolando E., *I Manual de Estatuto Administrativo*, Santiago, Editorial Conosur, 1983, pp.26 y ss.

Primeramente, extraigo de Ambrosio Colin y Henry Capitanee⁷ lo que inserto a continuación:

“Un principio capital domina la materia de los actos jurídicos tocante a las relaciones de orden económico patrimonial: es el principio de la libertad de las convenciones. Consiste en que los particulares puedan ejecutar todos los actos jurídicos que quieran, y de hacerlos producir las consecuencias jurídicas que les convengan siempre que no se trate de un acto o de un efecto jurídico prohibido por una disposición expresa de la ley. Todo lo que no está prohibido, está permitido.

Este principio está anunciado en uno de los artículos más importantes del Código Civil, el artículo 1.134, párrafo primero, en el cual a propósito de los contratos leemos: “Las convenciones legalmente hechas son ley para aquellos que las han verificado.”

(...)

Por grande que sea la libertad, la autonomía concedida a la libertad en el comercio jurídico sufre, sin embargo, ciertas limitaciones. En efecto, el artículo 6º del Código Civil dice: “No se pueden derogar por convenciones particulares las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres.”

Demostrando la acogida favorable que nuestra doctrina ha tenido al pensamiento civilista francés, en la obra que puede ser calificada de la más leída y respetada de las sistematizaciones chilenas en la disciplina⁸, leemos:

“En este principio de la autonomía de la voluntad reposa el derecho moderno, lo cual no ocurría en el primitivo Derecho Romano.

El principio de la autonomía de la voluntad está consagrado entre nosotros en los artículos 12, 1.545, 1.560, etc. del Código Civil y otros.

(...)

La autonomía de la voluntad, en cuanto al fondo de los actos, se traduce en la amplia libertad que tienen las partes para estipular las cláusulas de sus acuerdos, los derechos y obligaciones que recíprocamente se imponen; su facultad sólo encuentra límites frente a los conceptos de orden público y buenas costumbres.

En los últimos tiempos, también ha sufrido cercenamiento esta amplia libertad de contratar, en atención a los superiores intereses colectivos y a la tendencia que tienen los poderes públicos de asumir la tutela de los económicamente débiles.

(...)

Pero, con todo, la libertad de celebrar actos jurídicos continúa siendo la regla y sigue teniendo valor el adagio que dice que “en Derecho Privado se puede hacer todo lo que la ley no prohíbe.”

2. El cambio mayor

Al hilo de la última de las ideas transcritas consideramos necesario añadir una puntualización. Esta consiste en que, desde hace medio siglo, aproximadamente, el Derecho ha ido cambiando en diversos sentidos. El principal de estos cambios radica en su finalidad humanista, emergente de la dignidad de la persona y de los atributos inalienables que le son inherentes. A la consecución de tan noble objetivo se dirige la Constitución, concebida ahora como articulación de valores, principios y normas en que se condensa el Derecho, afirmado no sólo en rango superior a la ley sino que, cualitativamente, mejor en sustancia por la razón señalada. Concretamente, hemos pasado de la soberanía de la ley a la supremacía de la Constitución. De esta alteración profunda fluyen transformaciones materiales y formales, destacando entre las primeras el rasgo de fuente jurídica máxima,

⁷ COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henry, *I Curso Elemental de Derecho Civil*, Madrid, Ed. Réus, 1922, p. 152 (énfasis en el original).

⁸ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel y VODANOVIC Antonio, *I Curso de Derecho Civil*, Santiago, Ed. Nacimiento, 1961, pp. 310 – 311 (énfasis en el original).

inmediata y de aplicación directa que tiene el Código Político; y de las segundas el carácter básico y cimero que cabe reconocer a la Constitución en cuanto la ley y toda las normas positivas, incluidos los tratados internacionales, deben adecuarse a las reglas articuladas en ella para su generación válida y subsecuente incorporación al ordenamiento jurídico⁹.

Con el fin de custodiar el cumplimiento, fiel y oportuno, de tales transformaciones se halla organizada la Justicia Constitucional, regida por el derecho procesal constitucional¹⁰.

Los cambios enunciados han repercutido en el derecho privado, preponderantemente a propósito de la segunda de las reglas comentadas. Así es, puesto que el vigor normativo de la Ley Suprema se irradia sobre la autonomía de la voluntad, delimitándola por la obligación de contribuir a la concreción de la solidaridad y a la realización del bien común¹¹. Aquel valor y este principio determinan la hermenéutica del Código Supremo, comprimen la autonomía de la voluntad y la encausan a la consecución de las finalidades manifestadas en aquél. Dentro de tal Código, sin salirse de su letra, contexto ni espíritu, la jurisprudencia constitucional protege la Carta Fundamental y la vivifica, infundiéndole vida con su jurisprudencia actualizadora y flexible, axiológica y finalista¹².

IV. TERCERA REGLA DE ORO

A pesar del enriquecimiento explicado, seguía sin llegar a ser sistemático tan importante planteamiento, pues si bien resultaba lógicamente procedente asumir que los tres “poderes” clásicos disponían o podían acceder a la información necesaria para constatar tal supuesto, era y sigue siendo sólo en parte verdadero que dos de ellos estuvieron o estén informados al respecto. La *arcana imperio*, como explica Norberto Bobbio¹³, han sido siempre un hecho irrefutable e incontrarrestable, especialmente tratándose del Poder Ejecutivo. Este es, por una parte, el gran recopilador, analista y utilizador de la información pública y privada y, por otra, su principal fuente de uso, pero también de ocultamiento para beneficio propio o de los terceros que escoja.

De tal asimetría no es difícil colegir que ella aumenta el poder de un órgano sobre los demás, creando desequilibrios que afectan al régimen democrático. Problemático ha sido restablecer el balance, en beneficio de los órganos constitucionales afectados y de la ciudadanía.

Lo paradójico es que, en 1795, Manuel Kant había enunciado lo que llamaré la *tercera regla de oro del derecho público*, la cual, en sus palabras, es la siguiente¹⁴:

“Sin publicidad no habría justicia, pues la justicia no se concibe oculta, sino públicamente manifiesta; ni habría, por tanto, derecho, que es lo que la justicia distribuye y define. La capacidad de publicarse debe, pues, residir en toda pretensión de Derecho.

(...)

Si prescindimos del contenido empírico que hay en el concepto del Derecho político, hallamos la

⁹ DE CABO, Carlos, “La Función Histórica del Constitucionalismo y sus Posibles Transformaciones”, en CARBONELL, Miguel (compilador), *Teoría de la Constitución, Ensayos Escogidos*, México DF., Ed. Porrúa, 2008, pp. 45 y ss.; y GREPPI, Andrea, *Concepciones de la Democracia en el Pensamiento Político Contemporáneo*, Madrid, Ed. Trotta, 2006, pp. 167 y ss.

¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro, *Obras. La Justicia Constitucional. Dimensiones de la Justicia en el Mundo Contemporáneo*, México DF., Ed. Porrúa, 2007, pp. 189 y ss.

¹¹ MIJANGOS, Javier y GONZALEZ, *Los Derechos Fundamentales en las Relaciones Entre Particulares*, México DF., Ed. Porrúa, 2007, pp. 143 y ss.

¹² OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro, *Interpretación y Neo constitucionalismo*, México DF., Ed. Porrúa, 2006, pp. 196 y ss.; y HABERLE, Peter, “El Tribunal Constitucional Federal como Modelo de una Jurisdicción Constitucional Autónoma”, en HESSE, Konrad y HABERLE, Peter, *Estudios sobre la Jurisdicción Constitucional*, México DF., Ed. Porrúa, 2008, pp. 166 y ss.

¹³ BOBBIO, Norberto, *El Futuro de la Democracia*, México DF., Ed. Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 94 y ss.

¹⁴ KANT, Manuel, *Lo Bello y lo Sublime. La Paz Perpetua*, Buenos Aires, Ed. Espasa – Calpe, 1957, pp. 150 – 151 y 158.

proposición siguiente, que bien puede llamarse *fórmula trascendental del derecho público*:

“Las acciones referentes al derecho de otros hombres son injustas, si su máxima no admite publicidad.”

Este principio debe considerarse no sólo como un principio ético, perteneciente a la teoría de la virtud, sino como un principio jurídico, relativo al derecho de los hombres. En efecto, una máxima que no puedo manifestar 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 mí una enemistad necesaria y universal y, por tanto, cognoscible a priori; una máxima que tiene tales consecuencias las tiene forzosamente porque encierra una amenaza injusta al derecho de los demás.

(...)

Esta astuta conducta de una política tenebrosa quedaría completamente anulada por la publicidad (...).

En tal sentido, me atrevo a proponer otro principio trascendental afirmativo del derecho público. Su fórmula sería la siguiente:

“Todas las máximas que necesiten la publicidad para conseguir lo que se proponen concuerdan a la vez con el derecho y la política reunidos.”

El énfasis de la máxima kantiana se halla en la información que el público requiere para evaluar y obrar, y nunca en su ocultamiento. He aquí el significado de la transparencia y de la opacidad en democracia. Sin duda, trátase de una observación perspicaz y acertada porque, desde tiempos antiguos, se comprendió que la confidencialidad, la reserva o el secreto, sean motivadas por fines a veces nobles y otras abyectos, dan un poder desmesurado a quien actúa escondiéndose, o sea, que confunde, desorienta, divide, manipula o aparenta, aprovechándose de la buena fe del adversario o contrario. Sin ser visto o descubierto, quien procede así fragua, con referencia al manejo de la información que no transparenta, una ventaja que puede convertirse en decisiva¹⁵:

“Porque la información es lo que permite que el soberano sagaz y el jefe experto se impongan al adversario y sus éxitos no estén al alcance de la gente común (...). La información se adquiere usando hombres que estén al tanto de la situación del enemigo (...). La información es la esencia del arte de la guerra.”

Adaptando la máxima de Kant, sin alterarla pero extendiendo su sentido a los tópicos que me ocupan, podemos afirmar que ella consiste en que, si se ocultan las decisiones o conductas, los hechos y los procedimientos seguidos al efecto, lo son porque, de ser conocidos, suscitarían escándalo. Y así ocurre, especialmente, con simulaciones y disimulaciones¹⁶. Por eso, en la actualidad repugna a la democracia y al Derecho la opacidad del poder, rechazo que, cada día más, cubre no sólo las actuaciones u omisiones de los órganos públicos, sino que también las conductas privadas¹⁷, sean individuales, empresariales o colectivas en general.

Obviamente, no puede operar eficientemente la primera y la segunda regla de oro, por un lado, sí a la vez los órganos públicos carecen de la información que requieren para fiscalizar, como lo destaca la tercera de esas reglas, de otro. Curiosamente, esta parte de la ecuación no fue captada hasta tiempos recientes y, en la generalidad de las Constituciones, ella tampoco aparece articulada, ni siquiera reconocida implícitamente¹⁸.

¹⁵ ZI, Sun o TZU, Sun, (c. 403 AC) *El Arte de la Guerra*, Santiago, Ed. Andrés Bello, 2000, pp. 105 y 108.

¹⁶ CEA EGAÑA, José Luis, “Vida Pública, Vida Privada y Derecho a la Información. Sobre el Secreto y su Reverso”, en *III Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, 1 -2, (1992), pp. 13 y ss.

¹⁷ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang, *op.cit.* pp. 311-312; y CEA EGAÑA, José Luis, *Proyecciones de la separación de poderes...* pp. 455-456.

¹⁸ DARBISHIRE, Helen, “El Derecho a la Información en América Latina”, en *Anuario de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, 2, (2006), pp. 97 y ss.; y Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones, *El Derecho de Acceso a la Información Gubernamental en la Legislación de México, Ecuador, Suecia y Francia*, Santiago, Serie de Estudios, 302, (2004), p. 2.

V. DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEA

Ella es el gobierno de los asuntos públicos en público¹⁹, premisa de la cual se sigue la exigencia de transparencia en los actos y resoluciones de los gobernantes. Este requisito, a su vez, presupone el flujo libre de información que he destacado:

“Que todas las decisiones y, más en general, los actos de los gobernantes, deben ser conocidos por el pueblo soberano, ha sido considerado siempre como uno de los fundamentos del régimen democrático, definido como el gobierno directo del pueblo o controlado por el pueblo, pero ¿cómo podría ser controlado si se mantuviese escondido?”

(...)

A imagen y semejanza del Dios escondido, el soberano es tanto más potente y, en consecuencia, tanto más cumple su función de gobernar a súbditos indoctos e indóciles, cuanto mejor consigue ver lo que hacen los súbditos sin dejarse ver por ellos. El ideal del soberano equiparado al Dios terreno es el de ser, a semejanza de Dios, el Homn vidente invisible.

(...)

El tema más interesante, mediante el cual no puede poner realmente a prueba la capacidad del poder para derrotar al poder invisible, es el de la publicidad de las acciones del poder, que representa el momento del cambio de dirección en la transformación del Estado moderno de Estado absolutista a Estado de Derecho.”

Los principios de transparencia y probidad se hallan vinculados, pero aquél es el antecedente necesario para comprobar si existe o no probidad, denunciarla, castigarla y rectificar los errores cometidos. Por eso, debo enfatizar que la transparencia es, lógica y cronológicamente, prioritaria con respecto a la probidad.

La democracia constitucional contemporánea fluye de su homónima clásica, pero la enriquece con una serie nueva de exigencias sustantivas y procesales, irrescindibles unas de otras. Vuélvese así insuficiente la tesis de la democracia mínima, entendiendo que es tal la de índole sólo procedimental y que deja abierta, sin límites, exclusiones ni prohibiciones, las opciones que decida adoptar discrecionalmente la mayoría o el órgano estatal que resuelve con sujeción a ella²⁰.

Lejos de esa tesis formal, la democracia constitucional de nuestra época impone el respeto de la tercera regla de oro explicada, infundiéndole un carácter esencial para que aquella sea crecientemente más efectiva, esto es, vinculándola al control de los gobernantes por la ciudadanía. Hoy, en efecto, los ciudadanos reclaman el derecho a intervenir informadamente en los asuntos que los afectan o interesan. Secuela de ello es que el gobierno se practica cada vez menos por representación y más a través de la participación directa en el ejercicio del poder. Por supuesto, para ejercer tal derecho se vuelve indispensable contar con la información adecuada, oportunamente obtenida o recibida. Así surge la tercera regla de oro que faltaba, y que en Chile queda constitucionalmente plasmada sólo desde 2005. Está ella prevista en el artículo 8º de la Carta Política, reemplazando a otro precepto que, hasta su derogación en 1989, era el compendio de la democracia protegida, o que restringía la expresión de ideas y grupos sólo a los reputados consistentes con la seguridad nacional o que fueran rivales del proselitismo de la lucha de clases.

El secretismo es la fórmula más usada y eficiente para encubrir la corrupción. Su antítesis es la transparencia. Sin embargo, ésta no se limita a elucidar tal tipo de ilícitos porque la información

¹⁹ BOBBIO, Norberto, *op.cit.*, pp. 98 y ss.

²⁰ NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, Barcelona, Ed. Gedisa, 1997, pp. 202 y ss.; MATTEUCI, Nicola, *Organización del Poder y Libertad*, Madrid, Ed. Trotta, 1998, pp. 285 y ss.; SALAZAR UGARTE, Pedro, *La Democracia Constitucional. Una Radiografía Teórica*, México DF, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2008, pp. 186 y ss.; y SARTORI, Giovanni, *¿Qué es Democracia?*, Madrid, Ed. Taurus, 2007, pp. 111 y ss.

en que yace la médula, deviene también en un requisito de la ciudadanía conciente y participativa en toda clase de asuntos de su incumbencia. Y así queda de manifiesto que, sin transparencia, tampoco puede ser comprobado el respeto a la probidad. La transparencia, entonces, no se agota en la visibilidad de las conductas públicas, ya que exige contar con la información para conocerlas, evaluarlas y criticarlas. Por eso, el principio de la transparencia, en el marco previsto en el artículo 8º de la Constitución, está esencialmente vinculado con el sistema institucional completo y, más específicamente, con la libertad de expresión asegurada en el artículo 19 Nº 12 de ella. En otras palabras, la reforma de 2005 tiene un significado dual: uno, nivelar el ejercicio e las potestades públicas, favoreciendo a los órganos que han permanecido relegados en el acceso a la información de sus pares; y otro, impulsar el control que la ciudadanía ha de ejercer sobre sus representantes, otorgando mayor realidad a los postulados democráticos y a la corrección en el desempeño del servicio público.

VI. MARCO CONSTITUCIONAL

Las ideas expuestas permiten comprender mejor el sentido y relevancia del nuevo artículo 8º de la Carta Política. Paso, entonces, a resumir los alcances e implicancias principales de esa disposición.

1. Base y cima del sistema institucional

Cabe realzar, primeramente, que se trata de una base del sistema institucional, la cual debe irradiarse al resto de ese sistema y ser siempre y por todos respetada, sean órganos estatales, organizaciones sociales o individuos. Secuela de lo escrito es que reviste también la cualidad de cima, en cuanto impulsa y orienta las acciones y determinaciones públicas a la consecución de cuanto ella implica.

En su inciso 1º, el artículo 8º se refiere al ejercicio de las funciones públicas. Estas han sido definidas, con criterio amplio, como actividades ejercidas en el cumplimiento del deber de alcanzar el interés público, mediante el uso de poderes instrumentalmente necesarios, conferidos por el ordenamiento jurídico²¹.

Acto seguido, el mismo precepto indicado menciona la probidad en el desempeño de aquellas funciones²², sin excluir ninguna. En todas ellas, y por lo mismo, los servidores públicos están obligados a proteger y promover el interés general por sobre el individual, familiar o individual.

No se define la probidad, asunto ajeno, por lo demás, a un texto fundamental. Pero es conducente aproximarse al significado del término en su dimensión natural y obvia, según la cual probidad es sinónimo de honradez en el desempeño de las funciones públicas²³. Equivale, entre otros, a rectitud, decencia, fidelidad e integridad en el ejercicio de aquella misión²⁴.

Ilustra acudir al sentido corriente del sustantivo señalado, pero es impropio hacerlo omitiendo la definición técnico jurídica contenida en el artículo 52º de la Ley Orgánica Constitu-

²¹ BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio, *Curso de Derecho Administrativo*, México DF, Ed. Porrúa, 2006, p. 3.

²² FERNÁNDEZ GONZALEZ, Miguel Ángel, "El Principio Constitucional de Publicidad", en *Revista de Derecho Público* "Facultad de Derecho de la Universidad de Chile", 69, (2007), pp. 147 y ss.; GARAY OPASO, Osvaldo, "Reformas Constitucionales para la Administración", en ZUÑIGA URBINA, Francisco (coordinador), *Reforma Constitucional*, Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2005, pp. 224 y ss.

²³ Real Academia Española de la Lengua, *II Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, Ed. Espasa Calpe, 2001, p. 1837.

²⁴ Océano Langenscheidt, *Compact Diccionario de Sí nomimos y Antónimos*, Barcelona, Ed. Océano, 1999, p. 468.

cional de Bases Generales de la Administración del Estado²⁵. Efectivamente, allí se alude a la Administración del Estado²⁶, concepto amplio que abarca la Administración Pública completa y que se extiende a todos los entes estatales, autónomos o no, sean centralizados, desconcentrados o descentralizados, trátase de poderes de jerarquía constitucional o meramente legal.

Con sujeción al inciso 2º del artículo 52º citado:

“El principio de probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular.”

Pero ¿cómo comprobar que ha sido respetado el principio de probidad, en los casos concretos en que tuvo que ser observado? ¿no es acaso indispensable conocer tales casos en sus hechos configurativos, lo sostenido por los afectados o las partes de los mismos y, en definitiva, los antecedentes reunidos, las actuaciones o resoluciones recaídas en ellos y la tramitación que se les dio hasta decidirlos? Si en cualquiera de los puntos aludidos impera la opacidad por falta de acceso a la información requerida, sea que aquella obscuridad esté o no cubierta por el ordenamiento jurídico ¿en qué medida se tornaría real sostener que la tercera regla de oro comentada ha sido honrada realmente?

Basta enunciar interrogantes como las transcritas para colegir que la respuesta a todas ellas presupone la materialización de otro principio, cual es el de publicidad de los actos estatales y su contexto.

Sin definirla, la publicidad aparece, enfática y positivamente afirmada, en el artículo 8º inciso 2º de la Carta Política:

“Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen.”

Esa es la regla general, cuyas excepciones serán comentadas más adelante.

2. Ámbito de aplicación

Cubre a todos los órganos del Estado, no sólo a los de la Administración Pública²⁷; y tampoco se contrae únicamente a los funcionarios o empleados que sirvan labores administrativas en los entes constitucionales autónomos. Por ende, en esa fórmula amplia caben esos órganos constitucionales autónomos, sin perjuicio de lo que será aclarado a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional en el tema. He aquí la comprobación de que la norma no se refiere sólo a los particulares, individualmente o asociados, frente a los órganos estatales en general, sino que también a dichos órganos como tales y entre sí para vigilarse cumpliendo la primera regla de oro ya explicada²⁸. Más todavía y a raíz de cuanto fue ya argumentado, la regla rige a los efectos de que un órgano cuente con la información que requiere para servir sus funciones adecuadamente.

También se aplica 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, pero únicamente cuando la ley expresamente así lo señale²⁹.

²⁵ Artículo 20º del Código Civil, 4º Edición, Santiago, Edit. Lexis Nexis, 2004, p. 18.

²⁶ Véanse los considerandos 4º a 7º de la sentencia del Tribunal Constitucional rol Nº39, fechada el 2 de octubre de 1986, recaída en el proyecto de Ley Orgánica sobre Bases Generales de Administración del Estado.

²⁷ Id. Considerando 10º.

²⁸ Consúltase el artículo 2º inciso 1º de la ley Nº20.285, publicada en el Diario Oficial del 20 de agosto de 2008, Sobre Acceso a la Información Pública. RAJEVIC MOSLER, Enrique, “Una Nueva Vuelta de Tuerca en Materia de Acceso a la Información. La Ley Nº20.285 de 2008”, en *Gaceta Jurídica*, 338, (2008), pp. 11 y ss.

²⁹ Consúltase el artículo 2º inciso 3º de la ley Nº20.285, publicada en el Diario Oficial del 20 de agosto de 2008, Sobre Acceso a la Información Pública.

Tópico álgido es aclarar si los principios de probidad y transparencia se extienden al sector privado, asegurando el acceso a la publicidad de los particulares para constatar la buena o mala fe con que actúan sus contrapartes en los negocios y en la difusión de información en general. Entendemos que la consecución del bien común fundamenta la proyección aludida, porque en las actuaciones y otras conductas de sujetos no estatales también tiene lugar la opacidad, sea culposa o dolosamente practicada, perjudicando así la honradez con que se ha obrado por terceros. Pero, en línea de principio al menos, nos parece claro que el artículo 8º de la Carta Política fue concebido, redactado y aprobado en términos ajenos al tópico enunciado. Sin perjuicio de lo escrito, cabe aún razonar, en hermenéutica de contexto, axiológica y finalista, si la probidad y transparencia han de regir en las conductas privadas, planteamiento que debemos admitir si reconocemos que se trata de cualidades de común exigencia en el Estado de Derecho con efectiva punición de los ilícitos de cualquier naturaleza que sean³⁰.

8. Objeto de la transparencia

Está conformado por los actos y resoluciones, sus fundamentos y los procedimientos que utilicen para dictarlos, celebrarlos, ejecutarlos, modificarlos, revocarlos o dejarlos sin efecto de otra manera.

Obviamente, la expresión *actos* de los órganos y funcionarios públicos absorbe toda clase de acciones, actuaciones o conductas de aquellos³¹, sustantivo que cabe entender con significado distinto al de *resoluciones*, en las cuales la decisión de quien las dicta o emite pueda estimarse el rasgo esencial³².

Unos y otras, sin embargo, son abarcados en la disposición constitucional, junto a sus fundamentos y los procedimientos seguidos para dictarlos.

3. Excepciones

¿Qué salvedades contempla el inciso 2º a la regla de la publicidad? Únicamente las tres allí enunciadas las cuales son amplias, pero con núcleo claro y precisable en cada caso. En esta labor se ha avanzado por el legislador, hasta donde cabe hacerlo, mediante la Ley Sobre Acceso a la Información Pública. La concreción adicional recae, necesariamente, en la labor de la jurisprudencia, más aún tratándose del Derecho Constitucional que es un sistema de valores, principios y normas, nunca de reglas minuciosas, numerosas ni casuísticas.

¿Cuáles son esas excepciones? Aparecen encabezadas con una oración de aplicación común en las tres situaciones, esto es, que la publicidad afecte:

- a) El debido cumplimiento de las funciones de los órganos estatales, exclusión cuya aplicación práctica demanda acreditar en qué medida ese cumplimiento de la función pública queda o no comprometido, ilegítimamente, con la difusión de la información respectiva;
- b) Los derechos de las personas, tanto naturales como jurídicas, sin diferencia arbitraria o discriminación alguna, locución holgada que absorbe las situaciones de privacidad, pero también otras especies de reserva, v. gr., en las actividades empresariales³³;

³⁰ Véase los artículos 702 y 1.546 del Código Civil, entre otros.

³¹ *I Diccionario de la Lengua Española, op.cit.*, p. 35.

³² Revítese el artículo 3º de la ley Nº19.880, publicada en el Diario Oficial del 29 de mayo de 2003, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado.

³³ HERRERA BRAVO, Norberto, "Consideraciones sobre la Dialéctica y el Equilibrio entre la Información Pública y los Datos Personales", en *Revista de Derecho de la Universidad de Viña del Mar*, 2, (2008), pp. 161 y ss.

- c) La seguridad de la Nación entera³⁴; y
d) El interés nacional, también comprendido en su acepción de una actuación que, de ser publicada, afectaría al país completo³⁵.

Debe tratarse, en las cuatro hipótesis, de hechos comprobados cuya secuela sea no una eventualidad hipotética, sino que un daño real o peligro claro y presente para los valores, principios y normas protegidos. Entender las excepciones con otro sentido y alcance conduciría, inexorablemente, a abrir el cauce para restablecer la patología del secreto en perjuicio de la transparencia. Quedaría así, en el papel, la tercera regla de oro ya realizada.

4. Naturaleza de las excepciones

Algunos autores³⁶ afirman que ellas son sinónimo de limitaciones o restricciones al principio de transparencia. Discrepo de esa tesis, pues si se configura la causal, entonces no rige el principio de transparencia ni siquiera parcialmente. Ese es el significado de una excepción, o sea, de una regla o situación que se aparta de la norma general imperante en la especie³⁷. No se olvide que la limitación o restricción al ejercicio de un derecho se caracteriza por la reducción, a márgenes menores, del ámbito corriente o habitual de ese atributo, el cual sigue siendo susceptible de ejercicio en lo demás.

Situación distinta es que el legislador sea el único habilitado para disponer el secreto o la reserva de los actos o resoluciones, de sus fundamentos o del procedimiento aplicado para dictarlos, pero sin interrumpir, romper o quebrar la relación entre ellos, separando aquellos de éstos. Tal hipótesis, fundada en la exégesis literal, puede apoyarse en el artículo 8º inciso 2º de la regla constitucional, pero analizada lógicamente no tiene sentido, puesto que resulta clara la unidad indisoluble de esos tres conceptos para que se cumpla la finalidad perseguida con ellos.

5. Legislación reforzada y consecuencias

Sólo una ley de quórum calificado puede establecer y modificar las excepciones. Sabemos ya que esa ley tiene el Nº 20.285, agregando ahora que comenzó a regir el 20 de abril de 2009, en cumplimiento de lo previsto en su artículo transitorio.

Consecuentemente, se halla prohibido el ejercicio de la potestad reglamentaria para establecer y configurar las excepciones a la transparencia, ampliar o restringir su alcance, incluir actuaciones, fundamentos o procedimientos, etc. A pesar de lo dicho, menester resulta tener presente que, el artículo 8º y su legislación complementaria, se encuentran pormenorizados por el DS. (Ministerio Secretaría General de la Presidencia) Nº 13, publicado en el Diario Oficial el 13 de abril de 2009, que es el reglamento de la ley aludida.

6. Reserva, secreto y confidencialidad

Hemos visto que el artículo 8º se refiere a la reserva o secreto de los actos o resoluciones, de sus fundamentos y de los procedimientos seguidos para dictarlos o implementarlos. Ciertamente, la

³⁴ GARCÍA, Gonzalo y CONTRERAS, Pablo, "Derecho de Acceso a la Información en Chile. Nueva Regulación e Implicancias para el Sector de la Defensa Nacional", en *Revista Estudios Constitucionales*, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, 1, (2009), pp. 153 y ss.

³⁵ Id.

³⁶ Id. pp. 140 y ss.

³⁷ I Diccionario, *op. cit.*, p. 1015.

reserva y el secreto son conceptos distintos, como lo es también el de confidencialidad. La diferencia se halla en el mayor o menor grado de intimidad que tiene una y otro, la drasticidad con que se prohíbe divulgarlos y la sanción por su quebrantamiento, máxima en lo que es confidencial, y menor, aunque vigorosa, en el secreto y en la reserva, sucesivamente³⁸.

La ley citada no traza, sin embargo, diferencia al respecto, debiendo concluirse que absorbe todas las especies de exclusiones de la difusión o publicidad, dándoles tratamiento semejante.

7. ¿Ley única?

La ley Nº 20.285 no es la única en el tema, porque subsisten numerosos preceptos legales ajenos o distintos, pero afines a lo regulado en ella y que siguen vigentes, según lo previsto en la disposición cuarta transitoria de la Constitución. Tal es el caso de la ley Nº 19.884 de 2004, sobre transparencia del gasto electoral; de la ley Nº 19.965 de 2004, relativa a la protección de los consumidores; de algunas disposiciones aún subsistentes de la ley Nº 19.653 de 1999, acerca de la probidad de los órganos de la Administración del Estado; de la ley Nº 19.913 de 2003, concerniente a la Unidad de Análisis Financiero; de la ley Nº 19.974 de 2004, que regula el Sistema de Inteligencia del Estado; de la ley Nº 20.088 de 2006, que establece la declaración jurada patrimonial de bienes; de la ley Nº 19.628 de 1999, sobre protección de datos personales; y, dicho en términos generales, de la multitud de preceptos legales, incluidos o no en códigos que contemplan reglas sobre reserva, secreto o confidencialidad en las esferas públicas y privada.

Claramente puntualizado el alcance de la legislación en comentario, agrego dos precisiones al respecto: una, que no es necesario que esas normas legales dispersas estén sólo contenidas en textos orgánico-constitucionales o de quórum calificado; pero sí lo es, en cambio, que no sean contrarias a la Constitución³⁹, especialmente a lo ordenado en su artículo 8º.

VII. EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA

En 1974, la Comisión Redactora de un Anteproyecto de nueva Constitución estimó conveniente, en principio, incorporar el derecho de acceso a la información como fuente de la libertad de opinión e información que se hallaba estudiando. La revisión de las actas pertinentes revela que la Comisión tuvo a la vista el artículo 13º del Pacto de San José de Costa Rica. Pero el debate se diluyó cuando se hizo presente que, ejerciendo el derecho que hoy se conoce como **transparencia activa**, podría requerirse información de toda índole, incluso sobre datos sensibles, sin que se garantizara rehusarla como ocurre en la actualidad. Por eso, en el artículo 1º Nº 12º del DL Nº 1.552 de 1976, Acta Constitucional Nº 3, antecedente inmediato del precepto fundamental hoy en vigor,⁴⁰ no aparece asegurado el derecho a la información, sino que la libertad de informar.

Precisamente, el artículo 19º Nº 12 de la Constitución que nos rige quedó redactado en términos de asegurar la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, ignorando el derecho a buscar, recibir y transmitir información⁴¹.

³⁸ SAIZ MORENO, Fernando, "Secreto e Información en el Derecho Público", en MARTÍN RETORTILLO, Sebastián (coordinador), *III Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Ed. Civitas, 1991, pp. 2863 y ss.

³⁹ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel, "El Principio de Publicidad de los Actos Estatales en el Nuevo Artículo 8º inciso 2º de la Constitución", en ZUÑIGA URBINA, Francisco, (coordinador) *Reforma Constitucional*, Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2005, pp. 191 y ss.

⁴⁰ Actas Oficiales de la Comisión de Estudio del Anteproyecto de Nueva Constitución, sesión 228ª, p. 17.

⁴¹ Consúltese el DS. del Ministerio del Interior Nº291 de 1974, publicado en el Diario Oficial el 26 de junio de 1974, que facul-

Un paso adelante en la consecución de ese atributo ocurrió el 28 de agosto de 1999, cuando fue publicada la Ley sobre Protección de la Vida Privada, pues en ella se contempló el *habeas data*, pero circunscrito al titular de datos sensibles que habían sido divulgados⁴².

El proceso llegó a un punto recodo con la reforma constitucional de 2005, que hemos comentado. La génesis de esta enmienda merece ser recordada.

El impulso inicial se halla en la aludida Ley sobre Transparencia y Probidad, pero ésta, a su vez, fluyó de un proceso largo, cuyo término estuvo en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pronunciada el 19 de septiembre de 2006 en el Caso Claude vs. Chile⁴³.

Recordemos que el Sr. Marcel Claude Reyes era Director Ejecutivo de la Fundación Terram. En tal carácter requirió, el 7 de mayo de 1998, información acerca de la empresa Trillium, en poder del Comité de Inversiones Extranjeras, entonces dependiente del Banco Central. Esa información, pertinente al Proyecto Río Cóndor, no le fue entregada por el Vicepresidente Ejecutivo del Comité ni siquiera después de exigirla judicialmente. Acudió entonces el Sr. Claude a la Corte Interamericana y esta Magistratura aplicó el artículo 13º de la Convención, condenando al Estado de Chile. En el considerando 77º de ese pronunciamiento, la Corte afirmó la tesis que inserto a continuación:

“La Corte estima que el artículo 13º de la Convención, al estipular expresamente los derechos a buscar y a recibir informaciones, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir, a su vez, que ésta circula en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla.”

En el ínterin, se había establecido, en 1994, la Comisión Nacional de Ética Pública, en cuyo informe final propugnó la transparencia de las funciones estatales, entre otras razones, como antidoto de la corrupción.

Los beneficios de esa sentencia son claros. Doctrinariamente, es un ejemplo de cómo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos induce al legislador de un Estado a perfeccionar el ordenamiento interno, adecuándolo al régimen jurídico, más avanzado, que se halla en la Convención aludida. Otro beneficio estriba en que, secuela de la sentencia, fue la aprobación de la ley Nº 20.285. En fin, un tercer provecho es que, con sujeción a una interpretación de contexto y finalista de la Constitución, el derecho de acceso a la información, al menos en lo relativo a actos, resoluciones, fundamentos y procedimientos aplicados por órganos públicos, queda asegurado por la integración armónica de los artículos 8º y 19º Nº 12º de la Constitución. A raíz de esta cohesión inescindible, la doctrina sostiene que la transparencia es un derecho adscrito a

taba a las autoridades para calificar los documentos u oficios estatales en secretos y reservados por un lado, y en ordinarios, de otro, sin fijar criterios, objetivos y certeros, que permitieran fundar tal calificación y, a raíz de reputarla injustificada, habilitar a los interesados para objetarla y lograr su modificación.

⁴² Revísense los artículos 12º y siguientes de la ley Nº 19.628, publicada en el Diario Oficial el 28 de agosto de 1999, sobre protección de la vida privada.

⁴³ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel, *El Principio Constitucional...*, pp. 160 y ss.; CORDERO VEGA, Luis, “Efectos de la Reforma Constitucional en Materia de Acceso a la Información Pública”, en *Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, Santiago, 69, (2007), pp. 73 y ss.; y HERNÁNDEZ EMPARANZA, Domingo, “Notas sobre la Reforma Constitucional de 2005. Regionalización, Probidad y Publicidad de Actos”, en NOGUEIRA ALCALA, Humberto, (coordinador), *La Constitución Reformada de 2005*, Santiago, Editorial Librotecnia, 2005, pp. 19 y ss.

la libertad de emitir opinión y de informar⁴⁴. Este razonamiento busca diferenciar los derechos implícitos, cuya debilidad se plantea con base en una hermenéutica constitucional incompleta y de raigambre exegética, por un lado, de otra solución más sólida, cual es la de adscripción⁴⁵ del derecho de acceso a los atributos inalienables asegurados en los artículos 5º inciso 2º y 19º N°s 12º y 14º de la Carta Política, de otra. Aunque adhiero a esta última posición, aún así la estimo complicada, prefiriendo abogar, directamente, por un derecho fundamental nuevo, configurado a favor de todas las personas y, en rango excepcional, como facultad de unos órganos estatales de cara a otros que les niegan o restringen la información que requieren para servir sus funciones públicas.

Un balance preliminar conduce a reconocer que el avance, en términos de progreso de la ciudadanía en el conocimiento de los asuntos públicos que le conciernen, ya es considerable⁴⁶. Pero cierto es también que falta constitucionalizar y legislar el acceso a otras fuentes de información, respetando las excepciones de rigor. Pienso, v. gr., en entidades o asociaciones privadas que captan recursos financieros de particulares para cumplir labores públicas como la protección de la salud, la seguridad social y los servicios públicos concedidos, en una gestión en la que, por cierto, ha de ser respetado el lucro legítimo⁴⁷. Reconozco, sin embargo, que una valla en ese camino surge con el artículo 52º N° 1 letra C inciso final de la Constitución en cuanto allí queda nítido el espíritu del precepto, ajeno a los particulares. Un juicio más certero sólo podrá emitirse conociendo lo que preceptúe la nueva Ley Orgánica del Congreso Nacional, habilitada para proteger los derechos de las personas citadas o mencionadas en las comisiones investigadoras creadas por la Cámara de Diputados.

De paso, quedó derogado artículo 14º de la ley de 1999 y el DS (Ministerio Secretaría General de la Presidencia) N° 26 de 2001, normativa reglamentaria que terminó desacreditando el esfuerzo hecho en la Ley de Probidad de aquel año. Tal abuso indujo también a legislar en los términos que hemos destacado.

VIII. RASGOS DE LA LEY SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

1. Radio de acción

En su artículo 1º, dicha ley aclara que ella regula 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, en fin, las excepciones a la publicidad de la información.

En el artículo 2º consta que la ley se aplica a la Contraloría General de la República y el Banco Central, pero sólo en lo que ella señala expresamente, quedando en lo demás sujetos a los preceptos de sus leyes orgánicas. Agrega, en el inciso 3º, que la ley rige también en las empresas públicas creadas por ley, como asimismo, en las empresas del Estado y sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio.

⁴⁴ GARCÍA y CONTRERAS, *op.cit.*, pp. 140 y ss.

⁴⁵ Tal es el sentido de la moción presentada por ocho diputados el 29 de abril de 2009 y que se halla, sin urgencia, en primer trámite, pendiente de la Comisión de Gobierno Interior de la Cámara respectiva.

⁴⁶ BOENINGER KAUSSEL, Edgardo, *Chile Rumbo al Futuro. Propuestas para Reflexiones*, Santiago, Edit. Uqbar Editores, 2009, pp. 179 y ss.

⁴⁷ El Diccionario de la Lengua Española, define el verbo adscribir como inscribir, contar entre lo que corresponde a alguien o algo, significado que, al insertarse en la libertad de expresión, puede entenderse integrante de ella. *Op. cit.* p.50.

2. Transparencia activa y pasiva

Con sujeción a lo dispuesto en el artículo 4º inciso final, el principio de transparencia de la función pública consiste en respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información, a través de los medios y trámites que establezcan las leyes.

La legislación en análisis distingue la transparencia activa de la pasiva.

La primera se halla caracterizada en el artículo 7º, preceptuando al efecto que los órganos de la Administración del Estado deben mantener, a través de sus sitios electrónicos, entre otros los antecedentes siguientes, actualizados al menos una vez al mes: estructura orgánica; facultades, funciones y atribuciones; marco normativo que le es aplicable; planta de personal y funcionarios a contrata y a honorarios, con los correspondientes niveles de remuneraciones; actos y resoluciones que tengan efectos sobre terceros; y trámites y requisitos que debe cumplir el interesado para tener acceso a los servicios que preste el órgano respectivo.

En punto a la transparencia pasiva, el artículo 10º de la ley declara que toda persona tiene derecho a solicitar y recibir la información de cualquier órgano de la Administración del Estado. A su vez, el artículo 11º pormenoriza los principios que norman ese derecho, incluyendo el que presume la relevancia de la información que poseen tales órganos; el de libre acceso a dicha información, con la solas excepciones establecidas por leyes de quórum calificado; el de apertura, pues toda aquella información se asume que es pública, salvo las excepciones referidas; el de divisibilidad, es decir que, si un acto administrativo contiene información que debe denegarse, se dará acceso únicamente a la información que puede ser conocida; por último, el de control, conforme al cual el cumplimiento de las normas que regulan el derecho de acceso a la información será objeto de fiscalización permanente y, en su caso, de reclamación ante un órgano externo si se trata de resoluciones que recaigan en solicitudes de acceso presentadas por particulares.

3. Amparo del Derecho

Al tenor del artículo 14º, la autoridad requerida tiene que pronunciarse sobre la petición de información en un plazo de veinte días hábiles, contado desde la recepción de la solicitud correspondiente. Vencido este plazo sin obtener la información o denegada la solicitud, puntualiza el artículo 24º, el requirente tiene derecho a reclamar ante el Consejo para la Transparencia, solicitando amparo a su derecho de acceso a la información.

En contra de la resolución de ese Consejo que deniegue el acceso aludido procede el reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones correspondiente al domicilio del reclamante. En tal caso, la Corte dispondrá que el reclamo sea notificado por cédula al Consejo y al tercero interesado, en su caso, quienes dispondrán de diez días para presentar sus descargos y observaciones, todo de acuerdo a lo previsto en el artículo 30º. En caso de ser acogido el reclamo, la sentencia señalará un plazo para la entrega de la información requerida.

4. Consejo para la transparencia

Es una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, al tenor del artículo 31º. Su finalidad, según el artículo 32º, es promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos estatales y garantizar el derecho de acceso a la información disponible en ellos.

La dirección y administración del organismo corresponde a un Consejo Directivo integrado por cuatro consejeros, designados por el Presidente de la República previo acuerdo del Senado, en los términos señalados en el artículo 36° de la ley comentada. Los acuerdos se adoptan por mayoría y el Presidente tiene voto calificado o dirimente para resolver los empates.

5. Jurisprudencia del Consejo

Según información de prensa recogida del Consejo para la Transparencia⁴⁸, a la fecha de este artículo han sido deducidos 279 amparos por denegación de información, 89 de los cuales (31.9%) fueron ya resueltos. De éstos, 60,67% quedaron en situación de inadmisibles o desistidos. El 80% de los fallos sustantivos obligó al órgano o servicio correspondiente a entregar la información solicitada.

Al cabo de cuatro meses de vigencia, es positiva la evaluación hecha por el Gobierno de la aplicación de la ley⁴⁹. Es breve el tiempo transcurrido, sin embargo, para efectuar vaticinios, asumiendo que las dificultades mayores no han comenzado y que el entusiasmo por inquirir información, propio de la curiosidad inicial, va cediendo lugar a la búsqueda de transparencia para propósitos objetivamente justificados⁵⁰.

Ya se han elaborado escalas con las entidades o servicios más requeridos a tal efecto. Allí aparece, encabezando la lista, Carabineros de Chile con 1.152 peticiones, seguido por la Dirección del Trabajo con 1.049 solicitudes, en fin, la Subsecretaría de Educación y el Servicio de Impuestos Internos con 696 y 662 requerimientos, respectivamente⁵¹.

A continuación, presentamos una mirada selectiva de los casos de mayor relieve decididos por el Consejo hasta el 14 de septiembre de 2009⁵².

- a) El 9 de junio de 2009, precisó cuáles obligaciones de transparencia eran exigibles de las empresas públicas, limitándolas a la transparencia activa. Además, puntualizó que no cabe extender el procedimiento de amparo a las empresas públicas creadas por ley dado que el artículo 10° no las contempla para tal efecto (Rol A4-09);
- b) El 26 de mayo de 2009, se declaró incompetente para conocer de las reclamaciones de amparo para recabar información de los tribunales que forman parte del Poder Judicial (Rol N° A13-09);
- c) El 26 de junio de 2009 falló en el sentido que la obligación de entregar información no es imputable a funcionarios determinados, sino al órgano requerido, representado por la autoridad, jefatura o jefe superior pertinente del servicio o ente de la Administración del Estado al que se ha pedido la información (Rol N° A15-09);
- d) El 19 de junio de 2009 acogió, parcialmente, una reclamación declarando que la recurrida no entregó la información con el desglose correspondiente ni lo hizo con respecto al pago de horas extraordinarias. Añadió que la información tiene que ser proporcionada en el formato y por el medio

⁴⁸ El Mercurio de Santiago, 6 de septiembre de 2009.

⁴⁹ TELLO, Cristóbal; CERNA, Marcelo y PAVON, Andrés, "Acceso a la Información Pública. Los Desafíos del Consejo de la Transparencia", en *Anuario de Derechos Humanos, Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, 8, (2009), pp. 193 y ss.

⁵⁰ SOTO VELASCO, Sebastián, "Ley de Transparencia. Desafíos en su Aplicación" en *Dirección de Asuntos Públicos P. Universidad Católica de Chile*, 30, (2009), pp. 3 y ss.

⁵¹ El Mercurio de Santiago, 10 y 11 de septiembre de 2009.

⁵² En el Diario Oficial del 21 de septiembre de 2009 aparece publicada la resolución N°1.285 exenta, dictada por el Director del Servicio Electoral, denegando el acceso a la información formulada por el requirente que allí se nombra, consistente en el número de inscritos, desglosados por región, de cada uno de los partidos políticos con inscripción vigente en el país. Tal determinación se fundó en los artículos 8° y 19 N° 15° de la Constitución. Además, el Director aludido declaró reservada la información contenida en el Duplicado del Registro General de Afiliados a los partidos que conserva aquel Servicio, incorporando esa información al Índice de Actos Secretos o Reservados.

requerido, con sujeción al artículo 17° de la ley y a cuanto implica el principio de facilitación para la entrega y comprensión de esos antecedentes (Rol N° A18-09);

e) El 17 de julio de 2009 acogió un amparo manifestando que la labor del Instituto Nacional de Estadísticas (INE) respecto de las encuestas sobre empleo consiste en entregarlas y procesarlas conforme a una muestra basada en trimestres móviles y no en cifras mensuales. Agregó que esa información se halla financiada por el presupuesto público, circunstancia reforzada con sujeción al artículo 11° letra a) de la ley, o sea, el principio de relevancia. Finalizó observando que, aún cuando la forma de procesar y entregar los datos de pie a interpretaciones inexactas, ello es propio del debate público y académico;

f) El 30 de junio de 2009 acogió el reclamo deducido en contra del Ministerio Secretaría General de Gobierno, argumentando la improcedencia de sostener que los contratos de estudios deberfan considerarse una unidad con los resultados de las encuestas y sondeos de opinión encargados por esa Cartera de Estado, asimilándose en su calidad de reservados. Por el contrario, las hipótesis de reserva o secreto son excepcionales y, en tal carácter, de interpretación estricta y restrictiva. El supuesto del artículo 22° inciso final de la ley está referido sólo a los resultados pertinentes (Rol N° A32-09);

g) El 30 de junio de 2009 acogió, parcialmente, el requerimiento relativo a la negativa del SEREMI de Bienes Nacionales de entregar información personal de terceros, emanada del Servicio de Registro Civil, aseverando que se trata de información pública, puesto que ha sido emitida y elaborada por un organismo estatal con presupuesto público (Rol N° A33-09);

h) El 3 de julio de 2009 acogió el amparo entablado en contra de la negativa de la Dirección del Trabajo a entregar información concerniente a multas impuestas por discriminación laboral, aseverando que se trata de antecedentes indudablemente públicos, según el artículo 5° de la ley, desestimando la alegación de hallarse cubierta por una causal de reserva (Rol N° A41-09);

i) El 10 de julio de 2009 hizo lugar al reclamo, una vez más, en contra del Ministerio Secretaría General de Gobierno con relación a la negativa de entregar información sobre gastos efectuados por encuestas entre 2000 y 2009, incluyendo los documentos de respaldo, aduciendo para ello, entre otros razonamientos, que no parece verosímil que una Secretaría de Estado ignore el número de contratos que celebra cada año, como tampoco que no los conserve (Rol N° A48-09);

j) El 5 de junio de 2009 acogió, parcialmente, el reclamo en contra del Consejo Nacional de Televisión sobre la base de haber constatado que ese organismo reguló la manera en que cumpliría la ley, incurriendo en errores e imprecisiones y yendo más allá de los requisitos fijados por la legislación, v. gr., al establecer plazos y recursos no previstos en ella (Rol N° R4-09); y

k) Finalmente, el 7 de septiembre de 2009 sentenció que Televisión Nacional de Chile debe publicar las remuneraciones que paga a sus ejecutivos principales, decisión que ha sido controvertida porque afectaría los derechos de los involucrados y el cumplimiento debido de las funciones del organismo señalado. Con base en consideraciones de esa naturaleza, aquel ente autónomo pidió reconsideración al Consejo y, de fracasar, anunció que recurrirá de ilegalidad a la Corte de Santiago⁵³.

IX. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Fue dictada el diez de julio de 2008 y se halla enrolada con el N° 1051 de los asuntos decididos por esa Magistratura.

De ese extenso fallo cabe detenerse aquí sólo en los puntos que resumo en seguida.

⁵³ Id., casos resueltos los días 10 y 18 de septiembre de 2009.

1. Interpretación de normas conforme a la Constitución

Trátase de uno de los pronunciamientos del Tribunal en que se encuentra el mayor número de tal especie de acuerdo. Ella consiste en que la Magistratura aludida, con el concurso al menos de la mayoría de sus miembros⁵⁴, coincide en declarar que un precepto del proyecto de ley en examen debe ser estimado de acuerdo con o conforme a la Carta Política, pero en el entendido que debe ser interpretado, únicamente, con el sentido y alcance que el Tribunal fija en el considerando respectivo y en la parte resolutive de su sentencia. Trátase, en otras palabras, de los corrientemente denominados fallos interpretativos, en el sentido recién expuesto⁵⁵.

Así sucede con lo que preceptuaba el artículo 8º del proyecto sometido a control de supremacía, pues reconocía a cualquier persona el derecho a presentar reclamos ante el Consejo para la Transparencia si la Contraloría General de la República o el Banco Central incumplían lo ordenado en esa disposición. Ante ello, el Tribunal razonó lo siguiente⁵⁶:

“TRIGESIMO SÉPTIMO.- *Que, en diversas oportunidades -como en la sentencia de 22 de septiembre de 1989, Rol Nº 80-, esta Magistratura ha puesto de relevancia la necesidad de respetar cuanto se deriva de la naturaleza autónoma que la Carta Fundamental ha asignado a ciertos órganos del Estado como la Contraloría General de la República, autonomía que se proyecta en una triple dimensión: organizativa, institucional y normativa. La referida autonomía implica, precisamente, que cada uno de estos ámbitos de acción no puede estar supeditado, en su ejercicio, a órganos que se relacionen, aunque sea en forma indirecta, con las labores de gobierno y administración propias de la función ejecutiva.*

Atendido lo expuesto anteriormente y velando por el carácter autónomo que le asigna la Carta Fundamental a la Contraloría General de la República, en su artículo 98º, este Tribunal declarará la constitucionalidad del inciso segundo del nuevo artículo 155º, que se agrega a la Ley Orgánica Constitucional del mismo organismo por el ARTÍCULO QUINTO del proyecto de ley en estudio, en el entendido de que a aquél no se le aplica lo dispuesto en el artículo 8º del Título III de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado;

TRIGÉSIMO OCTAVO.- *Que, asimismo, esta Magistratura declarará constitucional el precepto transcrito en el considerando trigésimoquinto en el entendido de que las normas generales que dicte el Consejo para la Transparencia en ejercicio de sus atribuciones y funciones legales, no son vinculantes para la Contraloría General de la República, ya que, de otro modo, se afectaría la autonomía que la Constitución Política, en su artículo 98º, le ha conferido a dicho Organismo de Control Administrativo.*

Esta Magistratura considera pertinente y necesario, además, aclarar que la referencia que se hace en el inciso final del mismo precepto al artículo 32, debe entenderse efectuada al artículo 33 de la normativa legal a la que se alude, ya que es en este último precepto y no en el que se indica, en el que se establecen las funciones del Consejo para la Transparencia;”

Idéntico criterio hermenéutico sostuvo el Tribunal a propósito del Banco Central⁵⁷ y del Ministerio Público⁵⁸. Con razonamientos adicionales, dicha Magistratura mantuvo esa interpretación con respecto al Tribunal Constitucional y a la Judicatura Electoral. Léese al respecto⁵⁹:

“CUADRAGÉSIMO SEXTO.- *Que este Tribunal declarará que la norma antes citada es consti-*

⁵⁴ Artículo 92º inciso 5º de la Constitución Política de la República de Chile.

⁵⁵ ZAPATA LARRAIN, Patricio, *Justicia Constitucional. Teoría y Práctica en el Derecho Chileno y Comparado*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2008 pp. 160 y ss.

⁵⁶ Considerandos trigésimo séptimo y trigésimo octavo de la sentencia rol Nº1051.

⁵⁷ Id., considerando trigésimo noveno.

⁵⁸ Id., considerando cuadragésimo segundo.

⁵⁹ Id., considerando cuadragésimo sexto.

tucional, en el entendido de que ella no es aplicable al Tribunal Constitucional ni a los tribunales que integran la justicia electoral, toda vez que dichos órganos jurisdiccionales especializados se rigen por sus propios estatutos constitucionales, contenidos en los capítulos VIII y IX de la Constitución, respectivamente, por lo cual, de acuerdo a lo previsto en el artículo 82 de la Carta Fundamental, están al margen de la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema. Por consiguiente, no resultaría constitucionalmente admisible que sus resoluciones o determinaciones queden sujetas al escrutinio de un tribunal ordinario de justicia, subalterno de la Corte Suprema, como es una Corte de Apelaciones. Por lo demás, el debido acatamiento de ellos al principio de publicidad y transparencia consagrado en el artículo 8º de la Constitución, se satisface adecuadamente con la divulgación de sus resoluciones jurisdiccionales y de otros antecedentes relevantes de su quehacer, en los términos que contempla el artículo 7º de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, que el mismo ARTÍCULO NOVENO del proyecto en examen hace aplicable a esos órganos;”

2. Disposición declarada inconstitucional

Se halla en esta situación solo un precepto el cual afectaba la autonomía del Banco Central, razón por la que el Tribunal acordó eliminarlo⁶⁰:

“CUADRAGÉSIMO PRIMERO.- Que cabe reiterar aquí lo señalado en el considerando trigésimo séptimo de esta sentencia, en cuanto a que esta Magistratura ya se ha pronunciado, en diversas oportunidades -como en la sentencia de 22 de septiembre de 1989, Rol Nº 80-, sobre la necesidad de respetar cuanto se deriva de la naturaleza autónoma que la Carta Fundamental ha asignado a ciertos órganos del Estado, como el Banco Central, autonomía que se proyecta en una triple dimensión: organizativa, institucional y normativa. La referida autonomía implica, precisamente, que cada uno de estos ámbitos de acción no puede estar supeditado, en su ejercicio, a órganos que se relacionen, aunque sea en forma indirecta, con las labores de gobierno y administración propias de la función ejecutiva.

En razón de lo señalado anteriormente, esta Magistratura declarará constitucional el inciso segundo del nuevo artículo 65º bis de la Ley Nº 18.840 –Orgánica Constitucional del Banco Central-, que es incorporado por el ARTÍCULO SÉPTIMO del proyecto de ley en examen, en el entendido de que no resulta aplicable a la referida institución pública el artículo 8º del Título III de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, atendido el carácter de órgano constitucionalmente autónomo que le confiere el artículo 108º de la Carta Fundamental;

CUADRAGÉSIMO CUARTO.- Que, en cumplimiento de su responsabilidad de velar por el respeto del principio de supremacía constitucional, asegurado en el inciso primero del artículo 6º de la Ley Suprema, este Tribunal declarará la constitucionalidad del inciso segundo del ARTÍCULO NOVENO del proyecto de ley en examen, en el entendido de que no resulta aplicable al Ministerio Público, al Tribunal Constitucional, ni al Tribunal Calificador de Elecciones lo dispuesto en el artículo 8º del Título III de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, por cuanto la autonomía que la Constitución ha asignado a ciertos órganos del Estado, como los recién mencionados, y que se proyecta en una triple dimensión -organizativa, institucional y normativa- implica, precisamente, que cada uno de estos ámbitos de acción no puede estar supeditado, en su ejercicio, a órganos que se relacionen, aunque sea en forma indirecta, con las labores de gobierno y administración propias de la función ejecutiva;”

⁶⁰ Id., considerando cuadragésimo primero y cuadragésimo cuarto.

X. REFERENCIA A LA OCDE

Esta organización fue creada en París el 14 de diciembre de 1960, por acuerdo suscrito entre los países más afectados a raíz de la Segunda Guerra Mundial, incluyendo Canadá, Irlanda, España y Portugal. Después, la OCDE admitió a México y Turquía. Su objetivo esencial aparece enunciado en el razonamiento segundo que la fundamenta:

“La fortaleza económica y la prosperidad son esenciales para lograr los propósitos de las Naciones Unidas, la preservación de la libertad individual y el incremento del bienestar general.”

En el numeral 14º del tratado se faculta a los Estados miembros para que, por consenso unánime, inviten a otros países a fin de incorporarse a la Organización. Tal es el caso de Chile desde 2006. Es preciso cumplir con antelación, sin embargo, una serie de compromisos, entre los cuales sobresalen los relativos a modificar la legislación interna, adecuándola a los postulados de transparencia y probidad que se propone lograr la OCDE, v. gr., con el objeto de combatir el narcotráfico, el lavado de dinero y el terrorismo.

Nuestro país está empeñado en satisfacer pronto tales exigencias, de las cuales destaco los siguientes cuatro proyectos de ley, cuya etapa de tramitación final transcurre hoy en el Congreso Nacional: Intercambio de información tributaria, incluyendo el alzamiento justificado y controlado del secreto bancario; regulación de los gobiernos corporativos privados; tipificación de la responsabilidad penal de las empresas; y reforma tanto de la estructura societaria como de dirección de la Corporación del Cobre (CODELCO).

Lo decisivo de este avance yace, sin embargo, en que ya se está aplicando la tercera regla de oro de nuestro derecho público, umbral que cruzado por el legislador, los jueces y la ciudadanía permitirá no sólo que Chile ingrese a la OCDE sino que, como es obvio, nuestra democracia constitucional se enriquezca porque es viva a raíz de ser práctica y diariamente vivida.

XI. PALABRAS FINALES

La jurisprudencia constitucional protege la Carta Fundamental y la vivifica, infundiéndole vida con su jurisprudencia actualizadora y flexible, axiológica y finalista.

El derecho público contemporáneo se ha fortalecido con la incorporación de las tres reglas de oro analizadas precedentemente, el principio de separación relativa de funciones jurídicas, con frenos y contrapesos, la delimitación de las potestades ejercidas por los órganos públicos y la transparencia, la publicidad y la probidad en el contexto de una democracia constitucional.

Lo decisivo de este avance yace, sin embargo, en que ya se está aplicando la tercera regla de oro de nuestro derecho público, umbral que cruzado por el legislador, los jueces y la ciudadanía permitirá no sólo que Chile ingrese a la OCDE sino que, como es obvio, nuestra democracia constitucional se enriquezca porque es viva a raíz de ser práctica y diariamente vivida.

[Recibido el 19 de septiembre y aprobado el 20 del octubre de 2009]

BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel y VODANOVIC Antonio, *I Curso de Derecho Civil*, Santiago, Ed. Nacimiento, 1961.
- ALWYN AZÓCAR, Patricio y AZÓCAR BRUNNER, Eduardo, *Manual de Derecho Administrativo*, Santiago, Universidad Andrés Bello, 1996.
- BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio, *Curso de Derecho Administrativo*, México DF, Ed. Porrúa, 2006.
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones, *El Derecho de Acceso a la Información Gubernamental en la Legislación de México, Ecuador, Suecia y Francia*, Santiago, Serie de Estudios, 302, (2004).
- BOBBIO, Norberto, *El Futuro de la Democracia*, México DF, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1996.
- BOENINGER KAUSSEL, Edgardo, *Chile Rumbo al Futuro. Propuestas para Reflexiones*, Santiago, Edit. Uqbar Editores, 2009. C. 368 – 348 AC. Barcelona, Ed. Iberia, 1962, pp. 92 y ss.
- CAPPELLETTI, Mauro, *Obras. La Justicia Constitucional. Dimensiones de la Justicia en el Mundo Contemporáneo*, México DF, Ed. Porrúa, 2007.
- CEA EGAÑA, José Luis, “Vida Pública, Vida Privada y Derecho a la Información. Sobre el Secreto y su Reverso”, en *III Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, 1 -2, (1992).
- CEA EGAÑA, José Luis, “Proyecciones de la separación de poderes en el estado contemporáneo”, en *V Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 7, (2007).
- COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henry, *I Curso Elemental de Derecho Civil*, Madrid, Ed. Réus, 1922.
- CORDERO VEGA, Luis, “Efectos de la Reforma Constitucional en Materia de Acceso a la Información Pública”, en *Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, Santiago, 69, (2007).
- DARBISHIRE, Helen, “El Derecho a la Información en América Latina”, en *Anuario de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, 2, (2006).
- DE CABO, Carlos, “La Función Histórica del Constitucionalismo y sus Posibles Transformaciones”, en CARBONELL, Miguel (compilador), *Teoría de la Constitución, Ensayos Escogidos*, México DF, Ed. Porrúa, 2008.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel, “El Principio Constitucional de Publicidad”, en *Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, 69, (2007).
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel, “El Principio de Publicidad de los Actos Estatales en el Nuevo Artículo 8º inciso 2º de la Constitución”, en ZUÑIGA URBINA, Francisco, (coordinador) *Reforma Constitucional*, Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2005.
- GARAY OPASO, Osvaldo, “Reformas Constitucionales para la Administración”, en ZUÑIGA URBINA, Francisco (coordinador), *Reforma Constitucional*, Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2005.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Editorial Civitas, 1997.
- GARCÍA, Gonzalo y CONTRERAS, Pablo, “Derecho de Acceso a la Información en Chile. Nueva Regulación e Implicancias para el Sector de la Defensa Nacional”, en *Revista Estudios Constitucionales*, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, 1, (2009).

- GREPPI, Andrea, *Concepciones de la Democracia en el Pensamiento Político Contemporáneo*, Madrid, Ed. Trotta, 2006.
- HABERLE, Peter, “El Tribunal Constitucional Federal como Modelo de una Jurisdicción Constitucional Autónoma”, en HESSE, Konrad y HABERLE, Peter, *Estudios sobre la Jurisdicción Constitucional*, México DF., Ed. Porrúa, 2008.
- HAMILTON Alexander, MADISON, James y JAY, William, *El Federalista* (1788): *El Federalista*, México DF., Ed. Fondo de Cultura Económica, 1974.
- HERNÁNDEZ EMPARANZA, Domingo, “Notas sobre la Reforma Constitucional de 2005. Regionalización, Probidad y Publicidad de Actos”, en NOGUEIRA ALCALA, Humberto, (coordinador), *La Constitución Reformada de 2005*, Santiago, Editorial Librotecnia, 2005.
- HERRERA BRAVO, Norberto, “Consideraciones sobre la Dialéctica y el Equilibrio entre la Información Pública y los Datos Personales”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Viña del Mar*, 2, (2008).
- HOFFMANN-RIEM, Wolfgang, “La División de Poderes como Principio de Ordenamiento”, en *V Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 7, (2007).
- KANT, Manuel, *Lo Bello y lo Sublime. La Paz Perpetua*, Buenos Aires, Ed. Espasa – Calpe, 1957.
- MATTEUCCI, Nicola, *Organización del Poder y Libertad*, Madrid, Ed. Trotta, 1998.
- MIJANGOS, Javier y GONZALEZ, *Los Derechos Fundamentales en las Relaciones Entre Particulares*, México DF., Ed. Porrúa, 2007.
- MONTESQUIEU, Charles Second De, *El Espíritu de las Leyes*, Madrid, Ed. Altaya, 1997.
- NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, Barcelona, Ed. Gedisa, 1997.
- OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro, *Interpretación y Neo constitucionalismo*, México DF., Ed. Porrúa, 2006.
- PANTOJA BAUZA, Rolando E., *I Manual de Estatuto Administrativo*, Santiago, Editorial Conosur, 1983.
- PANTOJA BAUZA, Rolando, *La Organización Administrativa del Estado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998.
- RAJEVIC MOSLER, Enrique, “Una Nueva Vuelta de Tuerca en Materia de Acceso a la Información. La Ley N°20.285 de 2008”, en *Gaceta Jurídica*, 338, (2008).
- SAIZ MORENO, Fernando, “Secreto e Información en el Derecho Público”, en MARTIN RETORTILLO, Sebastián (coordinador), *III Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Ed. Civitas, 1991.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, *La Democracia Constitucional. Una Radiografía Teórica*, México DF., Ed. Fondo de Cultura Económica, 2008.
- SARTORI, Giovanni, *¿Qué es Democracia?*, Madrid, Ed. Taurus, 2007.
- SOTO VELASCO, Sebastián, “Ley de Transparencia. Desafíos en su Aplicación” en *Dirección de Asuntos Públicos P. Universidad Católica de Chile*, 30, (2009).
- TELLO, Cristóbal; CERNA, Marcelo y PAVON, Andrés, “Acceso a la Información Pública. Los Desafíos del Consejo de la Transparencia”, en *Anuario de Derechos Humanos, Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, 8, (2009).
- ZAPATA LARRAIN, Patricio, *Justicia Constitucional. Teoría y Práctica en el Derecho Chileno y Comparado*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2008.
- ZI, Sun o TZU, Sun, (c. 403 AC) *El Arte de la Guerra*, Santiago, Ed. Andrés Bello, 2000.

