

Consejo de la Transparencia: Cinco Desafíos

El próximo martes el Senado votará la propuesta realizada por la Presidenta de la República para integrar el Consejo de la Transparencia. Las cuatro personas que integrarían este Consejo serán las llamadas a fundar toda una institucionalidad que muy probablemente constituirá un aporte fundamental a la modernización del Estado y a la probidad¹.

El Consejo para la Transparencia es el órgano encargado de poner en práctica las normas y obligaciones contenidas en la ley de acceso a la información pública². En términos generales, la ley es un aporte valioso en la línea de la transparencia, y el *accountability* (rendición de cuentas) a la ciudadanía. Ahora, más que antes, la ciudadanía y la opinión pública tendrán reales opciones de acceder a información que permita exigir una verdadera *accountability* a la administración pública.

Con todo, la pura existencia de la ley no permite garantizar que los objetivos de transparencia serán cumplidos. Es necesaria una correcta aplicación e interpretación de la ley en el día a día, cuestión que será la principal tarea del Consejo para la Transparencia. En la aplicación de la ley, el Consejo se verá enfrentado a diversos desafíos que, de no ser abordados correctamente, pueden poner en riesgo la verdadera efectividad de esta reforma. Por esta razón, a continuación se presentan cinco desafíos que el Consejo de la Trans-

parencia deberá enfrentar en su primer período de funcionamiento:

1. Causales de Reserva: La Necesidad de Acotarlas

La ley establece en su artículo 21 diversas causales de reserva, en virtud de las cuales cierto tipo de información no puede ser dada a conocer al público³. Es tal vez en la interpretación de estas normas donde el Consejo deberá poner mayor atención para ir generando una jurisprudencia estable y conocida que facilite la decisión de aquellos a quienes se les solicita la información. No por nada, es la interpretación de las causales de reserva el asunto más controvertido, por ejemplo, en Estados Unidos donde esta materia es la principal fuente de litigios⁴.

De este modo, por ejemplo, una de las causales para negar la información es que los requerimientos de información se refieran “a un elevado número de actos administrativos o (...) cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales” (art.21, 1, c). Como puede apreciarse, esta causal es excesivamente genérica y por ello el Consejo debería promover criterios objetivos para invocarla (ej. un análisis costo beneficio). De lo contrario será invocada en todo momento por la administración para justificar el secretismo.

Un desafío permanente del nuevo organismo es lograr que la transparencia que promueve la ley sea sinónimo de información efectiva, es decir, que la entrega de información sea un mecanismo adecuado para el control ciudadano de la administración.

Otra causal de reserva es la consignada en el número 2 del artículo 21 en virtud de la cual podrá denegarse el acceso a la información cuando “la publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas”. Esta causal es adecuada pues hay asuntos que no hay razón para publicitar, como aspectos de la vida privada, salud o estrategias comerciales. Sin embargo, el Consejo debe crear criterios claros y estándares adecuados para evitar que esta causal se invoque a todo evento.

Una forma de hacerlo, para esta y otras causales de reserva, es que el Consejo genere criterios para definir umbrales de afectación adecuados. En otras palabras, no basta que haya cierta afectación de los derechos de terceros o que el interés nacional o la seguridad de la nación se puedan ver afectados, como dice otra de las causales. Lo que se requiere es que la afectación de aquellos bienes jurídicos sea muy probable y además grave. No debiera bastar con una simple posibilidad de afectar de algún modo los derechos de terceros o el interés nacional. En esta línea debiera avanzar el Consejo.

2. Artículo 1º Transitorio: ¿Todo Sigue Igual?

El artículo 1º transitorio dispone que seguirán vigentes las leyes que establecen secreto o reserva respecto de determinados actos o documentos si es que esta reserva se funda en las causales que señala el artículo 8º de la Constitución⁵. Esta norma es extremadamente amplia e indeterminada y mantiene en vigencia una serie de normas cuya cantidad y contenido se desconoce.

Ante todo, llama la atención que ni el Congreso Nacional ni la opinión pública conozcan qué normas son las que permanecerán vigentes. Sólo podemos saber que el secreto o reserva contemplado en diversas leyes anteriores a la reforma constitucional que introdujo el artículo 8º a la Carta Fundamental, seguirán

rigiendo. Por eso es probable que estas leyes sean constantemente invocadas por los servicios de la administración pública para mantener el statu quo y, en consecuencia, seguir calificando como reservado aquello que lo era antes de la dictación de la ley.

Por esta razón el Consejo deberá ser muy drástico al momento de interpretar las causales de reserva que se funden en la legislación anterior a la reforma constitucional del 2005 y a la ley de acceso a la información pública. Para ello no sólo deberá estudiar si las causales de las leyes antiguas están acorde con la norma constitucional o si por el contrario no se aplican por inconstitucionales, sino que también intentar que estas normas antiguas no generen jurisprudencia especial que pueda romper la coherencia de la jurisprudencia del Consejo.

3. Costos: Buscando el Equilibrio

La *Freedom of Information Act*, que es el símil americano de nuestra ley de acceso a la información pública, ha generado importantes costos al presupuesto de Estados Unidos. Algunos datos lo ejemplifican bien. El año 2007, el Departamento de Salud tramitó 290.715 solicitudes a un costo total de US. 22.3 millones. Para eso dicha repartición pública requiere 170 personas dedicadas exclusivamente a atender estos requerimientos⁶. En el Departamento de Seguridad Nacional ocupan 221 personas para atender 135.297 solicitudes a un costo US23.1 millones⁷.

Tal vez con esto en mente, la ley en su artículo 17 dispone que “la información solicitada se entregará en la forma y por el medio que el requirente haya señalado, siempre que ello no importe un costo excesivo o un gasto no previsto en el presupuesto institucional, casos en que la entrega se hará en la forma y a través de los medios disponibles”. Sin embargo, como en los otros casos, esta puede ser una forma más para que la administración se excuse de cumplir su obligación de entregar

información argumentando que ello implica un costo no previsto. Ello por cuanto toda solicitud implicará un costo, no sólo los de reproducción sino que también los necesarios para reunir la información.

Por esta razón el Consejo tiene en esta materia un nuevo desafío: ser capaz de generar criterios que eviten costos excesivos pero, por otra parte, impedir que sea ésta la excusa para no dar un acceso real a la información pública.

4. Tras una Efectiva Puesta en Marcha

La Freedom of Information Act aprobada en Inglaterra el año 2000 entró en vigencia plena cinco años después de su aprobación. La ley chilena lo hará tan solo en ocho meses⁸. Si bien esta cifra puede parecer razonable para muchos órganos públicos, para otros el plazo puede ser excesivamente breve. Pensemos por ejemplo en las municipalidades que, según un estudio de Libertad y Desarrollo, ni siquiera hoy cumplen con las escasas obligaciones de información que les exige la ley vigente. En efecto, en el caso de los 34 municipios del Gran Santiago, sólo uno cumple en un 100% con las exigencias relativas a la información que debe estar a disposición del público. Respecto a la información entregada a través de medios electrónicos, solo el 10% de los 345 municipios cumplen con lo estipulado. Por su parte, de los gobiernos regionales, sólo 2 de los 13 cumplen con la normativa relativa a la información disponible por medios electrónicos⁹.

Así las cosas, este será un nuevo desafío del Consejo para la Transparencia que tendrá que incentivar a los diversos órganos a cumplir el mandato legal no solo a través de las posibles sanciones que pueden aplicarse

sino que a través de estrategias que permitan informar de manera efectiva a las personas.

5. Transparencia vs. Información Efectiva

La transparencia no es lo mismo que la información efectiva. Esto último es un desafío mayor pues implica poner la información a disposición de quien lo pide de un modo sencillo, fácil de procesar y con opciones reales de poder sacar conclusiones de ello.

La ley aspira a crear un sistema donde no solo haya transparencia sino que también información efectiva. De hecho, promueve el uso de los medios electrónicos, exige que en éstos la información sea fácilmente identificable y de acceso expedito (art.7), prohíbe las exigencias o requisitos que puedan obstruir o impedir el acceso a la información pública (art.11 y 19), entre otras normas.

Con todo, las puras normas legales no serán suficientes y el Consejo, en el ejercicio de las atribuciones que le concede la ley, deberá esforzarse por generar estándares de transparencia que permitan una información efectiva. De este modo por ejemplo, en ocasiones no bastará con la entrega de papeles y archivadores sino que será necesario hacerlo en soporte electrónico. En otros casos, podrá proponer modos de poner a disposición del público la información que exige la ley o de entregar la información. Todo esto permitirá que el acceso a la información pública sea realmente un derecho posible de satisfacer y no una simple declaración en el texto de la ley.

Conclusiones

El nuevo Consejo para la Transparencia está llamado a ser una institución que promueva la fiscalización de los ciudadanos y la rendición de cuentas permanente de las au-

toridades públicas. En este proceso, y sobre todo los primeros años, el Consejo se enfrentará a diversos desafíos. El primero será interpretar adecuadamente, y ojalá en la forma más restrictiva posible, las causales de reserva. El segundo dice relación con la interpretación de las leyes vigentes que contemplan la reserva. El tercero debiera ser equilibrar los predecibles costos de esta ley de forma tal que ellos no se eleven excesivamente pero que, al mismo tiempo, no sean los costos una excusa para mantener el secretismo. El cuarto desafío dice relación con la puesta en marcha del sistema en estos ocho meses de vacancia de la ley. Finalmente, un desafío permanente es lograr que la transparencia que promueve la ley sea sinónimo de información efectiva, es decir, que la entrega de información sea un mecanismo adecuado para el control ciudadano de la administración.

Los primeros años, el Consejo se enfrentará a diversos desafíos. El primero será interpretar adecuadamente, y ojalá en la forma más restrictiva posible, las causales de reserva.

¹ Los cuatro nominados son Alejandro Ferreiro, Roberto Guerrero, Juan Pablo Olmedo y Raúl Urrutia.

² Ley 20.285, D.O. 20 de agosto de 2008.

³ Un completo análisis de las causales de reserva en Migual Ángel Fernández, Causales de Secreto o Reserva como Excepción al Principio de Publicidad en el Ordenamiento Jurídico Chileno. Ponencia presentada en el Seminario sobre la Ley de Acceso a la Información Pública organizado por LyD y la Facultad de Derecho de la Universidad Andrés Bello.

⁴ Administrative Law, Cases and Comments. Peter Strauss, Todd Rakoff y Cynthia Farina, 2003, p. 735.

⁵ El artículo 8º, inciso segundo de la Constitución autoriza la reserva cuando la publicidad "afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional".

⁶

<http://www.hhs.gov/foia/reports/07anlrpt.html>

⁷ http://www.dhs.gov/xlibrary/assets/foia/privacy_rpt_foia_2007.pdf Información de las demás reparticiones públicas en <http://www.usdoj.gov/oip/fy07.html>

⁸ 20 de abril de 2009.

⁹ Cumplimiento de Normas de Transparencia en Municipios y Gobiernos Regionales, Bettina Horst, Marzo 2008.