

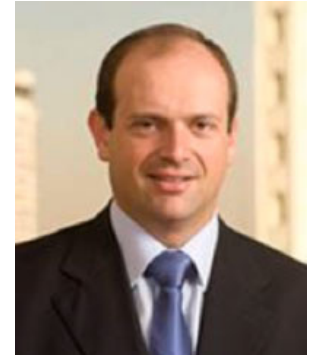
## CAUSALES DE RESERVA Y RECURSOS: EL EQUILIBRIO VIRTUOSO ENTRE LA TRANSPARENCIA Y LA DEFENSA DE LOS BIENES JURÍDICOS QUE JUSTIFICAN PROTEGER CIERTA INFORMACIÓN

ALEJANDRO FERREIRO YAZIGI

### Reseña de virtudes de la transparencia

Las virtudes de la transparencia como atributo de la gestión de los asuntos públicos no admiten dudas ni reticencias. Permitir a los ciudadanos el acceso a la información sobre las materias que, en el marco de una democracia, necesariamente les conciernen en cuanto destinatarios de las políticas públicas contribuye de manera clara al control social de las actividades de los agentes estatales y a la prevención de la corrupción e ineficiencias. La transparencia permite visibilizar lo bueno y lo malo que se hace u omite en el Estado, y de esa manera ilumina el juicio político que premia o castiga la calidad del desempeño de autoridades y funcionarios. Una democracia virtuosa presume la existencia de una participación política informada, de un debate agudo y, en lo posible, basado en la evidencia que fluye de la información pública. La libertad de información, tal como lo ha señalado la Corte Interamericana en el ya señero caso *Claude Reyes vs Estado de Chile*, incluye el derecho a acceder a la información que nutra la opinión y participación política democrática.

Pero a la teoría política se suma categóricamente la evidencia de correlaciones positivas entre transparencia, por un lado, y calidad de la política, competitividad económica y gobernabilidad, por el otro. Cada vez que observamos el listado de los países más transparentes del mundo, según



ALEJANDRO FERREIRO YAZIGI

Es abogado de la Universidad de Chile y Master of Arts de la Universidad de Notre Dame, en estudios relacionados con la paz mundial y la resolución de conflictos.

Fue designado como consejero del Consejo para la Transparencia, por la Presidenta de la República Michelle Bachelet, en octubre de 2008, y ratificado en forma unánime por el Senado, asumiendo el cargo por un período de seis años. El 28 de octubre de 2011 fue elegido por el Consejo Directivo como presidente de la entidad, iniciando el mandato de 18 meses a partir del 29 de octubre de 2011, y convirtiéndose en el tercer presidente de la institución.

Su trayectoria en el sector público es amplia, habiéndose desempeñado como asesor del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, entre 1990 y 1994; Secretario Ejecutivo de la Comisión Nacional de Ética Pública y asesor gubernamental en la materia, entre 1994 y 1996; Superintendente de Isapares, entre 1996 y 2000; Superintendente de Electricidad y Combustibles, entre marzo y abril de 2000; Superintendente de Administradoras de Fondos de Pensiones y Presidente de la Comisión Clasificadora de Riesgo, entre mayo de 2000 y abril de 2003; miembro de la Comisión Resolutiva Antimonopolios, entre

2003 y 2004; Superintendente de Valores y Seguros, entre mayo de 2003 y marzo de 2006 y Ministro de Economía, entre julio de 2006 y enero de 2008. Adicionalmente integró la Comisión Asesora Presidencial para la Reforma Previsional (Comisión Marcel), entre marzo y junio de 2006.

Ha sido consultor en materias tales como regulación de seguros de salud y sistemas previsionales para diversos organismos internacionales y países, tales como el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo, la Organización Panamericana de la Salud, India, Egipto, Paraguay, República Dominicana, Argentina, Perú y Bolivia. Fue miembro del Comité Ejecutivo de Asociación Internacional de Reguladores de Seguros (2004-2005) y Presidente de la Asociación Internacional de Organismos Supervisores de Pensiones (2002-2003).

En lo académico, ha sido profesor de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la Universidad Andrés Bello, entre 2000 y 2004, y desde 2006 ha impartido clases en la Escuela de Gobierno y de Negocios de la Universidad Adolfo Ibáñez, en materias relacionadas con políticas públicas anticorrupción, regulación económica y gobiernos corporativos.

En la actualidad se desempeña como director de Madeco S.A., Compañía de Seguros de Vida Corpvida, Norte Grande S.A, Cintra, Autopista del Maipo, AndesCan y Fundación Prohumana. Además, integra el directorio del Consorcio para la Reforma del Estado, compuesto por diversos centros de estudio y universidades abocados a la elaboración de propuestas de mejora del funcionamiento del Estado.

Entre las distinciones recibidas, obtuvo en 1988 el premio Pedro Nicolás Montenegro, concedido por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile al alumno con el promedio de notas más alto de su generación; y en 2005 fue designado Young Global Leader, por el Foro Económico Mundial.

el índice de percepción de la corrupción de Transparencia Internacional, es posible colegir que el registro casi se repite íntegramente cuando se trata de establecer el ranking de los países más competitivos según el Foro Económico Mundial, o de aquellos en que se mide la facilidad para hacer negocios (Doing Business Report) o en los indicadores de una buena gobernabilidad por parte del Banco Mundial. Y aunque podemos discutir en extenso el sentido de la causalidad, esto es, si la transparencia genera virtudes económicas, políticas e institucionales, o si, por el contrario, la transparencia en los asuntos públicos es una virtud que se desarrolla y expande a partir de fortalezas institucionales, políticas y económicas, lo que no parece discutible es que la transparencia es una virtud que acompaña y potencia el desarrollo institucional y económico de las naciones. Y aunque los hay, son escasos los países que han podido acelerar su desarrollo económico prescindiendo de un sistema institucional basado en transparencia y rendición de cuentas.<sup>1</sup>

En suma, y más allá de debates metodológicos, puede afirmarse hoy de modo categórico que la transparencia es una cualidad esencial del buen gobierno, y que de este depende en buena medida el desarrollo económico de las naciones. El influyente texto reciente de Acemoglu y Robinson, *Why Nations Fail*, viene a confirmar la centralidad de la calidad de las instituciones en el progreso o estancamiento económico de los países. En efecto, las instituciones políticas determinan, no solo el nivel del desarrollo económico, sino también su carácter inclusivo o excluyente. Según los referidos autores, la calidad de las instituciones explica la capacidad de control de los ciudadanos sobre quienes ejercen poder, y contribuyen de ese modo a garantizar que la gestión estatal favorezca a las grandes mayorías y no a los grupos que naturalmente buscan capturar al Estado en su propio beneficio. Sin instituciones de calidad es imposible la sostenibilidad del crecimiento ni la dispersión del poder económico. Y sin transparencia, agregamos nosotros, es ilusorio aspirar a instituciones de calidad.

.....  
<sup>1</sup> Si se miran los 20 países más transparentes del mundo, según el Índice de Percepción de la Corrupción de Transparencia Internacional, 17 coinciden con el listado de los más competitivos según el Competitiveness Index del Foro Económico Mundial. Solo Corea del Sur, Taiwan e Israel aparecen entre los más competitivos sin ser igualmente transparentes.

## Cambio cultural: los espacios relativos de transparencia y reserva son dinámicos

Si las virtudes de la transparencia son muchas y potentes, ¿porqué ha costado tanto esfuerzo transitar desde el secretismo hacia la transparencia y rendición de cuentas? La respuesta, por cierto, no cabe encontrarla en supuestas ambigüedades acerca de sus beneficios sociales. Las razones de la reticencia de las elites políticas a la transparencia reside, precisamente, en la incomodidad que ella suele provocar entre quienes han estado acostumbrados a verse a sí mismos más como autoridades que como servidores; más como dueños del Estado que como sus gestores en beneficio del bien común; más como dueños de la información que gestionan que depositarios transitorios de las mismas.

En tal sentido, la transparencia en la función pública se traduce en un amenazante cambio de paradigma para quienes no han asumido plenamente su condición de agentes cuyo principal logro es, en una democracia, un universo de ciudadanos cada vez más exigentes y conscientes de sus derechos. Por cierto, cuando el soberano era un monarca, la noción de rendición de cuentas carecía del asidero político propio de una democracia. Mucho de esa cultura política autocrática se trasladó a las incipientes democracias latinoamericanas, y a las dictaduras que proliferaron en los siglos XIX y XX en la región. En ese contexto, la lógica de la rendición de cuentas y de la transparencia en el ejercicio del poder era casi inexistente. Con el secreto como regla general, la información que fluía al público era más el resultado de una concesión de la autoridad que del ejercicio de un derecho ciudadano. El acceso a la información sobre asuntos públicos era, por ende, más un instrumento discrecional al servicio del poder político que un mecanismo de control o participación social. En tal sentido, el acceso a la información sobre la gestión estatal se parecía mucho más a la publicidad que a la verdadera transparencia. En efecto, los flujos de información dependían –como en la publicidad– de los formatos, contenidos y oportunidades resultantes del interés de los gobiernos emisores de los mensajes, y no del ejercicio de un derecho. En publicidad, la información que fluye es la que conviene al emisor. En cambio, cuando prevalece

## CAUSALES DE RESERVA Y RECURSOS: EL EQUILIBRIO VIRTUOSO ENTRE LA TRANSPARENCIA...

la transparencia, la información fluirá a los ciudadanos incluso en contra de la voluntad e interés del gobierno, y precisamente para que ello ocurra surgen leyes y órganos garantes capaces de oponerse con éxito a las tentaciones secretistas de las autoridades.

La evolución normativa y cultural hacia una mayor transparencia ha sido especialmente visible y eficaz en nuestra región en la última década, aunque sería ingenuo pretender que los resabios nostálgicos de la cultura del secreto han desaparecido. La transparencia es y será siempre incómoda y exigente para quienes ejercen el poder, por lo que el riesgo de que este se utilice para reducir el control social sobre sí mismo no puede soslayarse. En este contexto, casi dialéctico, caracterizado por avances y retrocesos, tanto jurídicos como factuales, el límite efectivo entre la reserva y la publicidad no termina de fijarse. Y no puede ser de otra manera, puesto que la valoración social, tanto de la transparencia como de los bienes jurídicos o valores amparados por las causales legales de reserva o secreto de la información en poder del Estado, no son estáticos. No puede extrañar, por tanto, que la demarcación de límites entre reserva y secreto en la función pública refleje los cambios experimentados en las valoraciones sociales.

Con todo, el “estatuto de la transparencia” en las democracias modernas no depende solo del modo variable en que las sociedades ponderan la importancia relativa de la transparencia frente a los bienes jurídicos tutelados por la reserva. Casi tan determinante como aquello es el proceso “político” que antecede a la aprobación de las leyes de transparencia o acceso a la información y sus respectivas reformas. Si se atiende a que toda ley de acceso a la información supone una suerte de “expropiación» a funcionarios y autoridades del tradicional monopolio ejercido en la tenencia y acceso a la información estatal y su consecuente apertura a la sociedad, no debe sorprender que las legislaciones de acceso y transparencia deban superar la natural, aunque casi nunca explícita, resistencia de autoridades y funcionarios. De la fuerza de esa resistencia, contrastada con la potencia del impulso socio político hacia mayor transparencia, dependerán las transacciones, excepciones y compromisos que suelen observarse en las legislaciones de acceso a la información.

En suma, la demarcación de los límites que las democracias

modernas establecen para distinguir los dominios de la transparencia y de la reserva o el secreto depende no solo de las valoraciones sociales preponderantes respecto de los bienes jurídicos en pugna, sino de la fuerza política de quienes promueven las leyes de transparencia y la consecuente capacidad de vencer la resistencia que oponen, muchas veces de modo solapado, quienes ven la transparencia como costo o amenaza.

## La necesidad de límites a la transparencia

La transparencia no es un fin en sí mismo, ni tampoco un objetivo absoluto en el que siempre más sea igual a mejor. Asimismo, la revelación pública de determinada información conlleva sacrificios de bienes jurídicos o de objetivos colectivos meritorios cuyo debido resguardo exige, en ocasiones, la reserva o secreto de determinada información.

a. Condiciones de los límites a la transparencia o causales de reserva

- i. **La reserva legal.** Un requisito esencial de las causales de reserva es su naturaleza legal en sentido estricto. Todas las legislaciones modernas de acceso a la información definen con más o menos precisión las causales que admiten reservar información en poder del Estado y proscriben la invocación de causales originadas en fuentes normativas infra legales. Ello resulta esencial para garantizar que el acceso a la información opere efectivamente como medio de control social respecto del poder político o gobierno, propósito que se frustraría si dicho poder pudiese invocar a su arbitrio y conveniencia los fundamentos jurídicos para oponerse a la entrega de información.<sup>2</sup>

.....  
<sup>2</sup> Así se lo hizo ver al gobierno de Chile la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Claude Reyes, al señalar que "Las restricciones al derecho a buscar, recibir y divulgar información deben estar expresamente establecidas por ley, aclarando que la exigencia debe estar establecida en una ley en "sentido estricto". El considerando 89

**i. Aplicación e interpretación en sentido estricto.**

En su condición de derecho fundamental en el orden democrático y como componente de la libertad de expresión en lo relativo al derecho a recibir información, la transparencia es la regla general que solo cabe limitar de modo excepcional y solo en cuanto sea estrictamente necesario para preservar los bienes jurídicos amparados por las reservas legales. De este principio se deriva la aplicación de los siguientes criterios:

1. Test de daño, que exige fundar con suficiente plausibilidad la afectación concreta que la revelación de la cierta información pueda generar respecto del bien jurídico tutelado por la causal legal de reserva. El daño debe ser considerado cierto, probable, específico y material. Las afectaciones triviales, o la mera referencia o alusión del documento solicitado a una materia sensible no basta para entender acreditada la afectación.
2. Test de Interés Público, que supone ponderar el interés público que pudiese suponer la revelación de cierta información a cuyo respecto resulta aplicable una causal de reserva o secreto. En caso que el interés público asociado a la reserva prevalezca sobre el interés --privado o estatal-- amparado por la causal de reserva, deberá preferirse la difusión de la información. En efecto, la propia ley chilena ha preferido la revelación de la identidad de los beneficiarios de subsidios públicos, aún cuando ello supone difundir un dato personal e, incluso, la condición de necesidad social que motiva y fundamenta el subsidio. Allí, como se aprecia, se ha optado

---

enfatisa que la reserva legal es un “medio para asegurar que no queden al arbitrio del poder público”.

por favorece el control social asociado a la revisión de la pertinencia del beneficio por sobre la tutela de un dato personal que, en ausencia del interés público aludido, habría ameritado la reserva o disociación de la identidad de quienes se benefician de programas asistenciales o subsidios. Como se observa, el test de interés público supone un análisis cualitativo y casuístico, que permitirá doblegar la aplicación de una causal de reserva cuando se considere predominante el beneficio social de la transparencia.

3. Divisibilidad, principio según el cual si un documento contiene información cuyo acceso deba denegarse por causa legal y otra que admita ser difundida, se entregará la última reservando aquella.

Como puede verse, la aplicación del test de daño, del de interés público y del principio de divisibilidad traducen el propósito de evitar que la reserva de la información se extienda más allá de lo estrictamente necesario, para el resguardo de los bienes jurídicos que ella protege.

- ii. **Las causales legales de reserva deben ser alegadas y probadas por los órganos que detentan y niegan la información solicitada.** Dado que la transparencia es la regla general y la reserva es excepcional, esta debe ser probada por quien la invoca. Por cierto, la Administración puede abstenerse de aplicar una causal de reserva por la vía de aplicar, en los hechos, una suerte de test de interés público que derive en la preferencia por difundir la información. En otros casos, tales como los asociados a la “afectación del debido cumplimiento de las funciones del órgano

requerido<sup>3</sup>”, la invocación de dicha causal es privativa y facultativa del respectivo organismo. Con todo, en los casos en que se decida invocar una causal, deberá asumirse la carga de probar su pertinencia, demostrando el modo en que plausiblemente la revelación de la información solicitada dañaría los bienes jurídicos tutelados por la reserva.

Cabe señalar que, así como la reserva debe probarse por quien la alegue, el interés público asociado a la transparencia se presume. Es más, la sola circunstancia de tratarse de un derecho fundamental del cual todas las personas son potencialmente titulares excluye la necesidad de tener que invocar “interés legítimo” para fundar una solicitud de información. En efecto, un rasgo esencial de las legislaciones de acceso es la fuerte presunción de interés público en el acceso a la información sobre los asuntos estatales.<sup>4</sup>

iii. **Conceptos jurídicamente indeterminados: desafío para el intérprete.** Hemos señalado que un rasgo distintivo de las causales de reserva es su naturaleza legal. Allí reside la garantía ciudadana de que las excepciones a la transparencia hayan sido definidas por el legislador. Sin embargo, la concreción de este propósito no ha sido uniforme en las distintas legislaciones sobre la materia. Así, por ejemplo, muchos países han optado por establecer, con detalle y en extensas enumeraciones, las materias que

.....

<sup>3</sup> En el caso chileno, y sin perjuicio de la reserva que otras leyes puedan establecer, el artículo 21 N°1 de la ley N° 20.285 sobre acceso a la información pública contempla como causal de reserva la afectación “al debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido”. Las demás causales contenidas en el artículo 21 se refieren a los derechos de las personas, el interés nacional y la seguridad de la Nación.

<sup>4</sup> En la ley chilena, su artículo 11 letra a) consagra el principio de relevancia, “conforme al cual se presume relevante toda información que posean los órganos de la administración del Estado, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación y procesamiento”.



deben reservarse. Otros, como en el caso chileno, han optado por señalar pocas causales, pero de alcance general.<sup>5</sup> Parece claro que la identificación precisa y anticipada en la ley de todas las hipótesis de reserva meritorias habría sido el resultado que mejor se avendría con los propósitos de entregar al legislador la calificación precisa de las causales de reserva. Sin embargo, este parece ser un desafío tan exigente como impracticable. Por ello, en todas las legislaciones comparadas, y aunque en diverso grado, se advierten causales de reserva de contenido amplio e indeterminado. Incluso en aquellas legislaciones que han optado por definiciones más precisas de las causales de reserva, tales como las de Estados Unidos, Canadá, Inglaterra y México, son inevitables las referencias a causales más o menos amplias o generales.<sup>6</sup> Por ello, y pese al esfuerzo de la ley por ser precisa, detallada o casuística, siempre será necesario el trabajo del intérprete para subsumir o calificar una situación de hecho dentro del marco del presupuesto legal. Este trabajo hermenéutico será tanto más desafiante mientras más indeterminado sea el concepto asociado a la reserva. Así, por ejemplo, conceptos como interés, seguridad nacional, o derechos de terceros, suelen ofrecer un espectro interpretativo tan amplio que el rol de quien aplica la ley tiende a ser más decisivo que la propia definición, en este caso laxa, del legislador.

.....

<sup>5</sup> En Chile, el artículo 21 de la ley 20.285 contempla y desarrolla las cuatro causales de reserva señaladas en el artículo 8º de la Constitución: afectación del debido cumplimiento de las funciones del órgano de la administración, de los derechos de terceros, del interés nacional y de la seguridad de la Nación.

<sup>6</sup> En el caso de México, los artículos 13 y 14 de la LFTAIGI establecen los casos de información reservada, en tanto el artículo 18 se refiere a la información confidencial. En el caso canadiense, y con más detalle aún, los artículos o secciones 13 a 26 de la "Access to Information Act de 1985", establecen las causales por las cuales puede denegarse acceso a información. En ley inglesa del 2000 se contemplan 23 excepciones o causales de reserva en las secciones 21 a 43, mientras que en el caso norteamericano la FOIA de 1966 contiene nueve excepciones.

Aunque la interpretación y aplicación de las causales de reserva basadas en conceptos jurídicos indeterminados es, en buena parte, la inescapable consecuencia de la imposibilidad e inconveniencia de detallar en la ley todas las hipótesis fácticas en que la reserva tendría mérito, tampoco puede soslayarse el riesgo de que la aplicación de conceptos imprecisos derive en la invocación abusiva de causales de reserva. En la sección anterior señalamos algunos antidotos frente a ese riesgo: test de daño, test de interés público y principio de divisibilidad.

Con todo, el principal resguardo y contrapeso ante los abusos de la flexibilidad interpretativa consiste en la existencia de un órgano garante imparcial que resuelva los litigios relativos a solicitudes de acceso a información. En la medida en que la aplicación definitiva de una causal de reserva dependa de la interpretación generada por un órgano imparcial, pero garante del derecho de acceso a información, la laxitud conceptual de algunas causales no debiera derivar en restricciones innecesarias a la transparencia. En este punto importa destacar el papel orientador de la jurisprudencia, acumulada por los órganos garantes y los tribunales de justicia en su caso. Ante la eventual imprecisión conceptual de las causales de reserva, la certeza jurídica acerca de su aplicación debe surgir de una jurisprudencia consistente, lógica, fundada y adecuadamente difundida. Difundir la jurisprudencia de modo amigable no solo contribuye a generar pedagogía social sobre la transparencia y sus límites, sino que contribuye a la crítica ilustrada y consecuente perfeccionamiento de la jurisprudencia.

¿Deben revisarse judicialmente las decisiones de los órganos garantes?

La revisión judicial de las decisiones de los órganos garantes del derecho de acceso a la información no es una cuestión pacífica.

De hecho, las legislaciones de Chile y México resuelven la cuestión de modo distinto. Esencialmente, el debate consiste en la necesidad de equilibrar dos virtudes republicanas en conflicto: el principio de la revisión judicial, por un lado, y la necesidad de dirimir con celeridad las contiendas asociadas a un derecho, como el de acceso a la información, cuya eficacia depende esencialmente de su oportunidad.

En efecto, el derecho de acceso debe materializarse con prontitud para asegurar su eficacia y sentido. Se trata de un derecho asociado al control social, a la participación ciudadana, un derecho instrumental al servicio de otros derechos. Y cuando se generan controversias relacionadas al acceso a la información suele surgir un litigio desigual entre un Estado que niega información y que mediante la interposición de recursos consigue, al menos, dilatar su entrega, y un solicitante que, en la medida en que el conflicto escale en tribunales, ve diluida la expectativa de un acceso fácil, oportuno y gratuito a la información pedida<sup>7</sup>. Es más, es posible argumentar que la sola expectativa y riesgo de tener que litigar por años con un Estado reticente a informar supone un desincentivo significativo al uso de los mecanismos contemplados en las leyes de acceso y reduce, de facto y gravemente, el virtuoso efecto disciplinador y preventivo de la transparencia en la función pública.

En relación al sistema de recursos, la opción de la ley chilena de 2009 optó por un modelo intermedio, entre el régimen de recurso amplio contemplado en el imperfecto sistema de acceso a la información de la reforma a la Ley de Bases de la Administración del Estado de 1999 mediante su artículo 11 ter, y el modelo utilizado

.....

<sup>7</sup> En estricto rigor, los recursos ante la Corte de Apelaciones no son la única manera de impugnar decisiones del Consejo para la Transparencia en Chile. No son escasos los ejemplos en que se han interpuesto recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional respecto de casos en que se ha producido la respectiva reclamación ante la Corte. A ello se suman los “recursos” de queja con que se busca impugnar ante la Corte Suprema las decisiones de las Cortes de Apelaciones. En los hechos, por tanto, un organismo del Estado dispuesto a interponer todos los recursos legales y constitucionales disponibles para impugnar decisiones del Consejo puede ejercer acciones y recursos que posterguen por varios años la entrega de la información requerida..

## CAUSALES DE RESERVA Y RECURSOS: EL EQUILIBRIO VIRTUOSO ENTRE LA TRANSPARENCIA...

por la ley mexicana, que niega absolutamente a los órganos de la administración del Estado la posibilidad de reclamar ante los tribunales federales las decisiones adoptadas por el IFAI. La novedad de la ley de 2009 es que impide a la Administración reclamar a la Corte de Apelaciones cuando, habiendo invocado la causal del artículo 21 N° 1, referida a la eventual afectación del debido cumplimiento de sus funciones, el Consejo la hubiese desechado, concediendo acceso a la información solicitada.<sup>8</sup>

En Chile, en consecuencia, la ley vigente concede recurso para reclamar ante la Corte de Apelaciones en las siguientes hipótesis:

- a) Por todo solicitante de información disconforme con la decisión del Consejo que rechace total o parcialmente el amparo deducido.
- b) Por el tercero que se hubiese opuesto en tiempo y forma a la revelación de información que pudiese afectar sus derechos, cuando el Consejo hubiese consentido en la entrega de dicha información desechando dicha oposición.
- c) Por los órganos de la administración que impugnen decisiones del Consejo, pero solamente en los casos en que dicho órgano rechace la invocación de las causales contenidas en el artículo 21 N° 3 y 4, relativas al interés nacional o la seguridad de la Nación; o en el numeral 5 del mismo artículo, referido a reserva dispuesta por ley de quórum calificado.

El reconocimiento de que el régimen de recursos debe limitarse para no hacer ilusorio el derecho de acceso a la información se concreta, además, en la norma según la cual de lo resuelto por las Cortes de Apelaciones no procederá recurso alguno (Art. 30, ley

.....  
<sup>8</sup> De acuerdo al inciso segundo del artículo 28 de la ley, "los órganos de la Administración del Estado no tendrán derecho a reclamar ante la Corte de Apelaciones de la resolución del Consejo que otorgue el acceso a la información que hubieren denegado, cuando la denegación se hubiere fundado en la causal del número 1 del artículo 21".

20.285)<sup>9</sup>. A Agosto de 2012, las diversas Cortes de Apelaciones de Chile habían rechazado en un 82 por ciento las reclamaciones de ilegalidad contra lo resuelto por el Consejo para la Transparencia.<sup>10</sup>

Al momento de escribirse estas líneas se tramita en la Cámara de Diputados un proyecto de ley que modifica la Ley 20.285. En el marco de esta revisión legislativa, el Ejecutivo presentó ante la Comisión de Constitución Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados una indicación para eliminar el inciso segundo del artículo 28 de la ley, con el afán de permitir a la Administración reclamar a las Cortes también en los casos en que el Consejo hubiese desechado la invocación del artículo 21 N° 1. Luego de hacer ver al gobierno la molestia del Consejo para la Transparencia frente a esa eventual reforma, el Ejecutivo optó por retirar la propuesta en la sesión del día martes 12 de junio de 2012.

El asunto no es menor. Y aunque la eliminación de ese inciso, y la subsecuente apertura del recurso de reclamación para discutir en las Cortes la pertinencia de invocar la causal del artículo 21 N° 1, puede verse como una restitución plena del debido proceso, en cuanto elimina restricciones a la revisión judicial de las decisiones del Consejo para la Transparencia; una reforma de tal tipo no sería inocua respecto de algunos principios inspiradores de la legislación de acceso y transparencia. Debe tenerse a la vista que la causal del numeral 1 del artículo 21 es, con largueza, la más invocada por la administración para rechazar las solicitudes de acceso a la información. Es, por lo demás, aquella de mayor indeterminación potencial respecto a su sentido y alcance concreto, puesto que necesariamente atiende a las particularidades de cada servicio. La laxitud de su perímetro conceptual contribuye a que sea la más utilizada por la Administración. Por lo mismo, resulta especialmente

.....  
<sup>9</sup> Pese a la norma legal aludida, ya son varios los recursos o acciones de queja disciplinaria interpuestos, preferentemente por organismos públicos, contra las decisiones del tribunal de alzada, por lo que, en los hechos, el acceso final a la información solicitada habrá requerido, en caso de concederse finalmente, de largos años de batallas judiciales. Para entonces, no es raro que la información solicitada carezca de relevante, vigencia o utilidad para el solicitante.

<sup>10</sup> Informe de Gestión, Agosto 2012, Consejo para la Transparencia.

necesario tender a la unificación de la jurisprudencia que la interprete, objetivo que se consigue de mejor modo cuando los casos en que tal causal se invoca son resueltos por el mismo órgano. Parece ingenuo esperar que la necesaria predictibilidad, coherencia y consistencia de las decisiones se logre bajo un esquema en que la palabra final la tienen, eventualmente, cada una de las 17 Cortes de Apelaciones del país y sus numerosas salas de integración variable.

Cierto es que puede buscarse, como de hecho se ha planteado en el actual debate parlamentario relativo a la reforma de la ley 20.285, la unificación de la jurisprudencia mediante un recurso especial ante la Corte Suprema. Con todo, y en relación a la causal del N° 1 del artículo 21, no parece consistente con los principios de facilitación, oportunidad y gratuidad que contempla la ley forzar a las personas a litigar contra los órganos reticentes a conceder acceso a la información en un largo proceso que incluya pasar por el Consejo para la Transparencia, la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema. Sostenemos, por tanto, que en el análisis de costos y beneficios sociales que supone expandir o restringir la interposición de recursos frente a las resoluciones del Consejo se debe ponderar preferentemente el costo que supone prolongar el contencioso en sede judicial en perjuicio de quienes buscan acceder a información que, muchas veces, deviene en inútil si se entrega con tardanza. Debe tenerse presente que ese contencioso es desigual, y su prolongación agudiza la asimetría. En efecto, el solicitante de acceso se enfrenta a organismos que cuentan con recursos para defenderse en tribunales y que, dado el efecto suspensivo del derecho que supone la interposición de los recursos, se ven favorecidos con la dilación.

Más aún, resulta claramente disuasivo para el ejercicio ciudadano del derecho de acceso a información la certeza de tener que enfrentar un proceso largo y costoso para intentar doblegar el rechazo inicial del propio Estado. El paso del tiempo corre en contra de la transparencia y reduce no solo el incentivo a buscar información, sino la utilidad y vigencia de la información a la que finalmente se pueda acceder.

Finalmente, si todos los casos que conoce el Consejo fueran revisables por las Cortes, el valor público de la institución en el ámbito contencioso se debilitaría sustancialmente. En tal caso, y paradójicamente, incluso podría resultar mejor para las personas que buscan acceso rápido a la información requerida no tener que “perder tiempo” ante el Consejo, toda vez que forzosamente los órganos que niegan información interpondrán recursos ante los tribunales.

En suma, un buen sistema de acceso a información no puede soslayar el costo que supone la prolongación de la controversia. Conviene contar con órganos garantes fuertes y legitimados a los que confiarles, incluso en única instancia, la resolución de las contiendas entre solicitantes y órganos estatales. Si se optase por someter las resoluciones de dicho órgano a revisión judicial, debe garantizarse un procedimiento de apelación único, expedito y, preferentemente, ante un órgano capaz de unificar la jurisprudencia. En todo momento debe tenerse presente que el derecho de acceso requiere oportuna satisfacción, y que durante el tiempo que duran los procesos para hacerlo valer es la opacidad y no la transparencia la que, al menos transitoriamente, prevalece.

## A modo de conclusión

La transparencia de la función pública es un reconocimiento esencial, aunque tardío, a un hecho que nunca una democracia debió desconocer: que la información sobre los asuntos estatales es de propiedad de los ciudadanos, en cuyo nombre y beneficio se ejerce el poder público. La obviedad conceptual de esta afirmación choca contra la evidencia de su desconocimiento histórico en las democracias latinoamericanas. Es reciente el reconocimiento de este derecho, y aún se cuentan muchos países en la región en que difícilmente podríamos afirmar la prevalencia de la transparencia por sobre el secretismo gubernamental.

La transparencia, con todo, admite y requiere límites para preservar otros derechos u objetivos sociales. A nivel conceptual,

## CAUSALES DE RESERVA Y RECURSOS: EL EQUILIBRIO VIRTUOSO ENTRE LA TRANSPARENCIA...

tales límites no son cuestionables. Pocos podrían exigir, por ejemplo, que la policía revelara anticipadamente sus planes de combate al delito organizado, o que se revelaran irrestrictamente los intercambios diplomáticos, las particularidades o localización del equipamiento militar o las fichas clínicas de los pacientes de hospitales estatales. No siempre, sin embargo, el límite correcto entre reserva y difusión de información resulta obvio. Peor aún la historia está llena de invocaciones abusivas de causales de reserva por parte de organismos públicos reticentes al control social. Por ello, es un componente esencial de las legislaciones de acceso a la información contar con causales acotadas de reserva, y con órganos garantes autónomos para su aplicación. Los límites a la transparencia son necesarios, pero solo serán compatibles con ella si los aplican órganos efectivamente independientes de aquellos que niegan la información que poseen. Asimismo, la transparencia solo será un instrumento efectivo de control social y participación política si el proceso de deliberación acerca de la procedencia de causales de reserva se resuelve de modo expedito. La prolongación de la disputa extiende el secreto e inhibe el ejercicio del derecho por parte de los solicitantes de información.

Finalmente, no debemos pensar que la causa de la transparencia es irreversible allí donde se ha asentado recientemente. La transparencia siempre será incómoda al poder, y mientras existan tentaciones autoritarias en quienes nos gobiernan siempre existirán riesgos de retrocesos o contrarreformas en nombre de alguna forma de “interés nacional”. La causa de la transparencia habrá prevalecido finalmente solo cuando ella sea reconocida y defendida por las grandes mayorías ciudadanas. En tal sentido, la apatía o desconocimiento de este derecho no nos permite dar por definitivamente ganada la batalla por la transparencia.